FUNCIONÁRIO PÚBLICO — NOMEAÇÃO — PREFERÊNCIA

— A preferência, quer no sentido vulgar, quer no jurídico, corresponde ao privilégio, à relação que a lei outorga ao sujeito ativo de um direito, em razão de suas qualidades e atributos, ou da possança de seus títulos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Impetrante: Danton Domingues Leite
Mandado de Segurança nº 67.970 — Relator: Sr. Desembargador

TEODOMIRO DIAS

ACÓRDÃO

Acordam, em sessão plenária do Tribunal de Justiça, vistos, relatados e discutidos os autos de mandado de segurança nº 67.970, da comarca de São Paulo, em que é impetrante Danton Domingues Leite e impetrado o Exmo. Senhor Governador do Estado, deferir o

pedido, por maioria de votos, a fim de assegurar ao impetrante a preferência que por lei lhe compete.

Custas pela Fazenda do Estado.

1. Refere o impetrante que é funcionário da Secretaria de Estado da Saúde Pública e da Assistência Social, onde vem exercendo as funções de Chefia da Diretoria de Material e Administração, desde 1º de setembro de 1951, conforme os documentos de fls.

Dispondo sôbre a criação do Departamento de Administração, na mencionada Secretaria, a lei nº 2.603, de 16 de janeiro de 1954 prescreveu, no artigo 15: "Os cargos de direção e chefia, criados pelo art. 14, serão de preferência providos por funcionários da Diretoria Geral da Secretaria da Saúde Pública e da Assistência Social, que já vêm exercendo funções de direção e chefia".

Entretanto, — prossegue o impetrante — o Sr. Governador do Estado, consoante publicação inserta no *Diário Oficial*, de 17 de janeiro do corrente ano, nomeou, para exercerem, em caráter efetivo, os cargos de Chefe de Seção, padrão "S", da P-II, do QSSPAS, criados pelo art. 14 da citada lei número 2.603, entre outros, Jorge Fonseca Júnior, Clóvis Fereira Guimarães, Luisa Rheinberg e Luísa Keffer, que não exerciam cargos de Chefia na Secretaria da Saúde Pública e da Assistência Social, sendo de notar que dois dentre êles — Clóvis Ferreira Guimarães e Luísa Keffer — são até estranhos ao quadro dos funcionários do Departamento de Administração da Secretaria da Saúde (fls.).

Sem embargo da "preferência" que lhe outorga o art. 15 da citada lei número 2.603, o impetrante foi preterido, com violação do seu direito líquido e certo, pelo que, para proteção dêsse direito, de tal forma calculado, por ato patentemente ilegal do Chefe do Poder Executivo, impetra mandado de segurança.

2. Prestando informações, o Exmo. Sr. Governador do Estado confirma os fatos alegados pelo impetrante. Entende, todavia, que lhe não assiste razão.

Em primeiro lugar, porque a locução "preferência", contida no invocado preceito do art. 15 da lei nº 2.603, não significa "obrigatoriedade". Quando a lei prescreve que serão nomeados "de preferência" para os cargos de chefia, funcionários em situação idêntica à do impetrante, não quer dizer que a nomeação deva recair "necessàriamente" nesses funcionários. Falando a lei em "preferência", e não em "obrigatoriedade", não reservou a determinados funcionários, com exclusividade e privativamente, o preenchimento das vagas. Deu-lhes, apenas, "preferência". E assim fazendo, é óbvio que reconheceu que terceiros poderiam igualmente concorrer ao preenchimento.

Descabe, em segundo lugar, a providência impetrada — prossegue, — porque é defeso ao Legislativo ditar normas rígidas que importem restrição ao poder de nomear, inerente ao Executivo (*Constituição Estadual*, art. 53, *g*). "O Legislativo, cita a propósito Carlos Maximiliano, ao instituir o emprêgo não pode designar a pessoa que o ocupará, de modo que ilida o direito de escolha, prerrogativa presidencial". Conclui o impetrado : "Não há dúvida, pois, que o caráter obrigatório atribuído pelo impetrante ao art. 15 da lei nº 2.603, invalidaria a própria lei, inquinando-a de inconstitucionalidade". Donde, a seu sentir, a improcedência do pedido.

3. O exame ponderado da espécie convence de que a segurança deve ser concedida. Manifesta é, com efeito, a ilegalidade do ato impugnado.

O dizer, como faz o impetrado, que "preferência" não quer dizer preferência, e que a lei, quando outorgou a fun-

cionários na situação do impetrante, "preferência" para provimento nos cargos que criou, quis, apenas, declarar que poderão êles ser "preteridos", mediante a livre nomeação de terceiros, é recusar à linguagem a sua natural e correntia significação; é inverter-lhe o sentido, vulgar e jurídico. Em verdade, que "preferência" é essa que, ao invés de assegurar prioridade e direito, apenas possibilita preterição ?

4. "Preferência — registra-o o velho e autorizado Bluteau — é primazia, vantagem, maioria no valor, na estimação, no merecimento". Exemplo: "A vós se concede isto, com preferência a todos os mais".

Incisivo também é Morais, no definir: "*Preferência* — o ato de preferir; a primazia sôbre outra coisa". Ilustrando: quem há de preferir concorrendo com outros: *verbi gratia* em pretensão de ofícios, cargos, honras; entre vários credores, sôbre quem será pago precìpuamente, e sem entrar a rateio, t. forense". Precisamente o caso: em pretensão de cargo, a lei outorgou preferência ao impetrante e a outros em situação parelha.

5. Êsse o significado vulgar, de que se não aparta a acepção jurídica, segundo a qual preferência corresponde ao privilégio, à prelação que a lei outorga ao sujeito ativo de um direito, em razão de suas qualidades e atributos, ou da possança de seus títulos.

Exemplo disso é a preferência que a Constituição federal confere, no artigo 153, § 1º, ao proprietário do solo para o aproveitamento de recursos minerais e energia hidráulica; e no artigo 156, aos nacionais, segundo as condições que prevê, nos planos de colonização e aproveitamento das terras públicas.

Por igual, a Constituição do Estado, no art. 30, "a", de suas Disposições Transitórias — que passou pelo crivo da censura do Supremo Tribunal Federal — confere aos participantes ativos da Revolução Constitucionalista e aos componentes da Fôrça Expedicionária Brasileira "preferência" para ingresso no serviço público.

6. O Código Civil, no art. 632, e o Código de Processo, nos arts. 409 e 706, §§ 1º e 2º, atribuem "preferência" ao condômino em relação ao estranho, na venda judicial da coisa comum, indivisível.

"Preferência" em favor da Fazenda Pública, em execução de hipoteca sôbre estrada de ferro, consignam o Código Civil, no art. 855, e o Código de Processo, nos arts. 976, parágrafo único e 985.

De "preferência" ou preempção cogita o Código Civil, nos arts. 1.149 e 1.157.

Os concursos de credores, regulados pelos arts. 1.554 e 1.571 do Código Civil e arts. 1.017 e 1.030 do Código de Processo, têm por objeto precisamente sopesar e graduar os títulos e estabelecer as "preferências".

Demarcada importância, assume a matéria, nos processos de falência, quando, nos arts. 102 e 125, se cuida da classificação dos créditos e do pagamento dos credores com a "preferência" que lhes compete.

7. Em todos êsses casos legais, "preferência" quer dizer, de fato, "preferência", primazia, vantagem, maioria no valor, superioridade de direitos, proclamada por lei, com caráter de obrigatoriedade, sem que se admita a possibilidade de "preterição" por quem não seja titular de melhores títulos.

Não se concebe, pois, que a "preferência" a que alude o art. 15 da lei nº 2.603, não tenha idêntica eficácia, não tenha caráter de obrigatoriedade, que é um dos atributos dos preceitos legais, que se presumem estatuídos para serem pontualmente cumpridos e respeitados.

8. Na locução adverbial — "de preferência" — o seu elemento principal, "preferência" não se desnatura, pela adjunção da preposição "de". Conserva o seu original significado. O mesmo é que "com preferência", "com prioridade". Corresponde ao advérbio "preferencialmente", ou seja — "em que há preferência" (Aulette). E' a hipótese, em que há preferência, solenemente prometida pela lei, aos funcionários em situação igual à do impetrante, para as nomeações dos cargos então criados.

Quando, por exemplo, um chefe militar ordena a um seu inferior que parta, sem perda de tempo, "de preferência" de avião, para um determinado pôsto de operações, é óbvio que quem recebe essa ordem só poderá escolher outro meio de transporte se lhe fôr de todo impossível encontrar um avião ao seu alcance. Não lhe caberá o arbítrio de escolher outro meio de locomoção, ainda que lhe pareça mais conveniente. E' também o que sucede na espécie. A livre nomeação de terceiro só poderia ser legalmente feita, se já não existissem funcionários com direito à preferência.

9. Argumenta-se que, no texto legal, a preferência pleiteada pelo impetrante não tem caráter de obrigatoriedade, não exclui a possibilidade de aproveitamento de terceiros. Valeria apenas como simples sugestão, mero lembrete, que poderia ser aceito ou rejeitado, *ad libitum*, pelo Executivo. Não é possível, pois tal importaria a completa subversão da tecnologia legislativa. Seria admitir, contra rudimentar princípio de hermenêutica, que a lei encerra palavras inúteis, ociosas, regras que podem ser cumpridas ou desprezadas, ao inteiro alvedrio do Executivo. Inconcebível. Se fôsse êsse o espírito da lei, é claro que muito mais simples, mais lógico e curial teria sido prescrever que os cargos criados seriam de livre nomeação do Governador.

10. Não há dúvida que as leis nem sempre primam pela clareza, apuro e propriedade da linguagem. Mas nem por isso é razoável atribuir à lei o contrasenso de dizer que há "preferência" onde apenas há ensejo e possibilidade de "preterição"; de declarar que certos funcionários deverão ser os "preferidos", no provimento de novos cargos, quando, na verdade, pretendeu precisamente enunciar que nenhuma primazia lhes cabe, visto que poderão ser livremente "preteridos", esquecidos, postos à margem.

Não se presume que o legislador desconheça a significação correntia e natural das palavras: que diga "prêto" quando queria dizer "branco"; que diga "redondo", quando queria dizer "quadrado"; que diga "preferência", quando queria dizer "preterição".

11. Sustenta o impetrado, em segundo lugar, para justificar o seu ato, que o preceito legal em exame, a admitir-se a "preferência" propugnada pelo impetrante, privaria o Executivo da faculdade indelegável de prover cargos públicos; tornaria obrigatório o provimento de certas pessoas nos cargos criados, pré-determinaria o preenchimento das vagas por êste ou aquêle indivíduo — o que constitui ato da competência exclusiva do Governador.

Improcede. Há desde logo que observar que a lei, que encerra o texto contra o qual ora se insurge o Sr. Governador, é obra conjunta e harmônica do Legislativo e do Executivo. Ao receber a proposição que lhe foi enviada pelo Legislativo, o Executivo, aquiescendo, sancionou-a e promulgou-a. Deu assim a sua aprovação ao projeto de lei; deu-lhe o seu assentimento e cooperação. Colaborou de tal arte na feitura da lei. Já agora não lhe é lícito renegá-la, recusando-lhe execução.

12. A verdade, porém, é que a norma discutida não visa pessoas predeterminadas. Fixando o critério que lhe pa-

receu mais conveniente, para o provimento dos cargos criados, reconheceu preferência em favor de certa classe de funcionários, em razão naturalmente das funções que já vinham exercendo. Nada há nisso de extraordinário. Muito pelo contrário, é prática freqüente e generalizada.

Ao criar cargos, compete ao Legislativo estabelecer a diretriz, os pressupostos, as condições para o seu prenchimento. E' função sua, que não do Executivo. O arbítrio do Executivo, no provimento dos cargos, é sempre delimitado pela lei.

Na própria magistratura é o que se observa de longa data. As promoções de juízes fazem-se mediante indicação do Tribunal, por antiguidade e por merecimento, alternadamente. No caso de promoção por merecimento, o arbítrio do Executivo se adstringe à escolha do candidato através de lista tríplice. Em se tratando de provimento por antiguidade, tal arbítrio desaparece por completo, pois a nomeação terá de recair necessáriamente no candidato indicado ("Constituição Federal", art. 124, nº IV).

Para rematar: sancionando e promulgando a lei nº 2.603, a qual dêsse modo se aperfeiçoou com o seu inequívoco assentimento e aprovação, não é dado ao Executivo abjurá-la, em nenhm de seus dispositivos, vetando-a extemporâneamente. Cumpre-lhe, ao revés, dar-lhe exata e integral execução, não lhe sendo lícito, portanto, recusar ao impetrante e demais funcionários em situação idêntica, a preferência que lhes cabe, por fôrça daquele diploma.

São Paulo, 23 de junho de 1954 — *Paulo Colombo*, presidente — *Teodomiro Dias*, relator — *Mário Masagão*, vencido — *J. M. Gonzaga* — *Clóvis de Morais Barros* — *Trasíbulo de Albuquerque*, vencido — *Fernandes Martins*, vencido — *Augusto Neri* — *Frederico Roberto*, vencido. — *O. Costa Manso* — *Justino Pinheiro* — *Vasco Conceição*, vencido — *Otávio Lacôrte* — *Davi Filho* — *Amorim Lima* — *Pinto do Amaral* — *José Frederico* — *Euclides C. da Silveira* — *Paulo Costa*, vencido — *Juarez Bezerra* — *Vasconcelos Leme* — *José R. A. Valim* — *Ulisses Dória* — *Prado Fraga* — *Rafael de Barros Monteiro*, vencido — *Itagiba Pôrto* — *Soares de Mello*, vencido — *Joaquim de Silos Cintra* — *Samuel Francisco Mourão*, vencido — *J. Augusto de Lima* — *Djalma Pinheiro Franco*, vencido conforme declaração feita no mandado de segurança impetrado por Etelvina Tucci Guedes e que junto por cópia.

ACÓRDÃO NO MESMO SENTIDO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 67.971, da comarca de São Paulo, entre partes impetrante D. Etelvina Tucci Guedes, impetrado o Exmo. Sr. Governador do Estado: Acordam, em sessão Plenária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, conceder a segurança impetrada, a fim de ser reconhecida, em favor da impetrante, a preferência mencionada no art. 15 da lei nº 2.603, de 1954.

Deixam, entretanto, de atender o pedido de anulação das nomeações ilegalmente feitas, pois da nomeação da impetrante para o cargo a que tem preferência, é que decorrerá a destituição de quem estiver ocupando o lugar (arg. do art. 190 da Constituição federal).

Custas na forma da lei.

Assim decidem, porque: D. Etelvina Tucci Guedes, funcionária pública estadual, impetra o presente mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Governador do Estado, alegando, em resumo, o seguinte :

Em 7 de outubro de 1952, o Exmo. Sr. Governador do Estado enviou à Assembléia Legislativa o projeto de lei, dispondo sôbre a criação, na Secretaria de Estado dos Negócios de Saúde Pública e de Assistência Social, do De-

partamento de Administração e Consultoria Jurídica.

O art. 22 do referido projeto dispunha que: "os cargos de direção e chefia criados pelo art. 21, na PP-II, serão, de preferência, providos por funcionários da Diretoria Geral da Secretaria da Saúde Pública e da Assistência Social"...

Após entendimento havido com o Poder Executivo, o Sr. Deputado Narciso Pieroni apresentou um substitutivo ao projeto e, entre as alterações introduzidas, deu ao artigo mencionado a seguinte redação, que passou a ser a do artigo 15 da lei nº 2.603, de 16 de janeiro de 1954: "Os cargos de direção e de chefia, criados pelo art. 14, serão de preferência providos por funcionários da Diretoria Geral da Secretaria da Saúde Pública e da Assistência Social, que já vêm exercendo funções de direção e chefia".

Ora, do *Diário Oficial*, de 5 de julho de 1950 (doc. n. 3), verifica-se que desde 4 de julho de 1950 a impetrante exercia uma das funções de chefia, da Diretoria do Expediente. Posteriormente, por ato de 12 de abril de 1951 (doc. nº 4), foi removida para a Seção de Biblioteca, do Serviço de Documentação e Biblioteca.

Pela lei nº 2.603, foi criado o Serviço de Documentação, que compreende a Biblioteca, a Seção de Divulgação e a de Documentação.

Para essas seções — Divulgação e Documentação, foram nomeados os Snnhores João Arruda Viana e Jorge Fonseca Júnior, o primeiro estranho ao quadro do funcionalismo, e o segundo, que apesar de pertencer à Diretoria Geral, não exercia função de direção em 17 de janeiro de 1954, data da publicação da lei.

Assim, apesar da preferência assegurada aos funcionários que exerciam funções de chefia, foi a suplicante preterida por essas duas nomeações ilegais. De se notar ainda, que também infringiram o dispositivo legal citado as nomeações de D. Luísa Reimberg para o cargo de Chefe de Seção de Promoções e a de Clóvis Ferreira Guimarães para o de chefe da Seção Administrativa, eis que, tais funcionários, apesar de anteriormente lotados na Diretoria Geral, também não exerciam funções de chefia.

O preenchimento dêsses cargos pelos funcionários acima citados — diz a impetrante — foi feito com flagrante desrespeito do art. 15 da lei nº 2.603, porquanto exigia — o citado diploma — por proposta do próprio Govêrno, através o seu líder, e para conseguir continuidade no serviço que já vinha sendo executado, que se desse preferência aos que, pertencendo à Diretoria Geral, vinham exercendo funções de chefia.

Em face do exposto, requer a impetrante a concessão da presente segurança para o fim de se anularem as nomeações impugnadas e de se reconhecer, em seu favor, a preferência mencionada na lei nº 2.603, e, conseqüêntemente, o seu direito a um dos cargos de chefia do Serviço de Documentação do Departamento de Administração da Secretaria da Saúde e da Assistência Social.

O pedido se acha devidamente instruído.

O Exmo. Sr. Governador do Estado prestou as informações de fls., dizendo, em resumo, que :

Não é preciso grande esfôrço para alcançar a improcedência absoluta do pedido. A sua sustentação peca pela base, de vez que parte do pressuposto errado de estarmos em face de uma norma legal imperativa, pela qual obrigatório seria o provimento dos novos cargos pelos funcionários que na data se achavam no exercício de funções de direção ou chefia na Diretoria Geral. Se a preferência fixada no dispositivo pudesse implicar, como quer a impetrante, o provimento obrigatório de certas pes-

soas nos cargos criados, estaria a lei predeterminando o preenchimento das vagas por êste ou aquêle indivíduo, e isto é ato formal e substancialmente executivo, da competência exclusiva do Governador ("Constituição do Estado", art. 43, alínea "g").

Conseqüentemente, o entendimento da impetrante nos conduziria, sem sombra de dúvida, à inconstitucionalidade do texto legal, e, pois, à sua absoluta invalidade.

Entre dois modos de entender o sentido da lei — um, que conduz à sua invalidade, por inconstitucional, e outro, que o torna eficaz e válido, êste é que há de prevalecer.

Realmente há, no texto em exame, a determinação de preferência para o preenchimento dos cargos de direção e chefia, em benefício dos funcionários que, na Diretoria Geral, exerciam funções de direção e chefia. Mas, a lei estabelece apenas uma simples preferência, nunca a obrigatoriedade que a impetrante quer fazer valer em defesa de seu pretenso direito. Não reservou àqueles funcionários, com exclusividade e privativamente, o preenchimento das vagas. Deu-lhes apenas preferência. E assim o fazendo, é óbvio que reconheceu que terceiros poderiam concorrer ao preenchimento. E' uma decorrência da própria cláusula preferencial instituída pela lei. E a preferência, como é curial, tem como pressuposto necessário uma situação de igualdade que pode deixar a autoridade no estado de dúvida para decidir-se, tendo em vista os títulos, capacidade, mérito, tempo de serviço e outros fatôres que possam influir para inculcar o funcionário ao preenchimento da vaga, a juízo da autoridade competente. A cláusula de preferência atuaria, então, no caso de empate ou de igualdade de condições entre os concorrentes aos postos.

Conclui o impetrado dizendo que êsse é o entendimento correto do invocado art. 15. E dêle resulta, evidentemente, que não padecem da eiva de ilegalidade as nomeações impugnadas pela impetrante.

Ao contrário, os atos em exame estão perfeitamente ajustados à lei nº 2.603 e foram praticados pelo Executivo no livre exercício de sua faculdade indelegável de prover os cargos públicos.

A Procuradoria Geral da Justiça opina pela concessão da segurança pleiteada.

Isto pôsto :

A lei nº 2.603, de 16 de janeiro de 1954, em seu art. 15, dispõe que :

"Os cargos de direção e de chefia, criados pelo art. 14, serão de preferência providos por funcionários da Diretoria Geral da Secretaria da Saúde Pública e da Assistência Social, que já vêm exercendo funções de direção e chefia".

Preferência, segundo Morais, é o ato de preferir. E preferir é: "Antepor, dar a primazia, o primeiro lugar..." ("Dicionário da Língua Portuguêsa", 1813, vol. 2, pág. 489).

Explica Ruy Barbosa que: "A preferência que se concede a um indivíduo, ou a um objeto, a preferência que êsse objeto ou indivíduo assim logrou, é a primazia no lugar, a distinção exterior, a precedência nas vantagens" ("Réplica", edição de 1904, pág. 137).

A locação adverbial "de preferência", não altera a significação dêsse vocábulo, como se vê no "Dicionário de la Lengua Española", da "Real Academia Espanola", onde se lê :

"De preferência, m. adv. Preferentemente".

"Preferentemente, adv. m. Con preferencia" (ob. cit., ed. de 1925, página 980).

Vasco Botelho do Amaral diz, a propósito do verbo "preferir", que: "E' vulgar ouvir-se até a pessoas cultas: "prefiro antes isto do que aquilo. O êrro explica-se, em nosso entender, porque se toma preferir como sinônimo de querer, de modo que mentalmente se estabelece correspondência entre aquela frase e: "quero antes isto do que aquilo". Deve notar-se, porém, que em preferir já o afixo *pré* significa antes ("Dicionário de Dificuldades da Língua Portuguêsa", v. "Preferir", pág. 193, cf. no mesmo sentido, Cândido de Figueiredo, "Lições", II, 44, "Falar", I, 33 e II, 114).

A acepção jurídica não difere da gramatical: "Il termino preferenza, come l'altro não difere da gramatical: "Il termino", que indica l'anteposizione di una cosa ad un'altra. El infantti preferenza determinarsi a favore di una persona o di una cosa piuttosto di un'altra" ("Dizionario del Diritto Privato", vol. VI, pág. 331).

"Nel caso di preferenze legali non si ha che il preferito, derivando la preferenza direttamente della legge" (ob. cit., pág. 332).

Portanto, nos têrmos do art. 15 da lei nº 2.603, aquêles funcionários que já vinham exercendo funções de direção e chefia tinham que ser providos nos cargos criados pelo art. 14, da referida lei.

Essa interpretação, que deflui tanto do histórico como do próprio texto da lei, nada tem de inconstitucional, porque dar preferência a certa situação do funcionalismo público, é conferir igual direito a todos que se achem em idêntica situação, mas não é atribuir vantagem individual a determinado funcionário, nem cercear ao Executivo o direito de nomeação.

O art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Paulista, confere aos participantes ativos da Revolução Constitucionalista de 1932 e aos componentes da Fôrça Expedicionária Brasileira, de São Paulo, a preferência para ingresso no serviço público. Êsse dispositivo passou pelo crivo do Egrégio Supremo Tribunal, sem qualquer censura sôbre a sua constitucionalidade.

Nem caberia ao Poder Executivo, que sancionou e promulgou a lei número 2.603, fazer semelhante argüição, pois é sabido que a sanção é o assentimento, a concordância, a aprovação da lei pelo Chefe do Estado e a promulgação é o certificado solene, pelo mesmo Chefe, da existência da lei, com a ordem de execução.

E' o que ensina Simoncelli, explicando que a sanção é a participação do Chefe do Govêrno na formação da lei, como parte do Poder Legislativo do Estado.

Idêntico é o ensinamento de Pacchioni, esclarecendo que, quando o Chefe do Govêrno sanciona a lei, age como órgão legislativo, quando a promulga, age como chefe do Poder Executivo. Daí decorre que o Chefe do Govêrno pode negar a sua sanção à lei regularmente aprovada pelo Parlamento, mas como Chefe do Poder Executivo deve, uma vez que a tenha sancionado, promulga-la (cf. Simoncelli, Istituzione di Diritto Privato Italiano", 3ª edição, 1921, pág. 66; Pacchioni, "Delle Leggi in Generale e Della Loro Retroattività", 1937, pág. 71; Francesco Ferrara, "Tratato di Diritto Civile Italiano", vol. I, pág. 103; Chironi e Abello, "Trattato di Diritto Civile Italiano, vol. I, pág. 25).

Com maior razão, se a sancionou e promulgou, não pode deixar de cumpri-la.

Provado, como se acha nos autos, que a impetrante, desde 4 de julho de 1950, exercia uma das funções de chefia, da

Diretoria do Expediente e, posteriormente, foi removida para a Seção de Biblioteca, do Serviço de Documentação e Biblioteca, não se lhe pode negar a preferência, que lhe é assegurada pelo art. 15 da lei nº 2.603, para exercer um dos cargos de chefia do Serviço de Documentação do Departamento de Administração da Secretaria da Saúde e da Assistência Social, como vem pleiteando na inicial e se acha convincentemente demonstrado no brilhante parecer do ilustrado Subprocurador Doutor João Gomes da Silva.

Em face do exposto: com a ressalva acima mencionada, foi concedida, por maioria de votos, a segurança impetrada.

São Paulo, 23 de junho de 1954 — *Paulo Colombo*, presidente — *Prado Fraga*, relator — *Rafael de Barros Monteiro*, vencido — *J. M. Gonzaga* — *Teodomiro Dias* — *Mário Masagão*, vencido — *Vasco Conceição*, vencido — *Trasíbulo de Albuquerque*, vencido — *Itagiba Pôrto* — *Clóvis de Morais Barros* — *José R. A. Valim* — *Otávio Lacorte* — *Pinto do Amaral* — *Augusto Neri* — *Samuel Francisco Mourão*, vencido — *Vicente Sabino Júnior* — *Ulisses Dória* — *Juarez Bezerra* — *Amorim Lima* — *Euclides C. da Silveira* — *Davi Filho* — *Fernandes Martins*, vencido — *Frederico Roberto*, vencido — *José Frederico* — *Justino Pinheiro* — *Vasconcelos Leme* — *J. Augusto de Lima* — *Joaquim de Sílos Cintra* — *José Soares de Melo*, vencido — *Djalma Pinheiro Franco*, vencido, de acôrdo com a seguinte declaração de voto :

Neguei a segurança pretendida pela impetrante Etelvina Tucci Guedes :

I. Dos têrmos do art. 15 da lei estadual nº 2.603, de 16 de janeiro do corrente ano — "os cargos de direção e de chefia, criados pelo art. 14, serão de preferência providos por funcionários da Diretoria Geral da Secretaria de Saúde Pública e da Assistência Social, que já vêm exercendo funções de direção e chefia" — não resulta que tais cargos devam ser providos necessàriamente por êstes funcionários da Diretoria Geral.

Se a lei quisesse dar exclusividade de nomeação a tais funcionários, necessidade não tinha de usar da expressão "de preferência", locução adverbial que, qualificando o predicado, restringiu a sua extensão.

Bastava suprimi-la, e os cargos lhes pertenceriam. Por tê-la usado, por ter usado essa expressão, que restringiu a amplitude do texto, é que bem se vê que nela se contém apenas uma recomendação ao Poder Executivo para o aproveitamento dêsses funcionários, sem que isso, todavia, pudesse implicar em jungir êsse Poder à obrigação de nomeá-los.

E compreende-se que assim seja : é que, estabelecida a cláusula, não no interêsse do indivíduo, mas no da administração (que assim pode, pelo conhecimento que tem das aptidões dos candidatos, recrutar para os cargos aquêles que melhor possam desempenhar, as funções), daí resulta que, destinatário do benefício sendo o Estado e não o indivíduo (a quem, todavia, aquêle benefício também aproveita por ação reflexa — v. a propósito Ihering. *"O Espírito do Direito Romano"*, trad. de Rafael Benaion, vol. IV, § 71, sec. 2ª), não tem êste qualquer direito subjetivo (Francisco Campos, *"Direito Administrativo"*, pág. 73) que, pelo fato do Estado não ter querido utilizar-se dêsse benefício, beneficiando-o também, pelo mandado possa ser amparado.

II. Por outro lado, é constitucionalmente função privativa do Chefe do Poder Executivo prover os cargos públicos (Constituição federal, art. 87, V; Constituição estadual, art. 43, "g").

A essa privativa função corresponde, como é óbvio, o direito da escolha dos que, preenchendo as condições de investidura, devam ocupar os cargos, tal direito não comportando qualquer restrição, menos ainda quando, como no caso, a lei, perdendo o seu caráter impessoal, virtualmente designou os funcionários que deviam ser nomeados — a impetrante e mais dois ou três funcionários em idênticas condições, isto é, que na Diretoria Geral da Secretaria, já vinham exercendo funções de direção e chefia.

Pontes de Miranda, em seus *"Comentários à Constituição de* 1946", volume II, pág. 396, escreve que :

"E' inconstitucional o ato legislativo que por maneira tal acentue os pressupostos para a nomeação que só uma ou duas pessoas, ou poucas mais, possam ser nomeadas".

Carlos Maximiliano, por sua vez, nos *"Comentários à Vigente Constituição"*, vol. II, pág. 233, escreve que:

"... o Legislativo, nem sequer ao instituir o emprêgo, pode designar a pessoa que o ocupará, de modo que iluda o direito de escolha, prerrogativa presidencial.

E nos "Comentários à Constituição de 1891", nº 346, pág. 496, escrevia que :

"... se as Câmaras disignarem de tal modo o destinatário de um emprêgo, que outro não possa pelo Presidente ser nomeado, a disposição é inconstitucional, não deve ser cumprida, equivale a não ter jamais existido".

Ora, sabido que a Secretaria da Saúde, que criada foi pelo decreto-lei número 17.339, de 28 de junho de 1947, desdobra-se por vários Departamentos (da Saúde; Estadual da Criança; de Assistência a Psicopatas; de Medicina Social; de Profilaxia da Lepra; Instituto Butantã — ao primeiro estando subordinados vários serviços: Divisão do Serviço do Interior; Serviço de Tuberculose; Instituto Adolfo Lutz; Instituto Pasteur; Hospital de Isolamento Emília Ribas; Serviço de Fiscalização do Exercício Profissional; Policiamento da Alimentação; Profilaxia da Malária; e Serviço dos Centros de Saúde da Capital. Além disso, outros órgãos há subordinados à Secretaria: Propaganda e Educação Sanitária, Engenharia Sanitária, etc...) é visto que não só na Diretoria Geral é que havia funcionários que, ao tempo da promulgação da lei nº 2.603, vinham já exercendo funções de direção e chefia.

O benefício, no entanto — que no projeto governamental, estendia-se indistintamente aos funcionários da Diretoria Geral (vl. fls. "Projeto de Lei" n. 1.226, de 1952; art. 22), — foi, na lei nº 2.603, restrito a uns poucos (a impetrante entre êstes) que aí na Diretoria Geral exerciam aquelas funções, dêle não participando quaisquer outros que, embora exercendo funções de direção e chefia, lotados estivessem em outros setôres da Secretaria.

O caráter eminentemente pessoal do dispositivo — onde só faltou ser mencionado o nome dos favorecidos — iludiu o direito de escolha, prerrogativa governamental: atentou, pois, contra a Constituição e, assim, deixando de cumpri-lo, não ofendeu o Governador qualquer direito, muito menos "líquido e certo", da impetrante.