PROFESSOR — CONCURSO — DISPENSA PARA OS FUNDADORES DE FACULDADE — INCONSTITUCIONALIDADE

— Os professôres, fundadores de Faculdade de ensino superior, não estão dispensados do concurso para o provimento nas cátedras.

— Interpretação do art. 168, *n.º* VI, *da Constituição.*

PARECER

O Governador do Estado do Rio Grande do Norte, a 17 de maio do corrente ano, solicitou providências à Faculdade de Direito de Natal, no sentido de proceder-se ao concurso das respectivas cátedras.

Tomando conhecimento do assunto, a Congregação da mesma Faculdade redarguiu estarem os professôres fundadores dispensados de concurso, em face do disposto no Decreto estadual n.º 2.138, de 23 de abril de 1951, cujo art. 154 prescreve:

"Os primeiros professôres nomeados pelo Governador do Estado dentre magistrados em atividade ou inativos, doutôres ou bacharéis em Direito, diplomados por Faculdades oficializadas e empossados em suas cadeiras à época da instalação da Faculdade, são considerados fundadores, aplicando-se-lhes, no que fôr possível, as disposições concernentes aos catedráticos".

Pergunta-se-nos, então, se é constitucional a tese dos ilustres congregantes.

Ex-professor da Escola, empossado antes de sua instalação e exonerado por motivos políticos, teríamos direito ao que o insigne corpo docente entende incorporado ao seu patrimônio jurídico. Assim, sobra-nos, pelo menos, autoridade moral para emitir uma opinião desfavorável.

As questões suscitadas neste breve estudo estão compreendidas na resposta à seguinte consulta:

— Pode dar-se o provimento efetivo das cátedras no ensino secundário oficial e no superior oficial ou livre, sem concurso de títulos e provas?

Para melhor compreensão do que vamos discutir, vejamos o que prescreve a Constituição federal no art. 168:

I, II, III, IV e V — *omissis*:

"VI — para o provimento das cátedras, no ensino secundário oficial e no superior oficial ou livre, exigir-se-á concurso de títulos e provas. Aos professôres admitidos por concurso de títulos e provas será assegurada a vitaliciedade".

E' a Lei Máxima, a Lei das Leis, que ordena, dominando todos os Códigos e traçando as normas aplicáveis. O legislador constituinte usou de linguagem

clara, precisa, devendo ser cumprido tudo o que dispôs.

Se a Constituição impõe o concurso de títulos e provas e não há dúvidas, obscuridades ou ambigüidades no seu contexto, *tollitur quaestio*.

O Professor Pedro Calmon, então Ministro da Educação, no processo em que foi interessado o Professor Joaquim Guedes Correia Gondim Neto, da Faculdade Nacional de Direito, assim externou sua opinião:

"Exige-se, para o provimento das cátedras no ensino superior, concurso de títulos e provas. Na vigência da Constituição de 1946, ninguém será nomeado professor efetivo sem a satisfação desta exigência".[1]

Ensina também Temístocles Cavalcânti:

"A disposição acima (art. 168, VI) é imperativa e a ela se deve subordinar a legislação ordinária. Não pode haver temperamento na aplicação do preceito, qualquer que seja a forma de provimento."[2]

Indaga-se: Os professôres fundadores estão dispensados do concurso?

Absolutamente não. Aqui vai um subsídio da jurisprudência administrativa. O Professor João Emílio Falcão Costa, um dos fundadores da Faculdade de Direito do Piauí, requereu o seu aproveitamento no quadro dos Professôres federais, alegando que, ao tempo da federalização da Faculdade, era substituto da cadeira de Medicina Legal. O Conselho Nacional de Educação, opinando contra o pedido, decidiu que a nomeação para professor catedrático, sem concurso, era medida que não se justificava, nem à luz do Regulamento da Escola, nem nos têrmos da lei de federalização; sobretudo a Constituição o impedia.[3]

No mesmo sentido emitiu parecer Carlos Medeiros Silva, ex-Consultor-Geral da República, nos processos da Faculdade de Direito de Pelotas e da Faculdade de Filosofia do Recife, concluindo:

"Exigir-se-á concurso de títulos e provas, diz o preceito constitucional. Como admitir-se, sem flagrante desrespeito a êsse mandamento, que possam ser providas, depois de sua vigência, em caráter efetivo, cátedras no ensino superior por professôres que não fizeram concurso?"[4]

José Martins Rodrigues, Almeida Júnior, Cesário de Andrade e Edmundo Lins Neto, êste Consultor do Ministério de Educação e aquêles membros do Conselho Nacional de Educação, pensam e julgam da mesma forma.

Esclarece Almeida Júnior, no processo n.º 318/953, "que antes da Constituição de 1946 e sob a vigência do Decreto-lei n.º 421, de 1938, era lícito converter-se o fundador da cadeira em catedrático, conversão que se fazia mediante formalidades indeclináveis: 1.º) apresentação do candidato; 2.º) aceitação dêsse candidato por 2/3 da totalidade dos membros do Conselho; 3.º) homologação do parecer do Conselho, pelo Ministro da Educação".[5]

No caso da Faculdade de Direito de Natal, os professôres não tinham a sua situação consolidada antes de 1946, pois o Regulamento é de 1951, tendo o Decreto n.º 2.529, de 22 de dezembro de 1954, revogado o art. 154, acima transcrito.

Aliás, o caráter interino da nomeação de tais professôres foi declarado peremptòriamente pela Lei estadual n.º 1.089, de 1 de dezembro de 1954 (artigo 2.º).

Alega-se que o Estado teria concedido estabilidade funcional aos professôres em causa. Essa pretensa estabilidade, porém, não teria fôrça para atribuir vitaliciedade a titulares de cargos cujo provimento depende da satisfação de requisitos estabelecidos na Constitui-

1 *Ensino Superior no Brasil*, Carlos Sousa Neves, vol. 1, pág. 296.
2 *A Constituição Federal Comentada*, vol. IV, pág. 103.
3 Carlos Sousa Neves, obr. cit., pág. 399.
4 Carlos Sousa Neves, obr. cit., pág. 400.
5 Carlos Sousa Neves, obr. cit., pág. 389.

ção federal, sem que a investidura tivesse sido precedida de concurso, o qual era exigido antes de 18 de setembro de 1946.

II

Poderíamos dar por finda a tarefa que nos foi confiada com o que ficou exposto, se a matéria não nos seduzisse e não nos levasse a outros escaninhos.

A Congregação da Faculdade de Direito do Recife, em memorial de 9 de junho último, dirigido aos estabelecimentos congêneres de todo o país, lançou um protesto formal contra a decisão do Juiz dos Feitos da Fazenda em Pernambuco, que concedeu mandado de segurança ao Desembargador Evandro Neto, reconhecendo-lhe o direito "líquido e certo" de ser provido, em caráter efetivo, na cátedra de Direito Penal daquela Faculdade, vaga com a aposentadoria do Professor Aníbal Bruno.

Sustenta o memorial que a sentença contrariou a Lei n.º 444, de 4 de junho de 1937, bem assim o Regimento Interno da mesma Faculdade. E finaliza: "Alertados em tempo hábil sôbre as catastróficas conseqüências que resultarão das nomeações sem concurso, de esperar que o espírito patriótico dos responsáveis pela causa pública do Brasil ofereça a resistência necessária às eventuais injunções de ordem política, infelizmente tão atuantes em casos dessa natureza".[6]

A tese do impetrante, ao que parece, é a de que, tendo sido aprovado em concurso, deverá ser indicado para catedrático, na vaga aberta com a aposentadoria do titular.

Realmente, a jurisprudência reconhece o direito dos docentes livres à nomeação efetiva, quando tenham sido aprovados em concurso anterior para a mesma cadeira.[7]

Não conhecemos o Regimento Interno da mencionada Faculdade e, por isso, ignoramos qual o prazo que fixa para a validade do concurso. Temos apenas conhecimento de que o Desembargador Evandro Neto fêz concurso há quinze anos para a cátedra de Direito Penal. Se o Regimento não fixa prazo, assiste razão ao impetrante (ao que consta, o interessado já foi nomeado para outra cadeira da referida Faculdade, mediante concurso a que se submeteu posteriormente).

No mandado de segurança impetrado pelo Professor Marcos Vilar Suassuna, contra o ato do Presidente da República que nomeou o Dr. Antônio Simão dos Santos Figueiras professor catedrático da segunda cadeira de Clínica Pediátrica Médica e Higiene Infantil da Faculdade de Medicina, também daquele Estado, aprovado em concurso no segundo lugar, o Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido, por "não atentar contra o preceito constitucional o aproveitamento dos dois candidatos mais votados em concurso de provas". Esclareça-se que o desdobramento da cadeira se fêz após a primeira nomeação, sendo o Dr. Vilar Suassuna classificado em terceiro lugar.[8]

Uma coisa é vedar a Constituição o provimento de cátedras, em caráter efetivo, sem a prestação da habilitação profissional, e outra coisa é admitir a lei ordinária o provimento para a vaga aberta ou para outra que se der oportunamente, de candidato habilitado.

Se os interessados na dispensa do concurso ainda não se convencem, atentem para o que decidiu a mais alta Côrte da Justiça no recurso extraordinário n.º 29.747, em 15 de dezembro de 1955, cujo relato fazemos a seguir:

O Dr. Ademar Carvalho Gomes, professor secundário interino, ao tempo da promulgação da Constituição paulista, foi posteriormente exonerado de suas funções, movendo ação contra o Estado de São Paulo. Interposto recurso ordinário para o Tribunal de Justiça, da sentença que julgou procedente a ação,

6 *Diário de Pernambuco*, de 2-6-957.
7 Carlos Sousa Neves, obr. cit., pág. 302.
8 *Diário da Justiça* de 7-12-1951.

foi-lhe negado provimento com êstes *considerandа*:

"Podia o autor, sem submeter-se a concurso, ser efetivado no cargo de professor secundário, que exercia interinamente ao tempo da promulgação da Constituição? Não, é a resposta.

A lei maior tem todo um título — o título VIII — dedicado aos funcionários públicos. Os seus preceitos vigem obrigatòriamente não apenas para os funcionários da União: também para os dos Estados e Municípios.

Ora, o art. 186 claramente expressa: "A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar, efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde."

A êsse preceito, de observância obrigatória pelos Estados, a própria Constituição ajunta êste outro:

"A legislação do ensino adotará os seguintes princípios:

Para o provimento das cátedras, no ensino secundário oficial e no superior oficial ou livre, exigir-se-á concurso de títulos e provas" (art. 168, VI).

Assim, pois, o concurso é constitucionalmente obrigatório em cargo de carreira e em outros que a lei determinar; e determinando e exigindo a própria lei das leis o concurso de títulos e provas para o provimento das cátedras no ensino secundário oficial, fôrça é concluir que, não tendo o apelante sido provido no cargo de professor secundário (sociologia) em razão de concurso, tal provimento é jurìdicamente nenhum".[9]

Advirta-se que o apelante invocou até o art. 23 das Disposições Transitórias da Constituição federal.

Em grau de embargos, o Tribunal Pleno reconheceu o direito do embargante, mas o Supremo Tribunal restabeleceu a decisão daquele Tribunal que julgou a apelação. Que mais dizer?

O Dr. Ademar Carvalho foi exonerado da forma por que foi nomeado: livremente. E' que não tinha direito adquirido contra a Constituição. Isso mesmo poderá acontecer com qualquer professor do ensino secundário oficial e do superior oficial ou livre, nomeado sem concurso.

III

A propósito dêsse caso do Recife, que deu motivo ao protesto da Congregação da respectiva Faculdade, dir-se-á que, além de haver decreto regulamentando o assunto, a nomeação do candidato clasificado é ato discricionário do Govêrno, da Administração.

O Decreto n.º 33.460, de 3 de agôsto de 1953, determina que os editais do concurso para provimento de cargos do magistério indicarão, precisamente, a vaga a preencher (art 1.º). O resultado do concurso, portanto, prevalecerá tão-sòmente para o preenchimento da vaga a que o edital se referir.

Por outro lado, os Tribunais têm entendido que não é compulsória a nomeação do candidato aprovado em concurso:

"A aprovação em concurso apenas traduz uma situação jurídica abstrata, salvo quando a lei, expressa e imperativamente, faz decorrer da respectiva classificação o direito que possa ser incorporado, como adquirido, ao patrimônio do concorrente aprovado, como, por exemplo, quando obriga o Poder Público a nomear o candidato habilitado." [10]

Assim, regendo-se o direito subjetivo do indivíduo pelas normas vigentes ao tempo em que se constituiu, fácil é verificar-se se o Des. E. Neto tem direito à vaga que ocorreu. Disso a Administração será juiz e, só não poderá agir discricionàriamente, sob o prisma da oportunidade e da conveniência, se a lei estabelecer forma especial, inclusive quando fixa prazos dentro dos quais devam ser feitas as nomeações. [11]

9 *Revista de Direito Administrativo*, vol. 41, pág. 147.
10 *Arquivo Judiciário*, vol. 35, pág. 104.
11 *Instituições*, vol. II, pág. 610.

Mas o principal objetivo destas notas, embora a discussão tome diversos caminhos, é comentar, com o devido aprêço, o ponto de vista em que se colocou a douta Congregação da Faculdade de Direito de Natal.

Fomos, também, professor, dos chamados fundadores, do novel estabelecimento de ensino superior, como dissemos de início, exonerado depois, juntamente com outros colegas mais felizes ou mais diligentes, porque à nobre Corporação já retornaram, agraciados pelas preferências governamentais do momento, e, nem por isso, nos julgamos com direito a uma reintegração com as garantias de uma vitaliciedade inexistente.

Não cabe aqui apreciar as razões que levaram o governante a interessar-se pela medida "que tem acima de tudo", diz S. Excia., "o condão de escolher os mais capacitados e de proclamar os méritos daqueles que preenchem os requisitos necessários à investidura e responsabilidade da cátedra superior."[12]

Contentemo-nos com a mensagem da ilustrada Congregação, através da palavra autorizada de quem a formulou.

Argumenta-se: 1.º) que a situação dos professôres está plenamente assegurada pelo Decreto estadual n.º 2.138; 2.º) que há distinção entre os professôres que se achavam empossados nas suas cadeiras à época da instalação da Faculdade e os que foram nomeados depois; 3.º) que sòmente êstes estão sujeitos a concurso; 4.º) que os professôres fundadores, além das garantias que lhes foram conferidas pelo referido diploma legal, tiveram suas nomeações confirmadas pelo Conselho Nacional do Ensino; 5.º) que a prerrogativa conferida pelo legislador é a consagração de um princípio universalmente aceito e no nosso país adotado em tôdas as Escolas Superiores; 6.º) que a própria lei federal (Decreto-lei n.º 421, de 11 de maio de 1938) assim o entende quando, no art. 9.º, dispõe que o reconhecimento dessas Escolas poderá ser concedido "se, a partir da instalação do curso, tôdas as vagas verificadas no corpo docente tiverem sido preenchidas por concursos de títulos e provas."

O raciocínio exposto, *data venia*, é falso, desde as premissas à conclusão. Em primeiro lugar, não podia a Congregação extrair das expressões do art. 154, do Regulamento de 1951, a outorga de um privilégio que o legislador constituinte rodeou de cautelas indispensáveis e obrigatórias. Basta dizer que, não se sentindo à vontade com o de emprestar, por artes de berliques e berloques, a quem não o merecia legalmente, recorreu à válvula de escape "no que fôr possível", como se fôsse possível fazer do direito uma loteria. Demais, desconhecemos êsse princípio, "universalmente" aceito, de dar a professôres interinos garantias de vitaliciedade.

Nos processos relativos a casos análogos, das Faculdades de Direito da Paraíba, Ceará, Piauí e Alagoas, citados pela congregação, ficou assentado que o professor, para obter tais garantias, deve submeter-se a concurso de títulos e provas. Assim ocorreu, recentemente, em Alagoas, com um professor que, vendo aproximar-se a aposentadoria compulsória, pela idade, requereu concurso, foi habilitado e conseguiu aposentar-se como catedrático. E' que a União nada tem que ver com os favores concedidos pelos Estados ao funcionário, se a situação dêste não se legitima no quadro dos servidores federais, de acôrdo com a legislação específica.

Quanto ao reconhecimento da Faculdade, que é de justiça fazer-se, pois o seu funcionamento até esta data prova a regularidade do curso, a competência dos professôres e o interêsse dos alunos, temos que, se concedido, a despeito do art. 9.º do Decreto-lei, n.º 421, outra coisa não significará senão a boa vontade dos responsáveis pelo Ensino Superior em relação a um centro de

12 *A República*, de 18-5-1957.

estudos que honra sobremaneira, o Rio Grande do Norte, tendo em consideração, principalmente, Estado pequeno, as dificuldade que se lhe antolham no fiel cumprimento de uma formalidade que, afinal, não tem sido obedecida à risca noutros Estados.

IV

Ao professor interino a lei ordinária não pode conferir vantagens que a Constituição veda. Conceda-se aos Estados e Municípios a faculdade de dar mais ao funcionário público do que lhe confere o legislador federal. Dar menos, ou infringir a Lei Básica, galardoando-o com uma estabilidade insuscetível de adquirir ou com uma vitaliciedade *sui generis*, é que não é possível.

"A relação jurídica entre o funcionário público e o Estado", ensina Pontes de Miranda, "pode ser modificada pelas leis novas, com efeito imediato, salvo quando existe regra constitucional que o veda". [13]

Na hipótese estudada, há uma lei superior que proíbe a efetivação do professor interino, sem concurso. E se não há nenhuma dúvida quanto ao caráter interino da investidura, se a lei que padronizou êsses cargos expressamente declara que "os respectivos títulos devem ser apostilados no Serviço do Pessoal com a consignação do respectivo padrão e caráter interino de tal investidura (Lei n.º 1.089, de 1 de dezembro de 1954), não há falar em estabilidade ou vitaliciedade, fora das exceções previstas na lei, pois essas regalias são atributos, respectivamente, ou dos funcionários efetivos, ou dos magistrados, Ministros do Tribunal de Contas, titulares de ofício de justiça e *professôres catedráticos* (arts. 187 e 188 da Constituição federal.

Em resumo, a situação dos professôres da Faculdade de Direito de Natal é de interinidade, situação que há-de perdurar até a realização do concurso. Consulte-se, a respeito, o parecer do Dr. A. Gonçalves de Oliveira, de 24 de maio de 1956, aprovado pelo Ministro da Educação.

V

Alega o eminente Diretor da Faculdade que os professôres fundadores têm direito adquirido aos cargos que ocupam, e, por isso, a renovação do art. 154 não os atinge.

Cumpre saber se tais professôres estavam com situação definitivamente constituída a êsse tempo, para que se possa ajuizar da ofensa ao direito, de conformidade com a lei que o teria originado e ainda em face do art. 141, § 3.º, da Constituição federal, e art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil, alterado pela Lei n.º 3.238, de 1 de agôsto de 1957.

"Direito adquirido", ensina Clóvis, "é um bem jurídico, criado por um fato capaz de produzi-lo, segundo as prescrições da lei, então vigente, e que, de acôrdo com os preceitos da mesma lei, entrou para o patrimônio do titular". [14]

O ato da nomeação dêsses professôres, sem preceder concurso, teria criado para êles, segundo as prescrições legais, direito às garantias concernentes aos catedráticos?

Não. O Decreto n.º 2.138 avançou uma proposição inconstitucional. O legislador estadual não podia, contrariando a Constituição, dar privilégios ou atributos exclusivos dos professôres concursados a professôres demissíveis *ad nutum*. E tanto isso é verdade que empregou a cláusula condicional: "no que fôr possível", arriscando-se a cometer, como cometeu, um deslise de ordem técnica. Possível o que? Será possível incorporar ao patrimônio do servidor interino garantias de "vitaliciedade" em conflito com as normas positivas em vigor?

O próprio art. 23 das Disposições Transitórias, concedeu efetividade au-

13 *Comentários à Constituição Federal*, vol. 2.º, pág. 138.
14 *Código Civil Comentado*, vol. 1.º, pág. 97.

tomática a funcionários interinos que, ao tempo da promulgação da Constituição, contassem, respectivamente, pelo menos cinco anos, ou exercessem função de caráter permanente há mais de cinco anos, *excluídos os que exercessem cargos vitalícios como tais considerados na Carta Política.*

Dizer-se hoje, portanto, que os professôres ditos fundadores, estão dispensados de concurso de títulos e provas, porque a lei estadual lhes concedeu êsse direito, é argumentar *contra legem.*

A disposição do art. 168, VI, ora comentada, concretizou uma regra geral, sem exigir processo mental de escolha entre o texto e o seu sentido objetivo *vis ac protestas legis.* O texto, no caso, é uma manifestação autêntica e solene, com significado imediatamente perceptível. Identifica-se, perfeitamente, com esta outra disposição:

"Art. 184. Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer."

Por que falar em direito adquirido a uma suposta vitaliciedade ou estabilidade, se a investidura não obedeceu às prescrições da lei?

"Sendo a Constituição, no confronto com as leis ordinárias, imutável na sua expressão, é bem de ver que a letra constitucional terá de ser adaptada às várias contingências práticas que o desenrolar da vida econômica, política e jurídica vai a cada passo oferecendo." [15]

A interpretação, na espécie, tem que ser estrita, porque as palavras do texto não sugerem interpretação ampla, sendo, como é, o fim da norma transparente.

Declara expressamente o Estatuto dos Funcionários Públicos:

"Art. 17. O exercício interino do cargo cujo provimento depende de concurso não isenta dessa exigência o seu ocupante, qualquer que seja o tempo de serviço".

E' o sistema do mérito, pelo qual não se reconhece "estabilidade" ou "vitaliciedade", sem que os servidores públicos apresentem os requisitos da lei.

Sustenta-se que os professôres fundadores têm, pelo menos, "estabilidade relativa". "Estabilidade" em que? No cargo? Mas a estabilidade diz respeito à função, só tendo possibilidade de ser estável o funcionário, quando satisfizer as condições legais.

Pergunta-se, por último: e se o professor fôr magistrado, que os há e muitos?

Considerando que o funcionário simplesmente não é inamovível, podendo ser aproveitado em outros cargos, de acôrdo com suas aptidões, sem rebaixamento de funções e de vencimentos, segue-se que os professôres da Faculdade de Direito de Natal, simplesmente estáveis, como querem, podem ser removidos para outra cidade do Estado, onde houver Faculdade.

Imagine-se um desembargador, inamovível, removido amanhã, na qualidade de professor "estável", para Mossoró ou Caicó...

VI

Evidentemente a Congregação julgou em causa própria, externando o pensamento da maioria dos professôres. O Diretor da Faculdade foi apenas o seu porta-voz, não sem demonstrar beneplácito à tese do não concurso. Daí o dizer S.S.:

"Para melhor esclarecimento de V. Excia. (dirigindo-se ao Governador), informo que a Faculdade de Direito foi solenemente instalada no dia 21 de dezembro de 1954, bem como que o art. 154 do seu Regulamento, que equipara, nas suas garantias, os fundadores aos catedráticos, foi posteriormente à instalação da Escola, revogado pelo Decreto n.º 2.539, publicado no *Diário Oficial* do dia 23 de dezembro de 1954, revogação que não poderia mais alcançar a situação já adquirida pelos professôres

15 *Teoria Geral do Estado,* de Queirós Lima, 2.ª ed., n.º 92; *Hermenêutica e Aplicação do Direito,* 6.ª ed., pág. 48, Carlos Maximiliano.

fundadores, desde que tornada sem efeito na data da instalação da Faculdade, ocorrida dois dias antes, isto é, no dia 21 de dezembro. Seria retroagir a lei para extinguir o direito adquirido, o que atentará contra outro princípio universal, o da não retroatividade da lei, e violará, frontalmente, uma das garantias outorgadas na Constituição federal, ou seja, a do art. 141, § 3.º, que estabelece que "a lei não prejudicará o direito adquirido..." [16]

Vem a calhar o conceito de Learned: "O meio mais seguro de ler erradamente um documento é o da sua leitura literal".

Efetivamente a irretroatividade das leis é a regra dominante em direito porque elas se destinam a regular os casos futuros; o efeito retroativo é uma exceção e, como tal, não deve ser interpretado ampliativamente, nem por analogia.

Admitem hoje, os autores, a retroatividade das leis, quando êsse efeito é declarado expressamente pelo legislador. E a maioria das Constituições deixa à discrição do legislador ordinário dar ou não efeito retroativo às leis, salvo em matéria penal, em que se impõe a retroação da lei posterior, se mais benigna, de preferência à restritiva ou desfavorável (art. 141, § 29, da Constituição federal).

O direito constitucional não define o que seja direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, ficando isso reservado ao direito civil.

A lei que assegura a intangibilidade dos direitos individuais ou patrimoniais não impede a aplicação de seus dispositivos a fatos passados, desde que seja proveitosa ao bem geral e haja ofensa a êsses direitos. [17]

Estabelecido, assim, que a retroatividade das leis não é matéria constitucional, pois ao legislaldor ordinário é que compete, excetuada a hipótese mencionada, dar ou não efeito retroativo à lei, não há como se possa harmonizar a fórmula de irretroatividade, defendida pela Congregação, com a lei civil, que só atende às situações definitivamente constituídas. O que para êsses professôres sem concurso é um indiscutível direito adquirido, não passa de uma mera expectativa sem base constitucional ou legal.

O art. 154 revogado não criou, não definiu nem constituiu uma situação jurídica, incorporando ao patrimônio dos professôres um direito subjetivo.

"O direito do indivíduo tem a sua fonte primária e essencial na lei. Algumas vêzes, bastam o enunciado legal e o preenchimento de certas condições de fato e de direito, que a lei preserva, para que comece a existir o direito subjetivo do administrado. A norma enuncia de modo geral o direito, e êle se incorpora ao patrimônio jurídico do administrado, no momento em que êste preencha os requisitos, aos quais ficou condicionada a sua individualização". [18]

O art. 154, conquanto tenha enunciado um direito eventual, potencial, abstrato, "possível", não tinha fôrça bastante para incorporá-lo ao patrimônio dos interessados, com os efeitos pretendidos, porque violava a Constituição. Logo, não podia nascer daí um direito concreto, pois não havia situação jurídica perfeita e acabada, tendo a lei nova, que alterou o Regulamento, revogando-lhe o dispositivo malsinado, ajustado apenas suas normas às leis positivas, de acôrdo, aliás, com a advertência do Conselho Nacional de Educação que suprimiu, por inconstitucional, a regra espúria.

---

16 *A República*, de 25-5-957.

17 *Constituição Anotada*, de A. Pinto Falcão, vol. II, pág. 66; *Tratado de Direito Civil Brasileiro*, de E. Espinola e Espinola Filho, vol. II, pág. 730; *Aplicação e Retroatividade da Lei*, Bento de Faria, pág. 23.

18 *O Contrôle dos Atos Administrativos*, Seabra Fagundes, pág. 206, 2.ª edição, n.º 70.

Então um Decreto simples do Executivo, um Regulamento, que sòmente desenvolve e pormenoriza a lei para sua melhor execução, pode criar nova forma de provimento das cátedras de ensino superior?

"Se fôsse permitido ao legislador (e não o órgão que tem o poder de regulamentar) abster-se de respeitar, nas leis de sentido individual (leis formais), as normas abstratas e genéricas vigorantes, por um mero expediente técnico, ter-se-ia situado alguém fora do âmbito do direito positivo, à margem, de resto, da ordem jurídica, que só tem sentido quando expressão de direitos e obrigações no corpo social". [19]

O Executivo, no dispositivo revogado, fêz *tábula rasa* do princípio de igualdade, procurando dar tratamento preferencial aos primeiros professôres.

E' defeso, ao poder competente para expedir regulamento, sair de sua faculdade própria, para se sobrepor à vontade efetiva, real, do Estado, claramente manifestada no Direito escrito.

Em conseqüência, se o Executivo não corresponde, na letra do Decreto, do Regulamento, da Portaria, da Instrução, da Circular, do Aviso, ao conteúdo expresso em forma constitucional, sua atividade não tem consistência jurídica.

A função do Poder Executivo é a de pôr a lei em execução, "sem criar direitos ou obrigações novas, que a lei não criou; ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações constantes da lei; ordenar ou proibir o que a lei não ordena nem proíbe; facultar ou vedar por modo diverso do estabelecido em lei, extingüir ou anular direitos ou obrigações que a lei conferiu; criar princípios novos ou diversos; alterar a forma que, segundo a lei, deve revestir um ato; atingir, alterando-o, por qualquer modo, o texto ou o espírito da lei". [20]

VII

E' o nosso parecer, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 2 de dezembro de 1957. — *João Medeiros Filho*, advogado no Distrito Federal.