FUNCIONÁRIO PÚBLICO — NOMEAÇÃO — DISPONIBILIDADE

— Sendo legal a nomeação, não pode o Judiciário invalidá-la, sendo-lhe vedado indagar de sua injustiça.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Estado de São Paulo *versus* Roberto Pinto de Carvalho
Apelação Cível n.º 94.754 — Relator: Sr. Desembargador
M. GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação civel n.º 94.754, da comarca de São Paulo, em que é recorrente o Juizo "ex-officio", sendo apelante a Fazenda do Estado e apelado Roberto Pinto de Carvalho: Acordam, em sessão da Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, dar provimento para julgar a ação improcedente, por votação unânime.

A própria sentença reconheceu (e o autor não apelou) que não são nulas as nomeações dos Srs. Rui Marcondes para a Divisão do Material e Otávio César para o Departamento de Administração, pois foram obedecidas as formalidades extrínsecas e ao Judiciário não cumpre anulá-las. Foi reconhecido que estavam êles em condições de nomeação, nos precisos têrmos do art. 15 do citado decreto n.º 2.603, de 17 de janeiro de 1954, pois já tinham sido Diretores em períodos anteriores.

Logo, sendo incensuráveis as nomeações em aprêço, estão elas revestidas do caráter de "legalidade", único que é apreciado pelo Poder Judiciário, que não verifica a justiça ou injustiça, visto como só o Executivo tem o poder de nomear, em seus quadros (Themístocles Cavalcanti, "Constituição", vol. 2/253, Pontes de Miranda, "Constituição", vol. 2/123; Carlos Maximiliano, vol. 2/233, "Da Constituição", e Djalma Pinheiro Franco, "in" "Rev. dos Trib.s.", vol. 231/407). E tendo sido legais as nomeações, desapareceu o pressuposto em que o autor se fundou para pleitear o reconhecimento de seus direitos à nomeação, aos vencimentos a partir da lei e à disponibilidade remunerada.

No entanto, a sentença, concluindo como concluiu, pela não nulidade das nomeações (e aqui não está em objeto a nova nomeação do Sr. Hugo Paula Braga, em vista da aposentadoria do Sr. Rui Marcondes), mandou deixar o autor em disponibilidade, até ulterior aproveitamento em cargo de Diretor, a critério da Administração; e mandou pagar diferenças de vencimentos, a partir da vigência da lei n.º 2.603, de 17 de janeiro de 1954.

Não pode subsistir, como é óbvio.

a) Se legais foram aquelas nomeações, não se pode falar em direito do autor e, muito menos, em violação de um eventual direito. Não o socorre, pois, o art. 141, § 4.º, da Constituição Federal.

Que o autor preencha as condições do art. 14 da lei n.º 2.603, não há dúvida. Mas, com êle, outros funcionários também as preenchiam (para quatro vagas, existiam seis candidatos). E só o executivo, pelo princípio da livre escolha assegurada pelos arts. 85, n.º V, da Constituição Federal e 43, "g", da Constituição Estadual, poderia optar pela nomeação dêste ou daquele, ainda mais que o autor já sofreu penalidade disciplinar de repreensão e os nomeados levavam vantagens, por serem funcionários mais antigos e terem mais filhos (art. 15 do decreto n.º 12.273/41).

Destarte, o Executivo, na hipótese, poderia exercitar, de modo absoluto, a escolha, de acôrdo com o "interêsse da Administração" e o "serviço público" (Themístocles Cavalcanti, "Constituição", vol. 2/253), dos quais é êle o único juiz.

Em suma: o Executivo cumpriu a lei. Respeitou a preferência que a lei prefixou. E preferência ou prelação não se confundem com "precedência", "obrigatoriedade" ou "absolutidade de preferência", como firmaram os venerandos acórdãos insertos na "Rev. dos Tribs.", vol. 231/398, 402 e 228/293.

b) Em segundo lugar, não é lícito ao Judiciário deferir proventos relativos a cargos que não existam; também não pode deixar um funcionário em disponibilidade remunerada, influindo na despesa e no orçamento do Estado, em espécies não configuradas em lei.

O que poderia era aplicar o art. 190 da Constituição Federal e reintegrar (o Direito anterior não permitia reintegração e assegurava só proventos) funcionário demitido, destituindo, de plano, o nomeado ou reconduzindo-o ao cargo anterior, sem indenização.

Porém, de tais hipóteses não se cogita.

Assim, só o Executivo pode prover os cargos civis e militares, ressalvadas as restrições expressas na Constituição Estadual (art. 43, "g"), nem mesmo o Executivo pode fazer nomeações para cargos públicos não criados por lei (arts. 82 e 43 "g", da Constituição Estadual. 65, n.º IV, da Constituição Federal); nenhuma despesa pode ser criada para os cofres públicos sem indicação dos recursos hábeis para prover aos novos encargos (art. 30 da Constituição Estadual).

E o "poder de disponibilidade" é ato discricionário do Poder Executivo. Tem por fundamento a conveniência do serviço público. Se o "poder de nomear" é típico do Executivo, também típico do Executivo é o "poder de disponibilidade", que é de menor extensão do que o "poder de demitir", igualmente específico do Executivo. Tratando-se de ato discricionário do Poder Executivo, ou é pena ou decorre de uma situação de fato, como ensinam os doutos (Themístocles Cavalcanti, vol. 4/170, 174, "Constituição"). Ou, como rezam as Constituições, a disponibilidade advém da "extinção do cargo" (arts. 189 parágrafo único, da Constituição Federal e 106 da Constituição Estadual) ou da reintegração do funcionário irregularmente demitido (art. 190 da Constituição Federal). Nenhuma das duas hipóteses ocorreu e não procede a disponibilidade remunerada do autor pelo Judiciário.

Como declarar um funcionário em disponibilidade, se houve nomeações legais, pelo Executivo, que não cometeu nenhuma ilegalidade e, ao contrário, cumpriu a lei?

Em síntese:

Não é possível nomear o autor sem vaga; não é possível pagar vencimentos sem o cargo e sem a previsão orçamentária; não é possível deferir disponibilidade, sem amparo dos preceitos constitucionais e legais; não é possível sobrepor-se o Judiciário ao Executivo; não é caso do contrôle do ato administrativo. Foram cumpridas a lei e a preferência; não houve lesão a direito individual do autor.

Dá-se provimento ao recurso "ex officio" é à apelação, julgando improcedente a ação.

Custas pelo vencido.

São Paulo, 7 de agôsto de 1959 — *Joaquim de Sylos Cintra*, presidente com voto — *M. Guimarães*, relator — *Djalma Pinheiro Franco*.