PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria-Geral da República
Parecer nº SR-007, de 15 de maio de 1986.
"De acordo. Em 16.5.86." (Processo nº 00600.005816/85-23 encaminhado ao Dasp.)

PARECER Nº SR-007

I

A CONSULTA

O Exmo. Sr. Presidente da República, por intermédio do eminente ministro chefe do Gabinete Civil, submete à minha apreciação os Processos n.os 00600.005816/85-23, 00600.006481/85-42 e 00600.012620/85-21, todos de interesse do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), em que se discute a questão de investidura de candidatos remanescentes, habilitados em concurso público, no cargo integrante da extinta carreira de agente fiscal do imposto aduaneiro do Ministério da Fazenda.

O tema foi objeto de anterior e específica manifestação do departamento de pessoal do Ministério da Fazenda, da Secretaria da Receita Federal e da Consultoria Jurídica do Dasp, que se opuseram, fundamentadamente, à pretensão de nomeação deduzida pelos concursados interessados.

II

O FATO

A administração pública fez realizar concurso público para provimento inicial dos

cargos agrupados, respectivamente, nas antigas séries de classes de agente fiscal do imposto aduaneiro (C-436), agente fiscal do imposto de consumo (C-609), esta posteriormente transformada em agente fiscal de rendas internas, e agente fiscal do imposto de renda (C-688).

Os concursos públicos referidos foram, na ordem indicada, homologados em 29 de junho de 1962, 3 de novembro de 1964 e 22 de fevereiro de 1967.

Convém assinalar, neste ponto, que os prazos de validade dos concursos públicos em vigor, realizados pelo Dasp, foram prorrogados até a nomeação do último candidato aprovado. Essa determinação emanou do art. 41 da Lei nº 4.863, de 29 de novembro de 1965.

Posteriormente à homologação desses concursos, foi editado o Decreto-lei nº 1.024, de 21 de outubro de 1969, que transformou as séries de classes de agente fiscal do imposto aduaneiro, do imposto de renda e de rendas internas na de agente fiscal dos tributos federais (v. art. 3º).

Atualmente, e em face do que dispõe o Decreto-lei nº 2.225, de 10 de janeiro de 1985, existe, regularmente criada, no quadro permanente do Ministério da Fazenda, a carreira de auditoria do Tesouro Nacional, para a qual foram transpostos os que, à data daquele ato normativo, ocupavam cargos da categoria funcional de fiscal de tributos federais.

III

A CONTROVÉRSIA

Em conseqüência da transformação referida, a administração federal passou a entender que os concursos realizados *perderam* a sua validade.

São expressivas desse entendimento as conclusões seguintes, emanadas do ilustre Dr. Clenício da Silva Duarte, quando pontificava na Consultoria Jurídica do Dasp:

"Prazo de validade dos concursos para as antigas séries de classes de agente fiscal do imposto de renda, agente fiscal do imposto aduaneiro e agente fiscal de rendas internas. Caducidade.

Com a fusão dessas três séries de classes na de agente fiscal de tributos federais, não há como considerar válidos aqueles concursos específicos para provimento de cargos da série resultante da fusão, cujas atribuições são muito mais amplas.

Demais disso, com a vigência da Lei nº 5.987, de 1973, a habilitação em concursos realizados para provimento de cargos no sistema anterior à Lei nº 5.645, de 1970, ainda que para série de denominação idêntica, não assegura ingressos nos cargos do Grupo-Tributação, Arrecadação e Fiscalização.

A habilitação em concurso é mera expectativa de direito, podendo a administração tomar outros rumos, sem que haja direito subjetivo oponível pelo candidato, pelo princípio de que não há direito adquirido à nomeação." (Processo S/Nº/75, in *DOU* de 11.9.75, p. 11.896.)

(...)

"O concurso em que se teria habilitado o requerente, realizado em 1964, para provimento de cargos da antiga série de classes, de agente fiscal do imposto de consumo, transformada, depois, em agente fiscal de rendas internas e, agora, fundida com outras duas (agente fiscal do imposto aduaneiro e agente fiscal do imposto de renda) na de agente fiscal de tributos federais, não pode ser, evidentemente, válido para o ingresso nesta última série de classes, cujas atribuições são muito mais amplas, porque abrangendo conhecimentos não só sobre imposto de consumo como de todos os demais tributos federais.

Ora, o concurso de que se trata se realizou, como esclarecido, para provimento de cargos da antiga série de classes de agente fiscal do imposto de consumo, transformada em agente fiscal de rendas internas. Suprimida essa série de classes, não há como promover a nomeação para o cargo de série totalmente distinta, porque resultante da fusão desta com outras duas, quando o candidato habilitado naquela não demonstrou

a soma de conhecimentos mínimos para o exercício da série recém-criada, para a qual se exige toda a matéria constante daquela e das outras duas: agente fiscal do imposto de renda e agente fiscal do imposto aduaneiro.

Outra interpretação levaria à conclusão absolutamente falsa de que a habilitação em determinado concurso não só geraria direito à nomeação, quando há mera expectativa, o que é pacífico na jurisprudência dos nossos tribunais, como, mais ainda, direito à nomeação para cargo de outra série de classes, o que é a primeira vez que se pleiteia.

Só seria de pretender a não-caducidade do concurso, se a série de classes fosse a mesma, ou apenas se mudasse a sua denominação, sem afetar as atribuições, como se fizera antes, com a alteração da série de classes de agente fiscal do imposto de consumo na de agente fiscal de rendas internas. Ampliando-se, com a fusão, as atribuições dos cargos integrantes da nova série de classes, esta passou a ser outra, inconfundível, separadamente, com cada uma das anteriores, cujas atribuições, insuladamente, representam um terço das inerentes à série recém-criada." (Processo nº 1.804/70.)

(...)

'A fusão das três séries acima mencionadas numa só — agente fiscal de tributos federais — alterou completamente a atribuição dos ocupantes dos cargos respectivos, cujas especificações de classe, muito mais amplas, não seriam preenchíveis, de plano, pelos candidatos habilitados em tais concursos.

Extintas as séries de classes de que se cogita, caducou, automaticamente, a expectativa de nomeação dos candidatos, não se confundindo a nova série criada por força da fusão daquelas com cada uma das séries para as quais houve a seleção.

(...)

Para a nomeação, entretanto, se há de exigir o conhecimento atualizado de todas as atribuições inerentes à classe inicial da série, o que, evidentemente, não se pode presumir nos que se habilitaram em concursos para preenchimento de cargos de cada uma das extintas séries, ora fundidas na de agente fiscal de tributos federais." (Processo nº 34.303/69, in *DOU*, de 5.2.70, p. 966.)

Essa orientação fixada pelo Dasp, na sua condição de "órgão central do sistema de pessoal, responsável pelo estudo, formulação de diretrizes, orientação, coordenação, supervisão e controle dos assuntos concernentes à administração de pessoal civil da União" (v. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, art. 115), foi judicialmente questionada pelos candidatos remanescentes habilitados naqueles concursos públicos e que não lograram provimento nos cargos de agente fiscal de tributos federais, hoje de auditor-fiscal do Tesouro Nacional.

Em diversos procedimentos judiciais, o egrégio Tribunal Federal de Recursos, confirmando a decisão inferior, declarou a validade daqueles concursos públicos e reconheceu o direito à nomeação dos que neles se habilitaram, desde que, como ressaltou aquela Corte, a administração federal considerasse necessário, em momento ulterior, o provimento dos cargos de agente fiscal de tributos federais, o que, afinal, acabou não ocorrendo. É relevante notar, por necessário, que não se verificou o implemento dessa condição, enfatizada pelo Poder Judiciário naquelas decisões, em período anterior à data da promulgação da Emenda Constitucional nº 8/77.

Essas decisões, proferidas em processo de conhecimento instaurado mediante ação declaratória, valeram como mero preceito, destituídas que eram, pela própria natureza de que se revestiam, de qualquer eficácia executiva. Por tal razão, deixaram de ser cumpridas pela administração pública.

Não se pode desconhecer que os provimentos jurisdicionais, de caráter declaratório, limitam-se, tão-somente, ao *acertamento* das relações jurídicas. A isso resumem-se as suas funções processuais.

Na ação declaratória, a sentença que passar em julgado valerá como preceito. A execução do que houver sido declarado somente poderá promover-se em virtude de sentença condenatória. Por isso mesmo, os autores não divergem quando enfatizam a absoluta descaracterização da sentença declaratória como título executivo judicial.

É lapidar, sob esse aspecto, a observação de Celso Agrícola Barbi:

"Efeitos da sentença declaratória. A ação declaratória tem por finalidade obter a certeza oficial, isto é, do Poder Judiciário, sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica (...). Essa certeza é alcançada na sentença que julgar o mérito da causa e que tem natureza declaratória. Obtida essa certeza, esgota-se a sua função. Assim, essa sentença não comporta execução em sentido próprio, isto é, execução forçada (...). Se o devedor vencido, ainda assim, se recusar a cumprir a obrigação, o credor não pode pretender executar aquela sentença. Terá de ingressar novamente em juízo, para obter uma sentença condenatória. Esta é que lhe permitirá a execução forçada (...)." (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, 1975. v. 1, t. 1, p. 91-2, item nº 61.)

Esse também é o magistério de ilustres outros processualistas, tais como Alcides de Mendonça Lima (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, 1974. v. 6, t. 1, p. 295-6, itens 658, 659); José Frederico Marques (*Manual de direito processual civil*. Saraiva, 1976. p. 22, item 748) e Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Forense, 1979. t. 1, p. 218-9).

Em suma: mesmo naquelas causas em que se deu a sucumbência da União, não foi esta condenada a prover, em favor dos autores concursados, os cargos de agente fiscal. Limitou-se, o Poder Judiciário, nesses casos, a declarar o direito invocado, sem qualquer possibilidade de execução compulsória do julgado.

IV

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCURSO PÚBLICO E O SEU PRAZO DE VALIDADE

A Constituição, em norma destinada a preservar a moralidade administrativa e a ensejar igual oportunidade de acesso a todos os que preencham os requisitos estabelecidos em lei, impôs, para efeito de investidura originária em cargos públicos, a necessidade de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (v. art. 97, § 1º). A realização do concurso, que se destina a satisfazer as necessidades administrativas do aparelho do estado, não constitui e nem se erige em direito público subjetivo dos interessados, que não podem constranger a administração pública a promovê-lo.

Mesmo aos candidatos regularmente inscritos, não lhes assiste qualquer direito à realização das provas. Tanto que "a administração pública pode adiar, por motivos de conveniência, a realização de concurso para o provimento de cargo público; contra esse adiamento não cabe mandado de segurança" (v. *RDA*, v. 90/91).

Hely Lopes Meirelles, ao expender o seu magistério sobre o tema, disserta:

"Os candidatos, mesmo que inscritos, não adquirem direito à realização do concurso na época e condições inicialmente estabelecidas pela administração; esses elementos podem ser modificados pelo Poder Público, como pode ser cancelado ou invalidado o concurso, *antes, durante* ou *após* a sua realização. E assim é, porque os concorrentes têm apenas uma expectativa de direito que não obriga a administração a realizar as provas prometidas" (grifo nosso — *Direito administrativo brasileiro*. 11ª ed., 1985. *RT*, p. 368).

O douto Oswaldo Aranha Bandeira de Mello perfilha igual entendimento:

"O concurso não envolve um contrato, como outrora foi por muitos sustentado, entre a administração pública e os concorren-

tes. Ao contrário, consiste em processo de escolha, adotado por aquela, para apuração da capacidade destes. Portanto, o direito genérico dos candidatos de a ele concorrerem se condiciona ao específico da administração pública de só prover os cargos segundo o interesse coletivo.

Daí a possibilidade de não levar a efeito o concurso aberto ou até encerrado, se razões de bem público a tanto aconselharem, como de alterar as suas condições antes de iniciadas as provas, desde que respeite a igualdade dos concorrentes e se introduzam antes do seu início, divulgadas para todos os interessados. Razões de economia, de reorganização administrativa, e mesmo de escasso número de candidatos, podem orientar a administração pública a não levar a efeito o concurso, bem como motivos de interesse público, mesmo anteriores, melhor apreciados, e fatos superiores, justificam a alteração das bases do concurso" (*Princípios gerais de direito administrativo*. Forense, 1974. v. 2/400-401, item 38.5).

De outro lado, é preciso salientar que, mesmo realizado o concurso, a aprovação que dele resultar não gerará, em favor do candidato habilitado, qualquer direito à nomeação e investidura no cargo público.

A indeclinabilidade do ato estatal de provimento inicial ou originário, nos cargos públicos, não traduz um consectário da participação e aprovação dos candidatos em concurso público de provas ou de provas e títulos.

O provimento dos cargos, em tal hipótese, submeter-se-á, sempre, ao juízo discricionário da administração pública, que, mesmo em face de candidatos regularmente aprovados em concurso público, não estará necessariamente obrigada a efetuá-lo.

A atuação do Poder Executivo, em suma, reger-se-á, nesse tema, por critérios de oportunidade e de conveniência.

Essa é a orientação que vem sendo proclamada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, intérprete maior de nosso ordenamento constitucional: "O concurso não vincula o Poder Executivo à nomeação compulsória do candidato; assiste-lhe, apenas, uma expectativa de direito" (*RDA*, v. 98/114).

Consta, dessa decisão do STF, longo, exaustivo e definitivo voto sobre a matéria, da lavra do eminente Ministro Gonçalves de Oliveira, que no passado honrou, como seu titular, a Consultoria-Geral da República.

Extraio desse voto lapidar a seguinte passagem, *in verbis*:

"A questão de não ser o Governo obrigado a preencher as vagas foi discutida no Tribunal, há muitos anos, em 1944, e a súmula faz referência ao acórdão na Apelação Cível nº 7.387, publicada na *RF*, 101/503 e na *Revista de Direito Administrativo* nº 1/590, acórdão proferido pelo plenário, em grau de embargos. Reformou-se, então, decisão da Turma, de que havia sido relator o Ministro Filadelfo Azevedo. O Supremo Tribunal, desde então, firmou sua orientação no sentido de que a administração não é obrigada a preencher as vagas acaso existentes, deixando escoar o prazo para o provimento. Foi relator o Ministro Orozimbo Nonato. Disse S. Exa. que o Governo pode deixar escoar o prazo, sem nomear, e mandar abrir outro concurso, porque o preenchimento de vagas diz respeito à conveniência, à receita pública, e pode o Governo não estar em condição de arcar com a despesa, pode mudar o critério de aproveitamento de funcionários, ou ter motivos outros de conveniência, que ao Judiciário não cabe apreciar. A súmula predominante da nossa jurisprudência consubstancia o que está expresso na doutrina e na jurisprudência.

'Súmula 15. Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.'

Acrescento mais forte na doutrina e na jurisprudência — ou, quando a lei ou regulamento marcam prazo para nomeação, o Governo é obrigado a nomear dentro do prazo marcado.

No caso concreto, como assinalou o eminente Ministro Evandro Lins, a lei não mar-

ca prazo certo para que o Executivo faça a nomeação.

Quando Consultor-Geral da República, muitas vezes tive ensejo de esforçar esta proposição, podendo ser consultado o v. IV, p. 259, Parecer nº 525 — Pareceres do Consultor-Geral da República, 1960. Também V. Exa., Sr. Presidente Luís Gallotti, quando Procurador-Geral da República, em esplêndido parecer, tratou, *ex professo*, dessa questão.

Escrevemos, com efeito, no citado parecer nº 525-Z:

'(...) é certo, como se discute no processo, que à autoridade que nomeia, ao Presidente da República, em linha de princípio, se reconhece a oportunidade dos provimentos dos cargos públicos.

Reconhece-se, com efeito, na doutrina e na jurisprudência, que a autoridade administrativa não é obrigada a preencher as vagas acaso existentes no serviço público, mesmo no caso em que tenha mandado abrir os respectivos concursos. Somente a lei pode obrigar, em prazo certo, o provimento dos cargos. A propósito, do ponto de vista doutrinário, colhe-se a opinião de Jellineck, que tratou *ex professo*, em obra memorável, dos direitos públicos subjetivos: 'Colui che prova di aver sostenuto l'exame statale con buono resultato non acquista con ciò una pretesa giuridica quale che sia all'impiego' (*Sistema di diritti publici subjettivi*, p. 195). No mesmo sentido, Alessio, Francesco. *Ist. di dir. amministrativo*, v. 1, 1932. p. 430). Também Bruni, citado e apoiado por Mário Masagão, fundado em copiosa jurisprudência do fim do século passado e no século atual, o atesta: 'Il ritardo talvolta frapposto dal governo a coprire i posti vacanti nei diversi impieghi dello Stato non può esser censurato per illegitimità o per acèsso di potere, poichè la pubblica amministrazione non è vinculata da alcuna disposizione di legge a promuovere le nomine appena si verificano le vacanze) (*Legge sullo stato degli impiegatti civili*. 1913. p. 131).

Seabra Fagundes generaliza o princípio, em seu livro clássico: 'A administração pública pode, assim, sem contrariar o regime da legalidade, sem ir positivamente de encontro à determinação legislativa, abster-se de executar a lei. Quando não exista uma peremptória fixação de prazo, para a aplicação da regra, fica-lhe a faculdade de conciliar a execução com as conveniências de tempo e utilidade, indicadas por circunstância, que só ela pode aferir' (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 2. ed. n. 48, p. 119).

É o que Hauriou já assinalava, no estudo publicado em homenagem a Carré de Malberg, situando a posição do juiz ao apreciar a oportunidade dos provimentos administrativos: não se lhe reconhece o poder de controle, *lorsqu'il se trouve en presence d'un cas d'appréciation de opportunité, ne se reconnait pas le pouvoir de contrôler l'administration* (Melanges R. Carré Malberg. 1933. p. 1.233-4).

A propósito, escapa, efetivamente, aos juízes, o controle da oportunidade da nomeação; não tem cabimento qualquer medida judicial tendente a obrigar o Governo a nomear, salvo, é claro, a existência de lei expressa limitando o alvedrio da administração, como discursa Waline: *'Pouvoirs du juge. Ils se limitent à une contrôle de légalité, à l'exclusion de tout contrôle de l'opportunité de la nomination'* (Waline, Marcel. *Traité elementaire de droit administratif*. 6. ed., p. 337).

No mesmo sentido, veja-se como se manifestam Paul Duez & Guy de Beyre, em obra recente: *'En principe, le pouvoir de nomination est discrétionnaire: l'autorité ayant le pouvoir de nomination désigne qui elle veut, quand elle veut et comme elle veut'* (*Traité de droit administratif*, 1952. n. 889, p. 652). É a mesma lição de Gaston Jèze, em Le procédé tcnique de la nomination en droit public français (*Rev. de Droit Public*, 1927. p. 581).

Os princípios expostos têm inteira aplicação em nosso direito. O Supremo Tribunal Federal tem julgado, reiteradamente, que não há direito subjetivo do candidato classificado em primeiro lugar à respectiva no-

meação (ac. no Rec. Extr. nº 8.837, relator Ministro Orosimbo Nonato, *Rev. de Direito Administrativo,* v. 26, p. 68; idem, ac. no Rec. Extr. nº 7.387, em grau de embargos, Rev. cit., v. 1, p. 590). Desse acórdão, verifica-se que o Governo, depois de determinado concurso se tornar caduco, pelo decurso do respectivo prazo, nomeou candidatos que não prestaram concurso. Houve reclamação do classificado em primeiro lugar, reclamação rejeitada pelo Supremo Tribunal, em grau de embargos (Ver, ainda, nesse sentido, acórdão no Rec. Extr. nº 8.575, relator Ministro Laudo de Camargo; ainda, acórdão do Supremo Tribunal Federal, no *Arquivo Judiciário,* v. 35, p. 104; acórdão do Tribunal Federal de Recursos, embargos na Ap. Cível nº 241, comentado por Alcino Pinto Falcão, *Revista Forense,* v. 144, p. 169; acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *Revista de Direito Administrativo,* v. 1, p. 596; do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rev. cit., v. 2, p. 217).

Trata-se, em verdade, de princípio pacífico, *que sofre exceções,* a primeira delas, quando há expressa disposição legal fixando a época, a data da nomeação; a segunda, quando a autoridade nomeia candidato não-aprovado ou não segue a ordem das nomeações, quando esta decorre de imperativo legal. Dá-se, aqui, o desvio de poder, passível de correção judicial, conforme sustentáramos no Parecer nº 36-Z, de 15 de dezembro de 1954, aprovado pelo chefe do Governo:

'Mas, certo, conforme afirmáramos, é que não cabe ao Judiciário assegurar, a quem quer que seja, direito à nomeação, pois mesmo da prestação de concurso não resulta a qualquer pessoa direito subjetivo de ser nomeado, salvo se a autoridade administrativa nomeia sem observância do concurso realizado e dentro do prazo de sua validade' (*Pareceres do Consultor-Geral da República,* vol. ún., 1955, p. 197)" (v. *RDA,* v. 98, p. 118-20).

Os concursos públicos, uma vez realizados, revestem-se de eficácia temporal limitada. Possuem prazo de validade, a ser estipulado por normas legais, observado, contudo, o limite constitucional fixado no art. 97, § 3º, de nossa Carta Política, que assim dispõe:

"Nenhum concurso terá validade por prazo maior de quatro anos contado da homologação."

Essa norma, até então inédita em nosso direito constitucional positivo, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977.

Note-se que a regra constitucional apenas fixa o limite *máximo* do prazo de validade dos concursos, que não poderá exceder a quatro anos. Trata-se de prazo decadencial, insuscetível de prorrogação. Se esse prazo, no entanto, é, de um lado, insuperável, apresenta-se, de outro, essencialmente redutível. O legislador ordinário pode reduzi-lo e fixá-lo em nível inferior àquele referido pelo texto constitucional. Apenas não poderá ultrapassá-lo, eis que a norma constitucional, hostil a prazos supraquadrienais, é cogente, imperativa e de ordem pública.

A estipulação do prazo de validade tem duplo objetivo: a) proteger o concursado aprovado; e b) impedir a administração pública, durante aquele lapso temporal, de prover os cargos, mediante a nomeação ou contratação de terceiros.

Ele encerra, pois, uma *garantia* em favor do concursado habilitado, que não poderá ser preterido por terceiros, e traduz uma *limitação* ao poder da administração pública, cuja prerrogativa de prover os cargos em disputa ficará condicionada pelos resultados e classificação emergente da prova seletiva.

A administração pública poderá, até, durante esse lapso temporal, não concretizar qualquer ato de provimento. Já se decidiu, nesse sentido, que "a simples existência de vaga a preencher na fase de validade do concurso não gera, em si, o direito do concursado que a espera. O provimento irregular dela, sem obediência à classificação, é que faz surgir tal direito" (v. *Revista dos Tribunais,* v. 386/156).

V

A SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A promulgação da Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977, ao não mais permitir ao legislador ordinário a estipulação de regras pertinentes a prazos de validade de concursos superiores a quatro anos, operou substancial transformação na situação jurídico-administrativa dos candidatos aprovados naquele procedimento de seleção funcional.

Todos os atos legislativos, de caráter infraconstitucional, que até então haviam prorrogado os prazos de validade dos concursos públicos, até a nomeação do último candidato, não importando o momento em que esta fosse concretizável, tornaram-se írritos em face da superveniência da Emenda Constitucional nº 8, de 1977. Tais atos, porque revestidos de menor grau de positividade jurídica, foram inteiramente afetados pela eficácia derrogatória daquela emenda constitucional, com eles incompatível e inconciliável.

Questão das mais relevantes e singulares foi suscitada pelo alcance abrangente desta consulta. É o caso dos candidatos aprovados nos diversos concursos já referidos anteriormente, que obtiveram reconhecimento judicial, em sede de processo declaratório, da validade plena das provas seletivas. A singularidade dessa hipótese emerge do fato de que sobreveio, com a Emenda Constitucional nº 8/77, situação constitucional absolutamente incompatível com aquele direito reconhecido pelo Poder Judiciário.

A Emenda Constitucional nº 8, de 1977, ao restringir, sem exceções, o limite máximo do prazo de validade de qualquer concurso público, inovou contrariamente a decisões judiciais, transitadas em julgado, reconheceram, em favor dos interessados, o seu direito à nomeação para os cargos já aludidos, sob a condição, no entanto, de que a administração pública se dispusesse a preencher as vagas existentes, o que não ocorreu durante o prazo de validade dos concursos, que era plena até a superveniência do mandamento constitucional em contrário.

Dir-se-á que a emenda constitucional, promulgada pelo poder constituinte derivado, teria que respeitar os direitos declarados (e não alterados) pela própria Constituição emendada.

É verdade que o poder constituinte residual sofre limitações jurídicas e políticas, conforme observa Paulo Bonavides em *Constituinte e Constituição* (Fortaleza, 1985. p. 49):

"A segunda categoria de poder constituinte é a do chamado poder constituinte derivado ou poder de reforma constitucional.

Aqui toma o poder constituinte feição jurídica e se exercita necessariamente dentro de um quadro de limitações *tácitas* ou expressas."

Por quê? Porque o poder constituinte derivado tem sede no órgão parlamentar constituído, distanciado já da vontade popular que elegeu o poder constituinte originário. Não lhe seria permitido, por exemplo, abolir a República ou a Federação (limitações expressas), ou desconstituir direitos de Poder Executivo ou dissolver o Supremo Tribunal Federal, porque estaria negando a independência dos poderes constitucionais e inaugurando a desordem do direito político através da investida de um poder constituído contra outro (limitações tácitas).

Mas, observadas estas limitações decorrentes das co-instâncias decisórias do processo político, reunidas na Constituição, o poder constituinte derivado, que se manifesta através de emendas, desconhece limitações estabelecidas pela norma legal inferior e, incidindo de cima para baixo, desconstitui o direito, adquirido através da lei ordinária, o que se não confunde com o direito assegurado pela própria ordem constitucional como razão de ser da densidade institucional estabilizadora do sistema democrático de poder.

A imediata incidência das normas constitucionais, o seu elevado grau de positividade

jurídica e a carga de eficácia que lhes é peculiar tornam-nas idôneas para descaracterizar situações jurídicas já consolidadas, tais como as decorrentes da *res judicata* e do direito adquirido, e para derrogar pretensões nela fundamentadas.

Os limites à ação normativa do Estado, contidos no § 3º do art. 153, da Carta Federal, não se destinam às decisões ou deliberações emanadas do órgão exercente do poder constituinte.

A regra *infraconstitucional*, como a lei, não pode, retroagindo, ofender a coisa julgada, o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido. Impede-o, claramente, o preceito inscrito no art. 153, § 3º, do texto constitucional.

As leis não devem retroagir, especialmente em face de seu caráter prospectivo. As normas legais são editadas para reger situações futuras. Os fatos pretéritos escapam, ordinariamente, ao domínio normativo das leis (v. *Revista dos Tribunais*, v. 299/478).

Essa mesma restrição, contudo, não alcança as próprias normas constitucionais, basicamente em função de seu alto grau de positividade jurídica, de sua eficácia subordinante e de sua autoridade incontrastável.

A Constituição e as normas constitucionais representam o fundamento da ordem jurídica do Estado. Atuam como pressupostos de existência, de validade e de eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional. Revestem-se de inegável supremacia, tanto formal quanto material.

A hierarquização das regras jurídicas estatais, em face das normas dotadas de eficácia constitucional, revela o caráter de absoluta preeminência da ordem jurídico-positiva plasmada no texto da Constituição.

A superioridade jurídica das normas consubstanciadas no texto constitucional justifica a estrutura hierarquizada do sistema normativo que existe no plano do direito positivo brasileiro. Daí a precisa observação de José Afonso da Silva:

"(...) Tudo isso demonstra a unidade da ordem jurídica nacional, que tem seu fundamento de validade na Constituição do Brasil. Esta se encontra na cúpide da pirâmide normativa nacional, sobre a qual derrama seus princípios informadores (...). As normas da ordem jurídica, consoante temos visto, fundamentam sua validade na Constituição do Brasil, sob dois aspectos: a) *formalmente*, enquanto devem ser formadas por autoridades criadas de acordo com elas, dentro da esfera de competência e conforme o procedimento por ela estabelecido; b) *materialmente*, enquanto o conteúdo de tais normas deve ajustar-se aos preceitos da Constituição. Nisso se manifesta o princípio da supremacia das normas constitucionais na ordem jurídica nacional *de todas as normas constitucionais*, devemos frisar bem, e isso é o primeiro sinal de sua eficácia, quer em relação às normas que lhes precedem, quer quanto às que se lhes seguem (...)" (v. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. *RT*, 1. ed. 1968. p. 202-4).

Uma das conseqüências mais expressivas, que derivam dessa posição de supremacia da Constituição, traduz-se na incidência imediata dos preceitos constitucionais, cuja eficácia derrogatória afeta, de modo irresistível, todas as situações anteriores que, por incompatibilidade vertical, revelem-se conflitantes ou inconviventes com as novas regras da Carta Política. "As normas constitucionais, sem distinção", enfatiza José Afonso da Silva, "são dotadas, enfim, de uma eficácia superior a todas as demais normas que compõem a ordem jurídica nacional. Trata-se de uma eficácia ab-rogativa das normas inferiores incompatíveis (...)" (op. cit. p. 255).

A anterioridade de situações jurídicas, consolidadas em caráter definitivo, não se impõe, necessariamente, ao legislador constituinte, que poderá, no exercício de suas atribuições extraordinárias, descaracterizá-las ou, até mesmo, simplesmente ignorá-las. A incidência imediata das normas constitucionais não lhes inibe eventual eficácia retroativa. Daí a observação de Pontes de Miranda:

"As Constituições não têm, de ordinário, retroeficácia, porque estejam adstritas a isso.

O respeito dos direitos adquiridos, da coisa julgada e dos negócios jurídicos perfeitos resulta de regra jurídica constitucional, que o estabelece, e não de princípio a que a Constituição tenha de atender. As Constituições têm incidência imediata, ou desde o momento em que ela mesma fixou como aquele em que começaria a incidir. Para as Constituições, o passado só importa naquilo que ela aponta ou menciona. Fora daí, não" (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. *RT*, 2. ed., 1972. t. 6, p. 392).

Não há e nem pode haver, por essa razão, direito adquirido contra preceito expresso da Constituição. É irrelevante, para a análise desse efeito descaracterizador de situações pretéritas já consolidadas, a natureza do órgão de que hajam emanado as normas constitucionais. A proteção dos direitos adquiridos não se antepõe mesmo aos preceitos formados pelo exercício concreto das funções constituintes secundárias ou derivadas. O egrégio Supremo Tribunal Federal, ao decidir essa relevante questão jurídica, acentuou, uma vez mais, que "não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do Poder Constituinte originário, ou do Poder Constituinte derivado" (*RTJ*, v. 114/237).

As normas constitucionais, pela própria eminência de que se revestem no mundo do direito, superpõem-se, imperativamente, a qualquer situação jurídica, desde o momento em que, publicadas e vigentes, tornem-se irradiadoras de incontrastável eficácia.

Por isso, observou o Ministro Djaci Falcão, no julgamento da Representação nº 875-GB (Tribunal Pleno): "Com efeito, é pacífico, entre os constitucionalistas, que as normas constitucionais se aplicam de imediato, sem que se possa invocar contra elas a figura do direito adquirido. Mesmo nas Constituições que vedam ao legislador ordinário a edição de leis retroativas, declarando que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte" (*RTJ*, v. 68/13).

O Ministro Carlos Medeiros, do STF, ao julgar causa em que se debatia esse tema, foi categórico em seu voto: "O argumento de que a emenda constitucional teria ferido a coisa julgada também não me impressiona. A lei ordinária não pode ferir a coisa julgada, mas a emenda constitucional pode fazê-lo. Isto é pacífico e, a meu ver, não oferece margem a controvérsias" (*RDA*, v. 90/248).

VI

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O OBJETO DESTA CONSULTA

A consulta versada neste processo já mereceu, em sede jurisdicional, a apreciação do egrégio Supremo Tribunal Federal, que, em diversos julgados, repeliu a pretensão à nomeação dos candidatos aprovados em concurso para agente fiscal do imposto aduaneiro, agente fiscal do imposto de renda e agente fiscal de rendas internas.

Assim decidiu o Tribunal Pleno, no julgamento do MS nº 20.157-DF, relator o Ministro Antônio Nader (*RTJ*, v. 95/51):

"1. O parágrafo único, do art. 3º, da Lei nº 5.987, de 14.12.1973, derrogou o art. 41, da Lei nº 4.863, de 29.11.65, quanto ao prazo de validez dos concursos anteriormente realizados para o provimento das classes que vieram a compor o Grupo. Tributação, Arrecadação e Fiscalização, inclusive o do Concurso nº 436, homologado pelo Dasp em 1962.

2. A Lei nº 5.645, de 10.10.1970, é diploma nitidamente renovador, pois instituiu novo sistema de classificação dos cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, claramente ab-rogante do sistema anterior, inclusive no tocante à capacidade intelectual dos que pretendam exercer os novos cargos, razão esta que induziu o legislador a exigir, no art. 3º da Lei nº 5.987, de 14.12.1973, que o candidato a qualquer dos novos cargos tenha curso de nível superior,

isto é, um requisito que não era exigido no sistema ab-rogado.

3. A Emenda Constitucional nº 8, de 1977, acrescentou o § 3º do art. 97 da Constituição, norma que fixou em quatro anos o prazo de validez dos concursos. Trata-se de regra imperativa, que incide imediatamente por força de sua natureza constitucional.

4. Preferiu o legislador transformar os cargos de três carreiras (agente fiscal do imposto aduaneiro, agente fiscal do imposto de renda e agente fiscal de rendas internas) numa carreira única (fiscal de tributos federais), transformação que implicou extinguir aquelas primitivas carreiras e, obviamente, os cargos que as compunha.

5. Segurança denegada em votação uniforme."

Outra decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal, versando idêntica questão — aprovação de candidatos em concurso para agente fiscal de imposto aduaneiro —, analisou o tema ora discutido. A ementa desse julgamento (RE nº 95.175-0-DF — Primeira Turma, relator Ministro Soares Muñoz) ficou assim redigida: "Concurso para provimento de cargo público. Prazo de validade. EC nº 8/77. Sua aplicação imediata, de vez que as garantias do direito adquirido e da coisa julgada se dirigem à lei ordinária, e não à Constituição" (*Revista dos Tribunais,* v. 561/247).

A incidência imediata da norma constitucional desconstitui a norma inferior e o direito que desta derivou, principalmente quando pendente de condição para concretizar-se.

Declarando ser de quatro anos, no máximo, o prazo de validade dos concursos públicos, o direito constitucional fulminou todas as disposições ordinárias que admitiram prazo de validade superior, mas não as revogou: onde estivesse escrito mais de quatro anos passou a valer como quatro anos apenas.

Assim se o prazo de validade de um concurso estivesse fixado em cinco anos, a partir da promulgação da emenda constitucional, passou a quatro, contados da homologação. Daí várias hipóteses poderiam ocorrer: se o tempo válido, depois de homologado o concurso, tivesse transcorrido por três anos, a validade seria mantida por mais um a partir da emenda, ainda que a lei o declarasse de cinco, 10 ou 20, por absurdo.

Uma das hipóteses, porém, não tem como subsistir diante da nova ordem constitucional: a que já passara de quatro anos da homologação no instante da incidência da Emenda nº 8. Nestes casos, a imediata incidência constitucional estancou a fluência da validade e decepou o direito condicional a ele subjacente.

VII

CONCLUSÃO

Em face do exposto, há que se concluir, necessariamente, pela impossibilidade de nomeação dos candidatos remanescentes, habilitados em concurso público, promovido pela União Federal, para cargos integrantes da extinta carreira de agente fiscal do imposto aduaneiro, agente fiscal do imposto de consumo (denominação posteriormente alterada para agente fiscal de rendas internas) e de agente fiscal de imposto de renda.

Esses concursos, todos eles homologados anteriormente a 1969, data em que se operou a transformação — e conseqüente extinção — daquelas séries de classes, perderam a validade.

Com efeito, "o prazo de validade dos concursos públicos passou a ser fixado no máximo em quatro anos, pelo § 3º do art. 97 da Constituição Federal (EC nº 1/69), com a alteração da EC nº 8. Assim, perderam a validade aqueles concursos com mais de quatro anos contados da respectiva homologação até a data em que entrou em vigor dita EC nº 8 (...)" (*RTJ,* v. 112/802).

Há que se *indeferir,* pois, na esfera administrativa, toda e qualquer postulação que

derive de aprovação em concursos públicos, cujo prazo de validade haja superado o limite constitucional máximo fixado, sendo irrelevante, em face da absoluta supremacia das normas constitucionais, a invocação das garantias do direito adquirido ou da coisa julgada.

Sub censura.

Brasília, 15 de maio de 1986. — *J. Saulo Ramos.* Consultor-Geral da República.