

**FUNCIONÁRIO PÚBLICO — EX-COMBATENTE — APROVEI-
TAMENTO**

— A Constituição dispensa o ex-combatente da prestação de concurso para a investidura em cargo público; mas não lhe dá o direito absoluto de aproveitamento, em qualquer cargo vago, à revelia dos critérios de conveniência e oportunidade reservados à administração no tocante ao provimento.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

XAVIER DE ALBUQUERQUE

Estado de Goiás *versus* Léo da Costa Mello
Recurso extraordinário nº 78 032 — Relator: Sr. Ministro
XAVIER DE ALBUQUERQUE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda

Turma do Supremo Tribunal Federal, em conformidade com a ata de julgamentos e notas taquigráficas, à unanimidade de votos, conhecer do recurso e lhe dar pro-

vimento, nos termos do voto do Ministro Relator.

Brasília, 16 de abril de 1974. *Thompson Flores*, Presidente. *Xavier de Albuquerque*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque:
O despacho que admitiu o recurso bem retrata a controvérsia (fls. 88-91):

"O Estado de Goiás, irredimido com o acórdão de fls. 66-71, deste Tribunal de Justiça, Pleno, que concedeu a segurança impetrada por Léo da Costa Mello, ex-combatente da FEB, reconhecendo-lhe o direito de ser nomeado, imediatamente, para o cargo vago de Agente Fiscal dos Tributos Estaduais — recorre extraordinariamente para o Colendo Supremo Tribunal, com fundamento no art. 119, inciso III, letra *a*, da Constituição Federal.

O cabimento do recurso foi impugnado.

A controvérsia gira em torno da oportunidade do aproveitamento do ex-combatente da II Guerra Mundial. Enquanto o impetrante e ora recorrido entende que, existindo vaga, a nomeação deve ocorrer imediatamente, o recorrente sustenta que a Administração Pública é o juiz da oportunidade e conveniência do preenchimento do cargo e resolvendo provê-lo, mediante concurso, os ex-combatentes têm o prazo para a inscrição dos candidatos para requerer o seu aproveitamento.

O aresto impugnado acolheu o ponto de vista do impetrante e ora recorrido, *in verbis*: "Desde que o cargo se encontra vago, assiste razão legítima para o ex-combatente requerer o seu aproveitamento, não precisando esperar a conveniência de seu aproveitamento pela autoridade responsável. A oportunidade da nomeação facultada exclusivamente ao arbítrio do Governador do Estado, se refere ao preenchimento de cargos para os quais

não esteja concorrendo expedicionário. A douda Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 57, afirma que "a lei em apreço, desenganadamente, não condiciona o pedido de aproveitamento à prévia abertura de concurso, como se depreende das disposições conjugadas dos arts. 3º e 6º".

Em contrapartida, alega o recorrente que essa decisão aplicou o art. 197, letra *b*, da Constituição Federal, com uma amplitude não querida pelo legislador. Essa norma constitucional, — prossegue o recorrente, — dispensou a exigência do concurso público na hipótese de aproveitamento de ex-combatente no serviço público, sem excluir a competência da Administração Pública para decidir da oportunidade e conveniência do provimento do cargo.

Quanto ao prazo para o aproveitamento do ex-combatente, se a Constituição Federal é omissa a respeito, a Lei nº 5 315, de 12.8.67, que já teve a sua constitucionalidade e aplicabilidade aos Estados-membros declaradas pelo Pretório Excelso (*RTJ*, 61/801), deixa claro que o beneficiário deve requerer o seu aproveitamento dentro no prazo estabelecido para a inscrição dos candidatos:

"Art. 4º Nenhuma nomeação será feita se houver ex-combatente que tenha requerido o seu aproveitamento no serviço público e esteja em condições de exercer o cargo inicial de carreira para cujo provimento foi realizado concurso.

Parágrafo único. Aberto o concurso e durante o prazo estabelecido para a inscrição dos candidatos, os ex-combatentes deverão requerer o seu aproveitamento para efeito do disposto neste artigo".

O art. 6º e seu parágrafo único da Lei estadual nº 6 810, de 14.11.67, são a transposição das regras acima transcritas, como transposição do art. 197, letra *b*,

da Constituição Federal, é o art. 147 da Constituição estadual. O acórdão recorrido funda-se, expressamente, em todas essas leis.

Apadrinha-se o recorrente com a jurisprudência do DASP e o Parecer I-101, de 15.1.71, do Consultor-Geral da República, Prof. Romeo de Almeida Ramos, que passamos a transcrever:

“Aproveitamento: O aproveitamento do ex-combatente no serviço público independente de aprovação prévia em concurso, mas, a partir da vigência da Lei nº 5 315, de 1967, para que possa usar o direito de preferência ao cargo, deve apresentar requerimento dentro do prazo estabelecido para inscrição no concurso (*Revista da Procuradoria-Geral do INPS*, nº 10, julho-agosto de 1971, p. 46).

4. O art. 4º citado é categórico ao afirmar a preferência do aproveitamento dos ex-combatentes nos cargos públicos “para cujo provimento foi realizado concurso”. Vale dizer, estando eles em condições de exercer os cargos, desde que os requeiram, preterem os concursados.

“A regra regulamentar, entretanto, para ser aplicada — di-lo o parágrafo único do mencionado artigo faz-se mister que o ex-combatente haja formulado seu requerimento durante o prazo de inscrição de candidatos ao concurso” (*RDA*, 104/325).

A abertura de concurso é o meio comum pelo qual a Administração Pública exprime o seu juízo acerca da oportunidade e conveniência do provimento do cargo. Daí porque a Lei federal nº 5 315 e a Lei estadual nº 6 810 dispõem que o prazo para os ex-combatentes requerem o seu aproveitamento é o mesmo para a inscrição dos candidatos.

Pelo exposto, parece-nos, *data venia*, que o apelo extremo merece subir ao eg. STF”.

As partes arrazoaram e subiram os autos, neles havendo a Procuradoria-Geral exarado o seguinte parecer (fls. 108-109):

“O Estado de Goiás, com fulcro na letra *a*, recorreu do v. acórdão que decidiu em conformidade com a ementa ora transcrita:

“Ex-combatente. Nomeação. Os ex-combatentes da Força Expedicionária Brasileira poderão requerer seu aproveitamento, mediante nomeação, nos cargos públicos vagos, iniciais de carreira ou isolados, independente de concurso, apresentando diploma de curso que os qualifique para o exercício do cargo mediante teste de capacidade para cargo cujo provimento não exija curso especializado”.

O recorrente, sustenta negativa de vigência da Lei nº 5 315, de 12.9.67, e contrariedade ao art. 197, *b*, da Constituição.

Efetivamente, a Lei nº 5 315/67 é aplicável também aos servidores estaduais, como foi decidido pelo STF no RE nº 72 208 (*RTJ*, 61/801), ao considerar a constitucionalidade do referido diploma. Examinando-se a lei e, principalmente seu art. 4º, constatamos que, ao ex-combatente, apenas foi assegurado o direito de preferência, quando aberto concurso para provimento do cargo. A questão suscitada não se refere à discussão da existência do direito de preferência, mas do momento de exercício desse direito. É evidente que esse favor legal não pode excluir a faculdade inerente ao Estado de decidir da conveniência e oportunidade de provimento de cargo vago.

Face ao disposto, entendemos que o aresto decidiu em desacordo com a lei reguladora da espécie, justificando o apelo pelo fundamento invocado.

Pelo conhecimento e, no mérito, pelo provimento.

Brasília, 28 de janeiro de 1974. *Yedda de Lourdes Pereira*, Procuradora da República.

Aprovo: *Oscar Corrêa Pina*, Procurador-Geral da República, substituto".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque (Relator): Lê-se na petição de interposição do recurso extraordinário (fls. 76-77):

"*Data venia*, a respeitável decisão impugnada, em primeiro lugar, contraria o disposto no art. 197, letra *b*, da Carta Magna da República (redação dada pela Emenda nº 1/69), interpretando-o numa amplitude que leva os seus efeitos muito além de onde pretendeu o legislador constituinte. Ora, quando assegura ao civil, ex-combatente da II Guerra Mundial, entre outras vantagens, o direito de aproveitamento no serviço público, sem a exigência do disposto no § 1º do art. 97, aquele outro mandamento constitucional, evidentemente, só isenta o beneficiário da obrigação de prestar concurso. Tem ele, assim uma mera preferência em relação a outros interessados, mesmo quando esses últimos se hajam habilitado em concurso.

Não se há de aceitar, portanto, a opinião de que o direito ao aproveitamento, por si só, tenha força suficiente para deixar coacta a autoridade administrativa, subtraindo-lhe o poder de decidir quanto à conveniência e à oportunidade do preenchimento desta ou daquela vaga no serviço público. Em última análise, tal subtração pode importar mesmo em proibir que a Administração se decida pela extinção de um cargo vago, ainda que o considere desnecessário ou supérfluo. Além disso, ficaria virtualmente proibido extinguir um cargo ou substituí-lo na instituição de um novo sistema de classificação, eis que todas as vagas deveriam estar sem-

pre à mercê de um pretendente em potencial e ignorado".

Tenho a crítica por rigorosamente procedente. A Constituição, o que confere ao ex-combatente no dispositivo questionado, é a dispensa de prestar concurso para investir-se em cargo público, requisito que exige, ao invés, salvo as exceções legais expressas, para a generalidade dos brasileiros. Mas lhe não dá o direito absoluto de aproveitamento — que esta é a denominação eufêmica da investidura — em qualquer cargo vago, à revelia dos critérios de conveniência e oportunidade obviamente reservada à Administração no tocante ao seu provimento.

Dando ao recorrido mais do que lhe garantiu o art. 197, *b* da Constituição, parece-me que o contrariou o acórdão impugnado. Com a agravante, aliás, de haver coarctado a discricão administrativa reservada a outro Poder.

Conheço do recurso e lhe dou provimento para cassar a segurança.

EXTRATO DA ATA

RE nº 78 032 — GO — Rel., Ministro Xavier de Albuquerque. Recte., Estado de Goiás (Adv., Elisio de Assis Costa). Recdo., Léo da Costa Melo (Advs., Valdemar Zaiden Sobrinho e outros).

Decisão: Conhecido e provido nos termos do voto do Ministro Relator. Unânime. Segunda Turma.

Presidência do Sr. Ministro Thompson Flores. Presentes à sessão os Senhores Ministros Bilac Pinto, Antonio Neder e Xavier de Albuquerque. Licenciado, o Sr. Ministro Barros Monteiro, Presidente, Procurador-Geral da República, substituto, Dr. Oscar Corrêa Pina.