TRIBUNAL DE CONTAS — CARGO DE AUDITOR — PROVIMENTO — Interpretação do art. 25 da Lei n.º 830, de 1949.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

União Federal *versus* Carlindo Hugueney
Mandado de segurança n.º 2.898 (Agravo) — Relator: Sr. Ministro Mourão Russel

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo em mandado de segurança n.º 2.798, do Distrito Federal, em que é recorrente *ex-officio* o Dr. Juiz da 2.ª Vara da Fazenda Pública, agravante a União Federal e agravado Carlindo Hugueney;

Acordam os Ministros do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, tudo na conformidade das notas taquigráficas anexas, parte integrante dêste.

Rio, 28 de setembro de 1953. — *Sampaio Costa,* Presidente. — *João Frederico Mourão Russel,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mourão Russel — O relatório da sentença bem resume a questão, nestes têrmos:

"Carlindo Hugueney, brasileiro, casado, bacharel em direito, impetra mandado de segurança contra ato do Tribunal de Contas da União, que lhe está negando o direito de ser nomeado Auditor daquele órgão, não obstante sua classificação em concurso e ocorrência da vaga.

Prestando informações, a eminente autoridade impetrada sustenta, em síntese, que a vaga, terceira verificada após o concurso em que o impetrante foi classificado em terceiro lugar, cabe, de direito, a funcionário do Tribunal, pois as vagas de Auditor são providas alternadamente e, por lei, a primeira nomeação coube a funcionário do Tribunal.

Oficiou, a fls. 53v., o Dr. Procurador da República.

Tudo visto e examinado:

Uma primeira dificuldade resulta do respeitável entendimento da autoridade impetrada. Admitido que não haja candidato interno à vaga de Auditor, ou que havendo, seja inabilitado, o cargo ficará indefinidamente sem provimento,

não obstante existir candidato externo habilitado a *metade* a que se refere o § 1.º do art. n.º 25 da Lei n.º 830, de 1949, Lei Orgânica do Tribunal de Contas.

Só êsse óbice à regular composição do quadro de auditores bastaria para rejeitar o critério em que se informa a douta autoridade coatora.

Mas o próprio dispositivo, também, não favorece o critério em apreciação. Com efeito, refere-se êle a vagas, não estabelecendo, como faz o artigo, 124, V, da Constituição federal, em relação aos Tribunais Judiciários, requisito originário para a composição do quadro.

Por outro lado, admitida que seja a preferência assegurada a candidato de outro grupo, é certo que essa preferência teria perdido o seu objeto, dada a inexistência de candidato em condições de ser nomeado, ao tempo da verificação da vaga.

Tem ainda razão o impetrante, quando sustenta ser aplicável à espécie o Estatuto dos Funcionários Públicos, incompatível com a lei extravagante que asseguraria preferência contra o impetrante. O Tribunal, aliás, reconhece essa incompatibilidade, como frisa a inicial. A ordem de classificação prepondera sôbre aquela preferência e o impetrante, terceiro classificado no concurso, tem direito à terceira vaga."

Convém esclarecer que o pedido na inicial está nestes têrmos:

"Em face de todo o exposto, requer o impetrante a expedição de mandado de segurança, a fim de que lhe seja assegurado o direito de ser proposto o seu nome à nomeação para a vaga de Auditor do Tribunal de Contas e, afinal, ser empossado quando nomeado.

Requer mais, tendo em vista haver lei em trânsito no Congresso Nacional mandando efetivar Auditores interinos, o que constitui evidente possibilidade de lesão de seus direitos se alguém fôr provido nesse caráter na vaga existente, que lhe seja deferida medida liminar de sustação de proposta de nomeação de terceiro, ou empossamento, nesse caráter, na vaga existente, até decisão final".

Concedido o mandado, houve por bem essa egrégia Presidência, conforme consta em apenso, deferir o pedido de suspensão da segurança concedida.

Em tempo hábil, recorreu a União Federal, arrazoando o recurso de fôlhas 63 a 66. Insiste no ponto de vista do Tribunal de Contas, de não ter o impetrante direito à nomeação pretendida.

De fls. 76 a 88, contraminutou o recorrido, sustentando a sentença agravada e reiterando a fundamentação expendida na inicial.

A douta Subprocuradoria Geral da República emitiu, a fls. 92, êste parecer:

"Decidindo a espécie, o ilustre Doutor Juiz *a quo* deferiu o pleiteado *writ* para efeito de ser o agravado proposto à nomeação para o cargo de Auditor do Tribunal de Contas, para o qual prestou concurso, e ser empossado se nomeado.

II — Inconformada com a M. sentença agravada, a União Federal pede a sua reforma, por não considerar líquido e certo o direito do agravado, visto que "ainda não se sabe qual a lei que deve ser aplicada no caso, se a de n.º 830 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas), se a de n.º 1.711 (Estatuto dos Funcionários).

III — Pronunciando-nos, agora, sôbre a matéria em debate, queremos, antes, assinalar, que, pela leitura dos autos (fls. 27), para cargos idênticos dois candidatos já foram nomeados pelo Sr. Presidente da República, com fundamento no artigo 12, item II, combinado com o art. 13 da Lei n.º 1.711, de 28-10-52 (Estatuto dos Funcionários) e artigo 25 da Lei número 830, de 23-9-1949 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas).

IV — A matéria debatida, a nosso ver, para melhor acautelar os interêsses da União Federal, está a exigir duas soluções, a saber:

a) ou seja cassada a medida concedida, em face da controvérsia quanto à lei aplicável à espécie,

b) ou, em não sendo êsse o respeitável entendimento do egrégio Tribunal, que se reduza a suas exatas proporções a medida concedida.

V — A última solução acima, em não sendo atendida a primeira, se impõe, em vista do preceito contido no art. 87, V, da Constituição federal, combinado com o art. 25 da precitada Lei n.º 830, de

23-9-49 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas), segundo o qual é da competência privativa do Sr. Presidente da República, o provimento do cargo em discussão, de Auditor do Tribunal de Contas.

Privativa, pois, do Chefe do Govêrno a competência para aquêle provimento, a êle, sem dúvida, e *data venia*, deve caber também o exame da legalidade do respectivo ato, bem como a conveniência e a oportunidade da nomeação. Ora, sendo da competência do Excelso Pretório a apreciação, por via de segurança, dos atos do Senhor Presidente da República, não pode, pois, por meio do concedido *writ*, ser aquela alta autoridade coagida a nomear o agravado para o cargo pretendido. Em face do exposto, pedimos ao egrégio Tribunal, se julgar por bem não dar provimento *in totum* ao agravo, seja, porém, dado em parte, para que fique esclarecido que a segurança é concedida a fim de que o pedido do agravado, constante da inicial, suba à decisão do Exmo. Sr. Presidente da República, para que S. Excia. decida da conveniência e oportunidade da nomeação, como êsse egrégio Tribunal tem decidido em casos anteriores."

E' o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mourão Russel (Relator) — Sr. Presidente, confirmo por seus fundamentos, a sentença recorrida. O que pretende o impetrante e foi reconhecido na sentença — é que lhe seja assegurado o direito de o seu nome ser proposto à nomeação para a vaga de auditor do Tribunal de Contas, e afinal, empossado, se nomeado. O impetrante submeteu-se ao concurso para Auditor, existindo, atualmente, uma vaga, sòmente. O preenchimento das vagas de acôrdo com a lei era feito entre os elementos aprovados em concurso e funcionários pertencentes ao quadro daquele Tribunal que preenchessem determinadas condições. Mas, existindo, como existe, a vaga e não havendo outro candidato para preenchê-la, mesmo dentre os pertencentes ao quadro do Tribunal de Contas, vê-se, assim mesmo, o impetrante impossibilitado pelo Tribunal de ver o seu nome levado à Presidência para nomeação, por entender aquela Côrte que essa vaga não caberia a um dos elementos do concurso, mas, a um daqueles pertencentes ao Tribunal.

Ora, não havendo candidatos do Tribunal de Contas para a vaga em questão, existindo um classificado em concurso, evidentemente o impetrante tem direito a ver seu nome levado à Presidência para a respectiva nomeação. Bem andou o mesmo pedindo o mandado, exclusivamente para êsse fim, porquanto o Tribunal não pode determinar a nomeação, nem mesmo o Dr. Juiz *a quo* poderia fazê-lo.

De maneira que, por estas razões, e mais os fundamentos da sentença recorrida, nego provimento aos recursos de ofício e ao interposto pela União.

VOTO

O Sr. Ministro João José de Queirós — Sr. Presidente, em face do relatório e voto do Sr. Ministro Relator, parece-me que não há como se negar ao recorrido o direito de ser indicado, uma vez que é apenas isto o que êle pleiteou e obteve.

Estou de acôrdo com o Relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Adiado o julgamento, a pedido de vista do Sr. Ministro Cunha Vasconcelos, após haverem votado os Senhores Ministros Relator e João José de Queirós, negando provimento aos recursos. Impedido o Sr. Ministro Aguiar Dias. Presidiu o julgamento o Exmo. Senhor Ministro Sampaio Costa.

VOTO

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — A sentença proferida nestes autos é da lavra do Dr. José Aguiar Dias. Vou procurar dar inteireza a meu pensamento lendo a sentença concessiva do mandado. Diz o ilustre magistrado:

"Uma primeira dificuldade resulta do respeitável entendimento da autoridade impetrada. Admitido que não haja candidato interno à vaga de Auditor, ou que havendo, seja inabilitado, o cargo ficará indefinidamente sem provimento, não obstante existir candidato externo habilitado em concurso e não obstante não se achar ainda integrada a *metade* a que

se refere o § 1.º do art. 25 da lei n.º 830, de 1949, Lei Orgânica do Tribunal de Contas. Só êsse óbice à regular composição do quadro de auditores bastaria para rejeitar o critério em que se informa a douta autoridade coatora. Mas o próprio dispositivo, também, não favorece o critério em apreciação. Com efeito, refere-se êle a *vagas*, não estabelecendo, como faz o art. 124, V, da Constituição federal, em relação aos Tribunais Judiciários, requisito originário para a composição do quadro. Por outro lado, admitida que seja a preferência assegurada a candidato de outro grupo, é certo que essa preferência teria perdido o seu objeto, dada a inexistência de candidato em condições de ser nomeado, ao tempo da verificação da vaga. Tem ainda razão o impetrante, quando sustenta ser aplicável à espécie o Estatuto dos Funcionários Públicos, incompatível com a lei extravagante que asseguraria preferência, contra o impetrante. O Tribunal, aliás, reconhece essa incompatibilidade, como frisa a inicial. A ordem de classificação prepondera sôbre aquela preferência e o impetrante, terceiro classificado no concurso, tem direito à terceira vaga" (fls. 58-59).

Em sua longa e bem deduzida petição inicial, o suplicante faz êste resumo:

Os Auditores, desde a vigência do Decreto-lei n.º 426, de 1938, tinham os respectivos concursos realizados nos têrmos e pelos modos indicados na legislação geral prevista para o funcionalismo público;

II — Os Auditores estão sujeitos ao regime jurídico estatutário, já que não possuem regime jurídico especial, sendo suas nomeações processadas nos têrmos e pelos modos previstos para o funcionalismo em geral;

III — A Lei n.º 830, de 1949, criou, para o pessoal da Secretaria do Tribunal de Contas, um privilégio, que consistia em se reservar para êles metade das vagas, independente da classificação obtida em concurso, o que encontrava agasalho, aliás, dentro do próprio Estatuto então vigente, que não obrigava fôsse respeitada a ordem de classificação;

IV — As Instruções baixadas pelo Tribunal de Contas para realização do concurso não só consignaram a preferência estatuída na Lei 830 como, ainda, foram além: deram preferência aos funcionários do Tribunal para nomeação na 1.ª vaga, já existente e para as 3.ª, 5.ª, 7.ª e, assim sucessivamente, e estatuiu que as nomeações seriam feitas em lista tríplice, o que encontrava apoio na legislação vigente, já que nenhuma norma legal impedia fôsse inobservada a classificação (item III);

V — O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, baixado pela Lei n.º 1.711, de 28-10-52, entrou em vigor antes da realização do concurso e determinou, de modo taxativo, que a nomeação dos candidatos deve obedecer à ordem de classificação no concurso;

VI — Realizado o concurso sob o império dessas normas, processaram-se as duas primeiras nomeações com observância da ordem de classificação, indicados que foram para elas os dois primeiros classificados;

VII — O disposto no § 1.º do art. 25 da Lei n.º 830, que aparta metade das vagas para o pessoal da Secretaria, é incompatível com a norma estatutária, constante do art. 13, que manda se observe a *ordem de classificação;*

VIII — Se, todavia, não fôsse reconhecida essa incompatibilidade, forçoso seria concluir que, à luz do art. 2.º, § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, as duas lei vigem paralelamente e tinham de ser observadas no caso concreto, pois que cabe ao aplicador do direito procurar sempre harmonizar os textos para extrair a norma de composição;

IX — A norma prevista no citado § 1.º do art. 25 apenas determinou que nas nomeações para Auditor *metade* das vagas caberia ao pessoal da Secretaria, mas não deu preferência a êsse grupo para usufruir a primeira vaga, estabelecido o equilíbrio;

X — Assim, obedecido ao comando dessa lei, há que se respeitar o comando da norma estatutária que dá preferência à nomeação *de acôrdo com a classificação dos candidatos* para se decidir a que grupo — se ao da Secretaria ou ao de bacharéis em direito — pertence a 1.ª vaga, estabelecido o equilíbrio.

XI — As instruções podem dispor sôbre a realização dos concursos, mas não

em contradição com a norma legal anterior. Ilegal seria, assim, na época em que foram promulgadas, se dispusessem elas que as nomeações obedeceriam à ordem de classificação dos candidatos.

XII — Se isto é certo, não menos certo é, todavia, que a norma legal posterior, revoga as instruções, mormente quando, como no caso vertente, a lei foi promulgada antes da realização do concurso.

XIII — Por essa forma revogadas foram as Instruções nos pontos em que deram preferência ou previram nomeações fora da ordem de classificação.

XIV — A revogação das Instruções já foi reconhecida e proclamada pelo egrégio Tribunal de Contas ao negar aplicação ao disposto no art. 42 das Instruções, entendendo, assim, que devia guardar obediência à norma estatutária que manda obedecer à ordem de classificação dos candidatos.

XV — Nega-se contudo, invocando, apenas, as Instruções que já reconheceu revogadas naquilo que contrariou o Estatuto, a aplicar a norma estatutária à luz da qual deveria ser o nome do suplicante indicado para a terceira vaga.

XVI — Assim o fazendo, violou direito líquido e certo do suplicante de, na forma do citado art. 13 do Estatuto, ser indicado para nomeação na terceira vaga verificada" (fls. 17-20).

Com isto tem-se a equação armada pelo suplicante e, também, os fundamentos por que o nobre juiz concedeu a ordem. O Tribunal já está inteirado na hipótese. Na forma da Lei n.º 830, de 1949, de organização da Secretaria do Tribunal de Contas, pelo art. 25, temos:

"Os auditores, em número de quatro, serão nomeados por decreto, mediante concurso de títulos e provas.

§ 1.º O provimento das vagas que ocorrerem será feito, *metade* por concurso de provas e títulos entre funcionários da Secretaria, que contarem mais de dez anos de efetivo exercício no Tribunal e suas Delegações sem limitação de idade; e *metade*, mediante concurso de provas e títulos dentre brasileiros natos, bacharéis em direito, que contarem mais de 25 anos e menos de 50 anos de idade".

Feito o concurso para os dois grupos, simultâneamente, obteve classificação, em primeiro lugar, um funcionário da Secretaria do Tribunal de Contas e foi nomeado. Em seguida, para uma outra vaga existente, foi nomeado o primeiro classificado dentre os estranhos à Secretaria do Tribunal de Contas, ou seja o segundo na classificação por concurso. Dá-se uma terceira vaga. O Tribunal de Contas recusou-se a atender ao suplicante, quando êste pediu que encaminhasse ao Presidente da República seu nome para nomeação — e o fêz alegando que essa terceira vaga competia a um funcionário da Secretaria.

Senhor Presidente, vindo do inciso, temos que considerar o seguinte: o provimento dos cargos públicos se faz, necessàriamente, por concurso, quando se trata de cargo inicial de carreira. E o estabelecido no art. 186 da Constituição, sem possibilidade de transgressão. Em não se tratando de cargo inicial de carreira, mas de cargo isolado, o provimento se fará na forma por que dispuser a lei ordinária. E' a hipótese. E a lei orgânica, em causa, dispôs estabelecendo a preferência de que se tem conhecimento, determinando que metade das vagas seria atribuída aos funcionários da Secretaria — ou seja, concurso — e metade aos bacharéis em direito, de 25 a 50 anos de idade.

Não vejo impedimento algum a que o legislador ordinário assim dispusesse. Já tenho manifestado êsse ponto de vista, mais de uma vez. Tendo-o feito, na hipótese, dessa forma, a lei ordinária ná que se observar. Então firma-se o primeiro pressuposto: é legítima a lei n.º 830, quando estabelece a preferência, em metade das vagas, para os funcionários da Secretaria, mediante concurso de títulos e provas. Isso afirmado, temos que considerar o aspecto que resolve a controvérsia. Na forma da segunda parte do § 1.º, o suplicante inscreveu-se, fêz o concurso e foi classificado em terceiro lugar. Sobreveio vaga e não há candidato classificado em concurso para preencher o lugar que o Tribunal de Contas atribui àquela primeira metade. Invoca-se o Estatuto dos Funcionários Públicos, de 1952, na parte em que de-

termina que as nomeações se façam obedecida rigorosamente a ordem de classificação. Isso como norma derrogatória da legislação anterior dispondo especialmente. Será isso certo? A mim me parece que não. Não há colisão entre os dois dispositivos. O Estatuto dispõe para o funcionalismo em geral. A Lei n.º 830 dispõe para o funcionário da Secretaria do Tribunal de Contas, ou melhor, para o provimento dos lugares de auditores do Tribunal de Contas. A norma do Direito Civil orientadora é o artigo 2.º da Lei de Introdução que modificou, em parte, o art. 4.º da Iei de Introdução anterior, que diz:

"Art. 2.º ... § 1.º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2.º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".

Ora, Senhor Presidente, a lei geral, que é o Estatuto dos Funcionários Públicos, na forma do § 2.º da lei de introdução do Código Civil, não derrogou a Lei n.º 830, com relação ao seu art. 25 (§ 1.º, segunda parte).

Resta, então, o fato considerado pelo ilustre juiz, de não existir candidato classificado para o provimento e ficar êste retardado, na expressão exata da sentença, "indefinidamente sem provimento, não obstante existir candidato estranho habilitado em concurso". Constituirá isso razão para que se tenha como ilegal o ato da autoridade que se nega a encaminhar o nome do suplicante à nomeação? *Data venia*, a mim se me afigura que não, como se me afigura que é situação altamente lamentável. Um candidato realmente presta concurso de títulos e provas; é habilitado; é o único classificado; há uma vaga. A lei, entretanto, com a disposição preferencial que contém, barra a pretensão legítima, dêsse candidato. Porque, inequìvocamente, sendo quatro lugares e tendo cabido a primeira nomeação a um funcionário da Secretaria do Tribunal de Contas, a segunda a bacharel estranho à Secretaria, a terceira terá que tocar a candidato da Secretaria.

O Sr. Ministro Mourão Russel — V. Exa. permite ligeiro aparte?

O Tribunal de Contas entendeu de fazer a nomeação, tomando em conta êste critério: a primeira vaga de funcionário da Secretaria; a segunda de candidato do concurso e assim por diante. A lei, entretanto, fala em metade por metade. Quer dizer, havendo número igual, não se terá que saber se esta é para funcionário da Secretaria e aquela para candidato de concurso. Daí a 3.ª ser dêste candidato, pois que não existe funcionário em condições.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — E' um dos pontos que o candidato focaliza também e procura defender. E senti, como juiz, examinando a causa, a profundeza de seus argumentos, argumentos de homem sincero, empenhado em defender com razões altas, razões plenamente perceptíveis pelos outros homens, seu entendimento. Não tenho a menor dúvida sôbre a honestidade e sinceridade de suas convicções. Infelizmente, não me convenceram.

O Sr. Ministro Mourão Russel — A metade não é vaga e meia. Havendo duas vagas, uma será para candidato de concurso a outra para funcionário da Secretaria.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Pergunto, então a V. Exa. Se não é metade para candidato interno, por que será metade para candidato estranho? V. Exa. vai cair na mesmíssima situação...

O Sr. Ministro Mourão Russel — Por inexistência de candidato interno.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — V. Excia. então, se abstrai, — eis o ponto — o poder de disciplinar, da própria autoridade, desde que não se vinculou o entendimento dessa autoridade. Foi o que fizemos, aqui, neste Tribunal; é o que faz tôda autoridade incumbida de disciplinar certa matéria. No caso dêste Tribunal, determinando o Regimento que as promoções se fizessem pelo critério alternativo de antigüidade e merecimento, podendo, portanto, inicialmente, ser qualquer dêles, o Tribunal interveio, por proposta do Sr. Ministro Rocha Lagoa, então aqui colaborando,

para propor que a primeira se fizesse por antigüidade e alternadamente daí por diante.

Foi o que fêz o Tribunal de Contas que, disciplinando a matéria, estabeleceu, em seu regimento, ou nas normas de concurso, que a primeira nomeação seria feita entre os funcionários da Secretaria. A não ser assim, se não se reconhecesse poder disciplinador da autoridade administrativa, não haveria solução para o impasse. Porque, se as nomeações se houvessem iniciado por candidato de concurso, os da Secretaria trariam, em sentido contrário, o mesmo argumento que o ora suplicante está trazendo sôbre êsse ponto.

O Sr. Ministro Mourão Russel — Traria. Se houvesse candidato das duas espécies, a argumentação de V. Exa., a meu ver, estaria perfeita. Mas, para a 3.ª das quatro vagas só havendo candidato de concurso...

O Sr. Ministro Elmano Cruz — Pergunto a V. Exa. se há três ou quatro vagas.

O Sr. Ministro Mourão Russel — A 4.ª vaga não está interferindo no momento. Eram três vagas por ocasião do concurso. Posteriormente se verificou outra.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Se houver, realmente, essa quarta vaga, está resolvida a situação do suplicante. Mas não. Até numa das passagens das informações se diz que, se se verificar a quarta vaga, antes da caducidade do concurso, cuja validade é de dois anos, a vaga será dêste candidato.

O Sr. Ministro João José de Queirós — Votei nesse pressuposto.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Absolutamente. Se houvesse, o suplicante não viria para êste Tribunal pedir mandado de segurança.

O Sr. Ministro Mourão Russel — Estou informado da existência da quarta vaga. Apenas não argumentei nesse sentido porque, a meu ver, a discussão está posta com as três vagas. Para mim, a terceira vaga, em tôrno da qual se discute, seria dêste candidato, por falta de candidato da Secretaria. De qualquer maneira, uma vaga ficaria em branco, porque nomeado o suplicante para a quarta vaga, quem preencheria a terceira?

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Senhor Presidente, a meu ver, não há, quarta vaga. Aliás, Senhor Presidente, o propósito dêste Tribunal é sempre esclarecer as situações devidamente, para que se faça justiça. Não tenho a menor dificuldade em mudar de voto, em confessar meu êrro, meu engano. Assim, Senhor Presidente, para o esclarecimento dêste Tribunal, desde que os autos realmente não esclarecem, estando presente o suplicante, peço a V. Exa., para meu esclarecimento, informe o suplicante se há uma quarta vaga.

O Sr. Dr. Advogado — Senhor Presidente, certidão que juntei à inicial e que está por linha, em virtude de despacho do Sr. Ministro Relator, certidão essa fornecida pelo egrégio Tribunal de Contas, faz ciente de que a vaga a que me referia se deu pouco antes, e foi nomeado um candidato sem concurso, quando a lei prescrevia que deveria ser preenchida por concurso. Daí a circunstância de ser essa a quarta vaga que se verificou a partir da vigência da Lei n.º 830, embora o Tribunal, nas suas informações, declare que seja a terceira. A certidão anexada por linha retrata fielmente a situação.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Senhor Presidente, agradeço a oportunidade, mas eu já havia considerado essa situação nos autos. O candidato nomeado anteriormente é o Dr. Vidal da Fontoura e, se me não engano, a certidão diz que o Dr. Vidal da Fontoura foi nomeado antes da situação que estamos examinando. Vou procurar, nas informações, o esclarecimento, transmití-lo ao Tribunal, por que se fôr assim, o Tribunal de Contas estará burlando, grosseiramente, a fé que merece e procurando embair êste Tribunal e levá-lo a um êrro. Não posso admitir que um Tribunal de existência prevista na Constituição use dêsse artifício.

As informações que estão, quer no apenso, quando se pediu a suspensão da execução da sentença, quer nos autos, dizem assim, a respeito da nomeação do Dr. Vidal da Fontoura — vou ler do início para percepção clara:

"A Lei n.º 830, art. 25, parágrafo 1.º, de 23 de setembro de 1949, estabeleceu que:

Art. 25. Os auditores, em número de quatro, serão nomeados por decreto, mediante concurso de títulos e provas.

§ 1.º O provimento das vagas que ocorrerem será feito, metade por concurso de provas e títulos entre funcionários da Secretaria, que contarem mais de dez anos de efetivo exercício no Tribunal e suas Delegações, sem limitação de idade; e metade mediante concurso de provas e títulos, dentre brasileiros natos, bacharéis em direito, que contarem mais de 25 e menos de 50 anos de idade". No exercício de sua competência exclusiva, êste Tribunal aprovou as "Instruções" para o concurso em questão, regulamentando-o e explicitando as normas legais, delas não se afastando. Assim, obedecendo à mesma ordem contida no § 1.º do art. 25 da Lei n.º 830, o art. 3.º das "Instruções", normas regulamentares, estabeleceu que "O primeiro provimento, a partir da vigência da Lei n.º 830-49, será feito com funcionário do Tribunal". Tal resolução não foi arbitrária, pois além de não se afastar dos estritos têrmos da própria lei (art. 25, § 1.º, Lei n.º 830), obedecendo à mesma ordem do texto legal em foco, atendeu ao fato de haver um auditor, recentemente nomeado (Dr. Vidal da Fontoura), não pertencente aos quadros do Tribunal. Assim, destinou-se a primeira vaga, após a vigência da Lei n.º 830, a funcionário do Tribunal salientando-se que a vaga anterior fôra ocupada por pessoa não pertencente aos quadros dêste Tribunal. Só assim seria possível manter-se a proporção determinada pela lei, isto é, metade das vagas para funcionários e metade para candidatos estranhos" (fls. 6).

Ora, Senhor Presidente, a conclusão, que se extrai dessa invocação, *data venia*, me parece inteiramente contrária ao interessado. Se considerarmos a nomeação do Dr. Vidal da Fontoura para o quadro de Auditores, não sendo êle funcionário, teremos que dois estranhos ao quadro do Tribunal já estão nomeados — o Dr. Vidal da Fontoura e o segundo, de cujo nome não me recordo —, após a nomeação de funcionário do Tribunal. Então, e necessàriamente, a última vaga será de funcionário do Tribunal. Aqui não se esclarece se o Dr. Vidal da Fontoura foi nomeado já na vigência da Lei n.º 830. O Advogado fêz menção a uma certidão que não encontro. Mas, se o foi, constrói a circunstância um argumento desfavorável ao suplicante, porque, então, já teremos dois auditores estranhos ao quadro da Secretaria do Tribunal. Nessas condições, a vaga restante, necessàriamente, deverá ser destinada a funcionário da Secretaria do Tribunal.

Por tudo isso, Senhor Presidente — e o Tribunal está vendo, pela forma por que aceitei as observações dos colegas, pela forma por que solicitei fôsse ouvido o próprio suplicante, pessoa de cujo mérito tenho informações seguras, fidedignas e enaltecedoras —, infelizmente, como já acentuei, não posso chegar à conclusão do reconhecimento de um direito líquido e certo, para o efeito de conceder o mandado de segurança. Reconheço legítima a disposição legal que o Doutor Juiz tão bem classificou de extravagante e que, entretanto, em sendo extravagante, não é a meu ver inconstitucional. Desde que não se trata de cargo inicial de carreira — carreira definida em lei, carreira escalonada, não há impedimento algum em que a lei ordinária assim disponha. E' certo que, neste próprio Tribunal, vozes autorizadas já se manifestaram em contrário, em entendimento alto e respeitável. Para essas vozes, desde que a lei determina o concurso, não pode fazer restrição. O concurso é prova pública de capacidade intelectual, não podendo haver a restrição. Não me filio a essa corrente. Acho que a lei ordinária não pode dispor com restrição sòmente nos casos do artigo 186 da Constituição — cargo inicial de carreira, porque aí, a Constituição há que ser observada.

Assim, Senhor Presidente, *data venia*, dos que votaram em contrário, dou provimento ao recurso e reformo a sentença.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Adiado por pedido de vista do Sr. Ministro Henrique D'Ávila, após haver vo-

tado, dando provimento aos recursos, o Sr. Ministro Cunha Vasconcelos. Impedidos os Srs. Ministros Djalma da Cunha Melo e Aguiar Dias. Presidiu o julgamento o Excelentíssimo Sr. Ministro Sampaio Costa.

VOTO

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — Sr. Presidente, o cargo isolado de auditor do Tribunal de Contas era de livre nomeação do Executivo. Todavia, com o advento do Decreto-lei n.º 426, de 12 de maio de 1938, passou a ser provido por concurso. A Lei n.º 830, de 1949, que reestruturou aquêle Tribunal, no art. 25, § 1.º, estabeleceu que os auditores, em número de quatro, seriam nomeados por decreto do Executivo, mediante concurso de títulos e provas:

"§ 1.º O provimento das vagas que ocorrerem será feito, metade por concurso de provas e títulos entre funcionários da Secretaria, que contarem mais de dez anos de efetivo exercício no Tribunal e suas Delegações, sem limitação de idade; e metade, mediante concurso de provas e títulos, dentre brasileiros natos, bacharéis em direito, que contarem mais de 25 e menos de 50 anos de idade."

Existindo vagas a prover, foi aberto o respectivo concurso, para o qual o Tribunal baixou as necessárias Instruções. Ultimado o certame, verificou que dos inscritos, apenas três candidatos haviam sido habilitados.

As vagas eram, também, em número de três. Convém desde logo, esclarecer uma dúvida. A autoridade coatora, em suas informações, sustenta que o certame, previsto na lei é dicotomizado: interno, para os servidores do Tribunal; e, externo para os bacharéis em direito, estranhos ao serviço. Não procede, contudo, a distinção. Ao contrário do que se afirma, o concurso é único e indivisível, acessível a ambas categorias de candidatos, sem quaisquer limitações.

O aproveitamento dos candidatos é que é alternado: sendo a primeira vaga preenchida por funcionário habilitado da Secretaria do Tribunal; ocorreu, todavia, que havendo apenas três vagas a preencher, para a 1.ª foi escolhido o candidato aprovado em 1.º lugar (funcionário da Secretaria do Tribunal); para a 2.ª foi nomeado, obedecendo o critério legal, candidato estranho ao Tribunal; a terceira vaga, portanto, deveria, em princípio, ser preenchida por um funcionário do Tribunal. Mas acontece que o único candidato restante, que é o impetrante, ora recorrido, pertence à classe diversa. Surgiu então a dúvida que nos toca espancar.

Sustenta a autoridade coatora que não é exeqüível o aproveitamento do recorrido, porque a vaga deve ser necessàriamente preenchida com candidato pertencente aos quadros do Tribunal. O argumento impressionou à primeira vista. Mas, melhor ponderado, leva a verdadeiro absurdo, porque admite em última análise a inoperância de um concurso, regularmente processado, com o seu prazo de validade ainda não superado; e, o que é pior, com candidato regularmente habilitado ainda não aproveitado.

O Meritíssimo Dr. Juiz *a quo*, o nosso eminente colega Aguiar Dias, repeliu êsse entendimento; e deferiu, em conseqüência, a segurança para que o nome do impetrante, ora recorrido, fôsse incluído na lista a ser encaminhada ao Poder Executivo para a nomeação.

Entendo que S. Exa. andou bem, *data venia* dos argumentos expendidos em contrário pelo Sr. Ministro Cunha Vasconcelos: ou se aproveita o recorrido, ou então, o concurso terá que ser cancelado, ao arrepio da lei e de todos os princípios dominantes no Direito Administrativo.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Parece que há um equívoco de V. Exa.; a autoridade coatora não tem como insubsistente o concurso. A autoridade coatora declara o seguinte: que essa vaga toca a funcionário; tanto que acrescenta, creio que nas informações, que o período de validade do concurso é de 2 anos. Em havendo outra vaga será nomeado o suplicante.

Ora, não tem, portanto, como caduco; reitera a validade do concurso.

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — Havendo vaga e candidato habilitado em concurso, que é uno e indivisível, como já acentuei, não é possível deixar de aproveitá-lo, a não ser que se admita a caducidade do certame.

A alternância estabelecida no artigo 25, § 1.º, da Lei n.º 830, de 1949, está sujeita a temperamento.

Deve ser observada, em têrmos, não obstante a regra consignada no art. 13, dos Estatutos, sempre que possível.

Parece-me mais aparente do que real a antinomia entre êsses dispositivos legais, desde que se os conjugue adequadamente.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Nem pode haver, porque há lei especial.

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — Quanto a existir lei especial, não me ponho inteiramente de acôrdo com V. Exa.

O Estatuto dos Funcionários não deve ser considerado como lei geral no sentido técnico-jurídico, porque disciplina de modo intensivo tôda a vida funcional do servidor público. Não pode, por isso, deixar de ser invocado, subsidiàriamente, para solver omissões. O caso não compete à rígida distinção vislumbrada pelo eminente Sr. Ministro Vasconcelos.

O critério da nomeação alternada só vigora na medida que existirem candidatos de ambos os grupos. Quando restarem, apenas, representantes de uma das categorias, ter-se-á, forçosamente, de apelar para a regra consignada no art. 13, do Estatuto. Invalidar o concurso para fazer novo é que não é possível.

O Sr. Ministro Mourão Russel — V. Excia. permite um aparte? Existiria na orientação das informações o preenchimento de quarta vaga, ficando em aberto a terceira indefinidamente, visto que não há candidato para essa terceira.

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — Não está em causa essa quarta vaga.

O Sr. Ministro Mourão Russel — Em tese teria direito à quarta vaga. O fato porém, é que não chegaram a preencher a terceira.

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — O que é estranhável de referência a essa quarta vaga é que a autoridade coatora, que se mostra agora tão zelosa na defesa das prerrogativas dos servidores do Tribunal de Contas, aceitou a nomeação do Sr. Vidal da Fontoura sem concurso de qualquer natureza.

Fatos dessa espécie, partindo de tão alto, é que geram a anarquia em que se encontra no momento o Serviço Público. A vaga preenchida ilegalmente pelo Sr. Vidal da Fontoura tocaria, também, a um funcionário do Tribunal habilitado em concurso. A posse, contudo, não lhe foi recusada como se impunha.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Mas V. Exa. tem elemento para afirmar que a nomeação foi feita na vigência da Lei?

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — Tenho.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — A lei é do dia 23 e o Dr. Vidal da Fontoura foi nomeado no dia 24. Quem nos afirma que a lei já estava publicada, já estava em vigor? São dados que estão no processo. Nesse caso, estaria invertida a própria ordem de colocação que o Tribunal de Contas teria definido.

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — A argumentação de V. Excia. não procede, porque, desde 1938 vigorava o Decreto-lei n.º 426, que sujeitava o provimento do cargo a concurso.

O Sr. Ministro Mourão Russel — Mais ainda. A própria autoridade que expediu a lei foi a que nomeou o Dr. Vidal da Fontoura.

O Sr. Ministro Henrique D'Ávila — Sr. Presidente, fui obrigado a êsse reparo que não interessa de perto à solução da controvérsia, levado pelas interpelações de meus eminentes colegas.

Retornando ao que é essencial, acentuo que não é possível manter o ora recorrido, em compasso de espera, a aguardar uma nova vaga. Não existindo, como não existem, candidatos habilitados de categoria diversa, o seu direito à nomeação é certo e incontestável.

Data venia do Ministro Cunha Vasconcelos, mantenho a decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

VOTO

O Sr. Ministro Cândido Lôbo — Sr. Presidente, também estou de acôrdo com a sentença recorrida e peço licença ao Ministro Henrique D'Avila para adotar os fundamentos que S. Excia. acaba de proferir.

A fls. 59, diz a sentença:

"... admitida que seja a preferência assegurada a candidato de outro grupo, é certo que essa preferência teria perdido o seu objeto, dada a inexistência de

candidato em condições de ser nomeado, ao tempo da verificação da vaga".

Trata-se, realmente, de argumento irrespondível, a meu ver, que peço vênia para adotar, negando, assim, provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata a decisão foi a seguinte:

Adiado a pedido de vista do Sr. Ministro Elmano Cruz, após haverem votado os Srs. Ministros Relator, João José de Queirós, Henrique D'Ávila e Cândido Lôbo negando provimento e Cunha Vasconcelos, dando provimento. Impedidos os Srs. Ministros Aguiar Dias e Djalma da Cunha Melo. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Sampaio Costa.

VOTO

O Sr. Ministro Elmano Cruz — Sr. Presidente, o Tribunal está bem esclarecido sôbre o pedido de que se trata. E' a famosa questão do provimento dos cargos do Tribunal de Contas, em que o impetrante, sendo o candidato habilitado à próxima vaga da sua série, não vê abrir oportunidade para si, por isso que a terceira vaga, que daria lugar à nomeação de servidor do Tribunal, não pode ser provida, por não haver candidato em condições de preenchimento.

Ora, não é possível que, havendo candidato habilitado e tendo-se verificado vaga no quadro — vaga que só pode ser preenchida por provimento de candidato da mesma série — vá-se aguardar, indefinidamente, haja candidato da outra categoria habilitado, o que não ocorre, no momento, e esperar a quarta oportunidade para nela ser provido aquêle já habilitado e que aguarda vez para nomeação.

Não procede a argüição de que seja esta a quarta vaga, porque a primeira verificada foi provida por Vidal da Fontoura, por coincidência, no mesmo dia em que foi publicada a lei que estabeleceu novos moldes à organização do Tribunal de Contas, isto é, dia 23 de setembro de 1949. Nesse mesmo dia, da vaga decorrente da aposentadoria de Antônio Jorge Machado Lima, foi publicada a Lei n.º 830, no *Diário* daquela data. A vaga, portanto, teria ocorrido anteriormente à vigência da lei e não pode ser computada entre as quatro que dariam lugar, matemàticamente, ao aproveitamento do autor.

O certo é que, no momento, há vaga, há candidato em condições de ser provido e pretende-se seja retardado êsse provimento, até que surja candidato de outra categoria em condições de ser provido no cargo a que concorreu o impetrante.

Formo entre os que concedem a segurança, para que o candidato seja indicado à nomeação.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, vencido o Sr. Ministro Cunha Vasconcelos. Não compareceu por motivo justificado, o Sr. Ministro Aguiar Dias. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Sampaio Costa.