## *FUNCIONÁRIO PÚBLICO — CONCURSO — POSSE — PROVA DE BOA CONDUTA — MANDADO DE SEGURANÇA*

*— A apreciação do requisito de "boa conduta" é ato complexo.*

*— Não provado que o ato impugnado tenha sido exorbitante descabe o mandado de segurança.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Francisco Dualiby *versus* Estado de São Paulo
Recurso extraordinário n.º 73.296 — Relator: Sr. Ministro DJACI FALCÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministro da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e lhe negar provimento.

Brasília, 14 de abril de 1972. *Luiz Gallotti*, Presidente. *Djaci Falcão*, Relator.

RELATÓRIO

O *Sr. Ministro Djaci Falcão*: O acórdão objeto do presente recurso extraordinário tem o seguinte teor:

"Vistos, relatados e discutidos estes autos de MS n.º 193.808 da Comarca de São Paulo, em que é impetrante Francisco Dualiby e impetrados o Excelentíssimo Sr. Corregedor-Geral da Justiça, o Exmo. Sr. Secretário da Justiça e o Exmo. Sr. Governador do Estado:

Acordam, em Sessão Plenária do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, denegar a segurança.

Custas na forma da lei.

1. O impetrante: Francisco Dualiby, aprovado em concurso para o provimento do cargo de oficial de justiça, foi nomeado mas teve a sua posse obstada por ato do Exmo. Sr. Corregedor-Geral da Justiça, por não preenchidos os requisitos da "boa conduta" e "aptidão para o exercício do cargo", exigidos nos incosos V e VII do art. 47 do Estatuto dos Funcionários Civis do Estado (Lei estadual n.º 10.261, de 28.10.68. *R.T.*, 397/419). Diante disso o Exmo. Sr. Governador tornou sem efeito a referida nomeação, ensejando o presente mandado de segurança em que o impetrante pretende a invalidação desses atos, reputados afrontosos a seu direito líquido e certo.

Indicado, na inicial, como uma das autoridades impetradas, o Exmo. Senhor Secretário da Justiça suscita preliminar de carência por ilegitimidade *ad causam* passiva, dado não ter praticado o ato que o impetrante lhe atribuía, tornando sem efeito sua nomeação. Atendendo, entretanto, requerimento posterior do impetrante, o então Desembargador Relator determinou o chamamento do Exmo. Sr Governador do Estado, que trouxe as suas informações, sustentando a legitimidade de sua conduta, ao mesmo tempo em que o Exmo. Sr. Corregedor-Geral da Justiça ainda comparecia aos autos com esclarecimentos no mesmo sentido.

O parecer da digna Procuradoria é pela rejeição da preliminar de carência e pela concessão da ordem.

II. Rejeita-se a preliminar de carência, superada, aliás, com o chamamento do Exmo. Sr. Governador do Estado à lide, autoridade que admitiu a autoria do ato de desfazimento da nomeação do impetrante.

Quanto à outra questão, rotulada pela douta procuradoria também de preliminar e referente à necessidade ou conveniência de se citar terceiro que teria sido nomeado para o cargo disputado pelo impetrante, não foi ela suscitada no referido parecer e nem mesmo pelas partes, o que bem se explica pela circunstância de não se ter notícia alguma dessa nomeação. Daí não ser posta em julgamento essa matéria.

III. É de manifesta improcedência a primeira alegação do impetrante, no sentido da autoridade encarregada de dar possa a candidato aprovado em concurso para o provimento de cargo público não poder, sob pretexto algum, negar-se à prática deses ato.

O registro n.º 16 da *Súmula* do pretório excelso, praclomando, *verbis*, que que "o funcionário nomeado por concurso tem direito à posse", deve ser interpretado em consonância com outros julgados do mesmo eg. Supremo Tribunal Federal, afirmando a possibilidade de ser negado esse complemento da investidura se o candidato não atende às exigências que a lei impõe à regularidade do ato. A posse — como acentua um desses outros arestos — não é uma simples formalidade e nem prescinde de "uma série de condições impostas pela administração" (*RDA*, 74/147). E a verificação do cumprimento dessa condições, na palavra autorizada do Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti, deve ser feita precisamente pela autoridade incumbida do ato, sob pena de responsabilidade (*in Tratado de Direito Administrativo*. 5. ed., IV, p. 94).

Em relação ao funcionalismo estadual, essas exigências à posse estão consignadas no art. 47 do respectivo estatuto com apoio, como observa Hely Lopes Meirelles, no art. 97 da Constituição Federal vigente (*in Direito Administrativo Brasileiro*. 3. ed., p. 360-1, indicando jurisprudência).

Dir-se-á que, *in casu*, em que houve aprovação em concurso, o impetrante já provara, quando da sua inscrição no certame, essas qualidades negadas no ato obstativo da posse, quais sejam, "boa conduta" e "aptidão para o exercício do cargo".

O argumento procede apenas em parte.

Os editais de concurso, copiados a fls. 27 destes autos, não reclamavam, para a inscrição prova dos mencionados requisitos ("boa conduta" e "aptidão para o exercício do cargo"). Assim, a admissão do impetrante nesse certame não importou, necessariamente, na sua aceitação definitiva sob esses aspectos, pertinentes a outro momento, não ao da inscrição no concurso, mas ao da posse no cargo.

O que realmente aconteceu foi que a exigência da "aptidão para o exercício do cargo", com a aprovação da impetrante nas provas e o resultado favorável do seu exame médico, ficou superada. Não, porém, a outra exigência, da "boa conduta".

Também sem procedência a segunda alegação do impetrante, de afronta ao seu direito constitucional de defesa (art. 153, § 15, da Constituição Federal vigente).

O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado erige à categoria de pressuposto indispensável à posse o fato de ter o interessado "boa conduta". O candidato, que não pode ignorar essas disposições legais, deve apresentar, desde logo, as provas contra eventuais suspeitas decorrentes de anotações policiais de seus antecedentes, presumivelmente comprometedores de sua "boa conduta". Não tem a administração a obrigação de ensejar ao interessado na posse oportunidade para contestar previamente o julgamento que vai emitir. O princípio constitucional da plenitude de defesa não comporta a amplitude que o impetrante lhe dá, consistente nessa antecipada audiência.

Nem merece prosperar a alegação de que o ato negatório da posse foi abusivo e assim ilegal, por gozar o impetrante da "boa conduta", ao contrário do afirmado.

Dispõe o antes mencionado art. 47, inciso V, do estatuto dos funcionários, ser requisito para a posse em cargo público ter o candidato "boa conduta".

É inegável que a lei, aludindo simplesmente a "boa conduta", sem precisar o que se deva entender por esso expressão, deixou à administração o exame, em cada caso, desse pressuposto indispensável ao complemento da investidura.

A natureza jurídica dessa atividade administrativa, assim indefinida na lei, é, entretanto, da maior relevância, uma vez que dela decorre a amplitude do controle judicial que se lhe possa opor.

Em recente trabalho, Afonso Rodrigues Queiró, Professor da Faculdade de Direito de Coimbra, defendeu a tese de inocorrer, nessa hipótese, exercício de atividade discricionária. "O poder discricionário — aduz o eminente jurista — não se confunde com toda e qualquer margem de imprecisão, ainda a mais ampla, na formulação dos comandos legais. Noutras palavras: não se confunde com os chamados conceitos vagos ou conceitos indeterminados, de que o legislador administrativo tão largamente lança mão para exprimir as suas previsões. Estes são, simplesmente, o produto da impossibilidade prática ou simples dificuldade técnica, em que o legislador freqüentemente se encontra, de enunciar, com toda a nitidez, com todo o rigor, quer as circunstâncias ou pressupostos de fato em que os órgãos da administração hão de exercer a sua competência no futuro, quer as finalidades a realizar pelos órgãos da administração." "Por muito que, no exercício dessa tarefa interpretativa, intervenham necessariamente elementos subjetivos, por muito que a interpretação envolva elementos pessoais ou autônomos, esta liberdade interpretativa nunca poderá confundir-se com o poder discricionário da administração. Estamos aí — conclui o citado mestre — no domínio do poder vinculado" (*RDA*, 97-1).

Entre nós, entretanto, prevalece o conceito de poder discricionário abrangente da hipótese em que a lei, formulando uma noção imprecisa, deixa ao administrador a faculdade de determinar o seu sentido, como, aliás, observa o já citado Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti, *reportando-se a Stassionopoulos* (*RDA*, 101/1, cit, *Traité des Actes Administratifs*). *Textualmente: poder discricionário é "a capacidade de determinação do sentido de uma noção deixada imprecisa pela lei."* (ob. loc. cits.). Ou, como anota Georges Renard, *o poder justificado pela impossibilidade de enquadrar nas previsões da lei a variedade infinita e indefinida das situações concretas que sobrevenham a provocar a intervenção administrativa* (cit. Castro Nunes *Do Mandado de Segurança*, 5. ed., p. 186).

A conclusão não impõe a de que, assim classificada, essa atividade seja imune ao controle judicial.

Gaston Jèze, lembrado por Helv Lopes Meirelles, já advertia não se confundir poder discricionário com poder arbitrário: *"Il ne faut pas confondre pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire"* (*in Les Principes Généraux du Droit Administratif.* 1914, p. 371). E Renato Alessi completa, distinguindo ação discricionária e proibição de controle jurisdicional (cit. Themístocles Cavalcanti, *Intorno ai Concetti di Causa Giuridica, Ilegitimità, Eccesso di Potere*). Esse controle judicial, da atividade administrativa discricionária, é bem focalizado por Ernst Greund, mencionado por Castro Nunes, ao destacar a existência de "fatores não discricionários no exercício dos poderes discricionários" (ob. loc. cit.).

Entretanto, ainda nessa revisão dos atos administrativos discricionários, mesmo fundamentados como aqui acon-

tece, o judiciário detém-se no exame da legalidade, sem ingressar na apreciação da justiça do comportamento revisto. "A única concessão, no sentido de ampliar o conceito de legalidade, é o exame dos motivos, mas, ainda aqui, não quanto ao conteúdo dos motivos, mas à sua existência" (cf. Themístocles Brandão Cavalcanti. op. cit., página 23). Não se perquire, nesse controle judicial, a justiça do ato, sob pena da autoridade administrativa ver-se substituída pelo juiz.

Firmadas essas premissas, de que, no caso, se cuida de ato discricionário, suscetível de exame judicial de legalidade, entendido este também como verifiicação de existência dos motivos invocados como determinantes da atividade revista, a segurança postulada através deste *mandamus* é de ser indeferida.

A negação da posse fundamentou-se na inexistência de "boa conduta" e de falta de "aptidão para o exercício do cargo". Desprezada a consideração deste último requisito, por já superado com a aprovação do impetrante no concurso e no exame médico a que se submeteu, verifica-se ter a autoridade responsável por esse comportamento lastreado suas conclusões, relativas ao primeiro tema, no fato de ter o candidato sido indiciado em três inquéritos policiais. Os elementos colhidos nesses inquéritos, não configurando, embora, conduta penalmente típica, ensejadora de processo criminal, mostravam não atender o impetrante à exigência da "boa conduta", máxime em se cuidando de candidato a cargo de oficial de justiça.

Ora, é irrecusável, presente o motivo determinante do ato que não se desvia da finalidade da lei, com essa verificação se esgota a competência do judiciário, provocando a sua revisão.

O que o impetrante pretende, nesse particular, é uma revaloração da justiça do ato que lhe negou a posse, o que ao juiz é vedado. Como preleciona Seabra Fagundes, trazendo à colação o parecer de Ranelletti, "o julgador examina se o ato se conteve dentro do poder do administrador, isto é, se foi praticado segundo os fins em virtude dos quais o poder de agir lhe foi outorgado pela lei, mas não se o uso que fez do poder foi o melhor (*in O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 1941, p. 118).

Em que pesem, portanto, as doutas ponderações oferecidas pelo eminente Desembargador Relator, voltadas para a justiça do ato que negou posse ao impetrante, o *writ* não merece ser concedido, precisamente por discutir a questão em área discricionária insuscetível a reexame judicial.

Admite-se, contudo, apenas para argumentar, pudesse o judiciário rever a valoração dis fatos que justificaram a negativa da posse, por faltar "boa conduta" ao impetrante.

O relatório de um dos inquéritos policiais em que foi o impetrante indiciado expõe que este, na qualidade de oficial de justiça, *ad hoc*, participou de uma diligência para a liberação de parte de mercadorias tida como contrabandeada, em cumprimento a medida liminar. Essa liberação compreendia somente parte da mercadoria apreendida, parte essa que estava relacionada no mandado. No entanto, sem antes ler essa ordem judicial ao coletor, que detinha a guarda dos materiais e que fora procurado em sua residência por se tratar da tarde de um sábado, o impetrante, enquanto se procedia a liberação determinada, permanecia, estranhamente, distante desse local, em um bar. Em virtude dessa sua omissão, um dos indiciados naquele inquérito, como contrabandista, tratou de se apoderar de uma parte das mesmas mercadorias, gratificando, depois, o impetrante com a importância de Cr$ 4.000,00.

Esses fatos não foram reputados penalmente típicos, aptos a ensejar processo criminal contra o impetrante.

Poderiam, porém, à evidência, servir de fundamento à negativa de posse, aqui discutida, por falta de "boa conduta". Assim interpretando esses fatos, a administração pública não se desviou da finalidade da lei.

Em compêndio, mesmo em se admitindo pudesse o poder judiciário revalorar os fatos que justificaram a negativa de posse ao impetrante, ainda asim a presente segurança desmerecerá deferimento.

São Paulo, 28 de abril de 1971. *Cantidiano Garcia de Almeida,* Presidente. *Odyr Porto,* Relator designado.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO DESEMBARGADOR LAFAYETTE SALLES JÚNIOR

(Mandado de segurança n.º 193.808 — São Paulo).

I

Discutiu-se no presente *writ* sobre o conteúdo da vantagem, benefício ou interesse, atribuído ao vencedor e ao classificado em concurso para provimento de cargo público.

A propósito observa-se o nítido avanço efetuado pela doutrina, desde o clássico trabalho, publicado em 1942, por Giovanni De Gennaro sobre a eficácia da classificação nos concurso a públicos empregos (reproduzido em seus *Scritti di Diritto Pubblico.* v. III, p. 117 e seg.), até a tomada de posição por Sandulli, em seu *Manuale di Diritto Amministrativo* (ed. de 1959, p. 178).

Mostrava De Gennaro que, àquela época, a doutrina e a jurisprudência concordavam em considerar que da classificação em concurso não nasciam direitos subjetivos perfeitos. Mas ele não podia anuir com Tommasone que reputava possuir o vencedor do concurso uma simples expectativa, nem acompanhar D'Alessio, Ferraris, e o próprio Tommasone, os quais admitiam a existência para o vencedor, de um limitado direito de preferência apenas na hipótese de o poder público querer nomear para o cargo. Acentuava ainda sustentar Zanobini ocorrer, para o classificado, um direito variadamente condicionado e outros juristas o qualificavam de "direito enfraquecido".

No exame da situação do classificado, entendia De Gennaro que a sua nomeação só se poderia afastar por motivos subjetivos e objetivos. Eis as suas próprias palavras:

"*La nomina al vincitore giusta la graduatoria non può essere rifiutata che per motivi subbiettivi ed obbiettivi: i primi inerenti al vincitore stesso: indegnità morale, incapacità fisica, incompatibilità; i secondi per giustificate ragioni di pubblico interesse; ed il rifiuto di nomina deve essere esplicitamente motivato. Perciò, bem fu avvertittio: il fatto che all'Amministrazione sia interdetto di non procedure alla nomina che è da escludere precisamente ogni idea di potere discrezionale. La norma dell'art. 98 del regolamento comunale e pronviciale 12 febbraio 1911, n.º 297, in cui è disposto che la Commissione forma la graduatoria ed il Consiglio nomina i designati, fu ritenuta coattiva e vincolante.*" (ob. e vol. cits., p. 123).

Assim se definia a doutrina em 1942.

Com o andar dos anos, o direito imperfeito se fortificou.

Ttestemunha-o a assertiva do autorizado Sandulli, na mais recente edição do seu *Manuale*:

"*I vincitori di consorsi non hanno un diritto suggettivo incondizionato a esser nominati. L'Amministrazione ha infatti il potere di non procedere alla nomina quante volte — per soppressione del posto o per altra legittima regione di pubblico interesse — sia venuta meno la necessità o la convenienza della copertura del posto messo a concorso. Di fronte a tale potere il diritto alla nomina affievolisce a interesse legittimo (n.º 36). Quando invece l'Amministrazione debba procedere alla copertura del posto, essa non po-*

*trebbe non far luogo alla nomina del vincitore: quindi è da considerare, sotto tale profilo, vincolata; e a tale vicolo corrisponde nel vincitore un diritto soggetivo pieno*" (p. 178).

Tal doutrina se acolheu entre nós pelo mais alto tribunal do país, condensando-a nas *Súmulas* n.os 15 e 16:

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

"Funcionário nomeado por concurso *tem direito à posse.*"

II

O rápido apanhado doutrinário serve para melhor elucidação da espécie.

Esta se expôs toda no informe do Exmo. Juiz Álvaro Lazzarini, por cópia às fls. 19-20:

Francisco Dualiby, classificado no concurso para oficial de justiça, logrou nomeação para o referido posto. Dirigiu-se à Corregedoria-Geral da Justiça para tomar posse. O MM. Juiz fez consulta à folha corrida concernente ao nomeado. Aí ele se figurava como inidiciado em três inquéritos, todos arquivados, sem qualquer procedimento de que resultasse a sua condenação. Diante de tais ocorrências, anotadas no prontuário, reputou o Exmo. Doutor Álvaro Lazzarini:

"... os antecedentes de Francisco Dualiby não o recomendam para o cargo de oficial de justiça, podendo-se dizer, até mesmo, que será temerário confiar-lhe as delicadas e árduas tarefas afetas aos oficiais de justiça, funcionários esses que, na maior parte das vezes, trabalham isoladamente, sem maiores possibilidades de controle por parte dos magistrados a cuja ordem estão."

Conclui o MM. Juiz Auxiliar por entender aconselhável negar-se a posse a Francisco Dualiby sob o motivo de "má conduta anterior" e sua "incompatibilidade moral para o exercício do cargo" para o qual acabara de ser nomeado.

O Exmo. Sr. Corregedor-Geral, na conformidade do citado parecer, recusou o ato de posse. Comunicado o fato ao Exmo. Sr. Governador, este tornou sem efeito o decreto nomeatório.

III

Pelos informes do MM. Juiz Auxiliar, às fls. 19 e seg., prestados não só quando da negativa da posse, como depois, quando o interessado pediu reconsideração, vê-se que houve apenas simples exame da folha corrida do nomeado, dispensando o estudo dos inquéritos e feitos aludidos no citado prontuário.

Sem dúvida, representa requisito para a posse gozar o nomeado boa conduta" (Lei estadual n.º 10.261, de 1968, art. 47, n.º V).

Mas se o classificado em concurso, quando o executivo pretende preencher a vaga, usufrui de um "direito subjetivo pleno" (Landulli); se há então uma "atividade coativa e vinculante, estranha a poder discricionário" (De Gennaro); a recusa de posse teria de se fundar em claros motivos legais subjetivos ou objetivos, com justificativa explícita da rejeição do nomeado.

Assim se tem entendido em França (cf. Plantey. *La Fonction Publique.* ed. de 1956, p. 247), autorizando-se o reexame e sindicância das razões de recusa apresentadas pelo executivo.

Na espécie, a recusa se fundou à vista apenas de ocorrências anotadas na folha corrida, sem um exame direto dos elementos recolhidos nos autos referidos no mencionado prontuário. E, pela folha corrida, não seria dado afirmar-se a ausência de "boa conduta", pois todos os inquéritos se arquivaram sem pronunciamento de qualquer culpabilidade do indiciado neles.

Negar-se assim, só pelo registro de

folha corrida todo negativo de veredi-tos condenatórios, seria erigir-se o simples indiciamento de inquérito em fato mais grave que a própria condenação criminal!

Realmente, pelo Código Penal da República, a incapacidade para concorrer a cargos públicos unicamente surge de condenações geralmente por tempo superior a dois anos (Código Penal, art. 69, parágrafo único, n.º I, letras *a* e *b*). E sempre teria caráter temporário. Aqui, entretanto, se elevaria o simples indiciamento em qualquer inquérito em incapacidade permanente para investidura em cargo público!

Eis porque entendi verificar-se violação a direito líquido e certo do impetrante. Daí haver votado pela concessão da segurança. *Lafayette Salles Júnior.*

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO DESEMBARGADOR MACEDO DE CAMPOS

(Mandado de segurança n.º 193.808 — São Paulo).

1. Francisco Dualiby impetrou mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Des. Corregedor-Geral da Justiça e do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Negócios da Justiça, alegando que o primeiro negou-lhe posse ao cargo de oficial de justiça, obtido mediante concurso e o segundo revogou o decreto de sua nomeação.

No dizer do impetrante foi-lhe negada a posse pelo Des. Corregedor-Geral da Justiça, face aos maus antecedentes que apresentava e nenhum direito de defesa lhe foi dado, não sendo seu pedido de reconsideração apreciado por aquele magistrado.

Afirma ainda, com base em vários acórdãos e *Súmula* n.º 16 do Supremo Tribunal Federal, que funcionário nomeado por concurso tem direito a posse.

Solicita, afinal, seja restabelecido seu direito líquido e certo, determinando-se o revigoramento da nomeação, para que possa tomar posse do cargo para o qual fora nomeado, retroagindo todos os efeitos dela decorrentes para a data em que a violência foi praticada.

Ofereceu documentos, foram prestadas informações pelo Sr. Des. Corregedor-Geral da Justiça e pelo Sr. Secretário da Justiça, o primeiro afirmando em síntese qua boa conduta, o bom procedimento e a idoneidade moral do empossado sofrem apreciação livre por parte da autoridade encarregada de dar posse. E o segundo, argüindo preliminar de ilegitimidade passiva, uma vez que o ato que tornou sem efeito a nomeação consubstanciou-se em decreto do Exmo. Sr. Governador do Estado.

Falou-se na possibilidade de já ter sido nomeada outra pessoa para o cargo.

No mérito e quanto ao fato, esclarece que o Sr. Governador atendeu solicitação do Sr. Corregedor-Geral. No que tange ao aspecto jurídico da revogação do ato nomeativo, discorre sobre sua legalidade.

Manifestou-se o Dr. Procurador da Justiça pela concessão da segurança.

Oferece o impetrante petição solicitando ao relator notificação do Exmo. Sr. Governador do Estado para integrar a lide e assim foi feito, sendo oferecida a informação de fls. 111-2. Nela, sinteticamente, esclarece o Senhor Governador que tornou sem efeito a nomeação do impetrante face a representação formulada pelo Sr. Secretário da Justiça e atendendo ao pedido formulado pela eg. Corregedoria-Geral da Justiça, única competente para entrar no mérito da questão.

Indo os autos com nova vista à Procuradoria-Geral da Justiça, outro ilustre procurador manifestou-se e desta vez pela denegação do mandado.

2 — A preliminar de ilegitimidade de parte ficou prejudicada face a notificação do Exmo. Sr. Governador do Estado, que integrou o feito.

A segunda preliminar, através da qual se aventa a possibilidade de já ter sido nomeada outra pessoa para o exercício do cargo, como bem afirmou o ilustre procurador que oficiou às fls. 65-6, é de ser rejeitada, pois nada consta dos autos sobre esse pseudo preenchimento, devendo-se presumir que ainda esteja vago.

3. No que concerne ao mérito, em que pese o entendimento da douta maioria, mantive meu voto de relator vencido pelos seguintes motivos: o Exmo. Sr. Governador do Estado, acolhendo as ponderações do Sr. Secretário da Justiça e frisando textualmente que "não tive dúvidas em tornar sem efeito a nomeação do impetrante, pois entendi que não me cabia entrar no mérito da questão, tendo em vista a competência da eg. Corregedoria-Geral da Justiça", lavou as mãos. Transferiu à eg. Corregedoria a responsabilidade pelo ato. Assim, em última análise, será objeto de exame e negativa deste eg. órgão em dar posse ao imtrante.

A negação da posse em si, a pessoa que não preencha os requisitos legais, não constitui, absolutamente, ilegalidade, como pretende o impetrante.

Fora de dúvida que o funcionário mesmo nomeado por concurso tem direito a posse, mas desde que satisfaça aos requisitos do art. 47 da Lei número 10.261, de 1968, na esfera estadual. Cumpria, no caso em tela, ao Sr. Corregedor-Geral da Justiça e ao digno Juiz Auxiliar da Corregedoria a verificação da existência daqueles requisitos na pessoa do nomeado.

Assim não se pretende subtrair a quem de direito o cumprimento daquelas obrigações que, se olvidadas, implicam, inclusive, em pena de responsabilidade.

Entretanto, *data maxima venia* do eminente corregedor, que é, sem favor algum, uma das maiores cabeças pensantes deste tribunal, da vida pregressa do impetrante não se pode extrair a conclusão de que tenha ele má conduta, mau procedimento e que lhe falte idoneidade moral para o exercício do cargo.

A informação fornecida pelo distinto juiz auxiliar ao ilustre corregedor aponta como aspectos negativos três fatos:

*a*) o primeiro praticado em 1955. Naquela oportunidade o impetrante seduziu uma moça e não foi condenado por ter com ela contraído casamento. E não se tratou de farsa levada a efeito unicamente para eximir-se de pena, pois, até hoje está casado (doc. de folhas 14);

*b*) o segundo refere-se a inquérito policial arquivado por ter o magistrado entendido que inexistia infração penal a punir. E o fato que deu causa ao inquérito foi o seguinte: um advogado obteve mandado de segurança para reaver mercadoria tida como objeto de contrabando e dirigiu-se em companhia de um enteado e três oficiais de justiça, inclusive o impetrnate, ao Posto Fiscal de Cotia, retirando-a. Posteriormente, houve cassação da segurança obtida e a mercadoria foi reapreendida, com exceção de uma caixa de madeira que o enteado do advogado acomodara em um automóvel.

Pelo serviço, os três oficiais de justiça receberam a quantia de ..... Cr$ 4.000,00, considerada razoável pelo promotor que pediu o arquivamento do inquérito e pelo juiz que o determinou;

*c*) o terceiro fato ocorreu em 1966. O impetrante comprou um liquidificador usado e arrolado como receptador, no inquérito, passou a testemunha do processo.

Como bem observou o digno procurador da justiça que oficiou a fls. 66, os três inquérito referem-se a fatos radicalmente diversos em sua tipicidade, não se podendo inferir tendência a determinado tipo de comportamento.

Não é pelo simples fato de ter sofrido um inquérito administrativo, policial ou mesmo um processo crime que

se possa, só por isso, afirmar em sã consciência que o indiciado, ou mesmo réu, apresenta má conduta, principalmente quando dos primeiros resulta arquivamento e do último absolvição.

A expressão "conduta", mormente quando precedida do atributivo "boa", nã ose refere a levar, conduzir, no sentido objetivo do termo, mas a comportamento, procedimento moral, forma de agir perante a sociedade, enquadramento dentro de senso ético mediano do meio social a que se pertence ou ao qual em razão de ofício se freqüenta.

Assim, tinha o impetrante direito líquido e certo à posse pretendida.

Não se veja agora qualquer contradição entre o que será afirmado e a concessão da segurança.

Muito embora entendendo que a medida deva ser concedida, cumpre deixar esclarecido que, sob o ponto de vista estritamente administrativo, o Sr. Des. Corregedor e o Sr. Governador do Estado agiram acertadamente. O primeiro, em razão de sua função notoriamente fiscalizadora e dentro da linha de austeridade que sempre pautou seus atos, nada mais fez do que agir com o necessário rigor. Este eg. colegiado, cuja função precípua é judicante, já poderá ver os fatos sob outro prisma.

Da mesma forma o Sr. Governador, atendendo, em última análise, a solicitação da eg. Corregedoria, agiu também dando prova inequívoca de respeito pelos princípios constitucionais atinentes à repartição de poderes.

Assim, muito embora não se possa classificar como violentos ou arbitrários os atos praticados pelas autoridades tidas como coatoras, de qualquer forma o impetrante teve violado seu direito líquido e certo à posse no cargo para o qual havia sido nomeado através de concurso.

Concedi, pois, pelo meu voto, a segurança, para que fosse restaurada a nomeação do impetrante, garantido-lhe o direito de posse. *Macedo de Campos.*" (fls. 121-38).

Inconformado, Francisco Dualiby interpôs o presente recurso com base nas letras *a, c* e *d*, do inc. III, do art. 119, da Lei Magna, sob alegação de ofensa ao disposto no art. 153, §§ 3.º e 15, do citado diploma, além de dissonância com as *Súmulas* n.os 16 e 15 e acórdãos do Supremo Tribunal Federal. Espera o provimento do apelo derradeiro e concessão do *writ*, conforme os votos vencidos (fls. 140-52).

Após a impugnação de fls. 154-5, foi o recurso admitido pelo despacho de fls. 159-61, tramitando regularmente (fls. 162-73, 176 e 177 e 179-81).

Nesta Corte a Procuradoria-Geral da República emitiu o seguinte parecer: "*Ementa.* Recurso extraordinário. Interpretação razoável. Não cabimento. *Súmula* n.º 400.

1. O ora recorrente Francisco Dualiby, aprovado em concurso para o provimento do cargo de oficial de justiça, foi nomeado mas teve sua posse obstada por ato do Exmo. Sr. Corregedor da Justiça, por não preenchidos os requisitos da "boa conduta" e "aptidão para o exercício do cargo", exigidos pela Lei estadual n.º 10.261, de 1968.

2. Inconformado, o concursado impetrou mandado de segurança, em que pretendeu a invalidação desse ato, reputado afrontoso a seu direito líquido e certo.

3. O eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo por maioria de votos, denegou a segurança (fls. 121-38), o que ensejou o presente recurso extraordinário, que foi manifestado com apoio nas letras *a, c* e *d* do permissivo constitucional.

4. Sustenta o recorrente que o acórdão recorrido, assim decidindo, teria violado dispositivos da Constituição Federal e, divergido de julgados de outros tribunais.

5. Entendemos, *data venia*, não assistir razão ao recorrente, não mere-

cendo reparos, assim, o aresto recorrido.

6. Como bem observa o julgado recorrido, a negação de posse fundamentou-se na inexistência de "boa conduta" e de falta de "aptidão para o exercício do cargo". A autoridade impugnada, para assim concluir levou em consideração que o impetrante fora indiciado em três inquéritos policiais. Os elementos probatórios colhidos nesses inquéritos, embora não configurando conduta penalmente típica, mostravam não atender o ora recorrente à exigência de boa conduta, máxime em se cuidando de candidato a cargo de oficial de justiça.

7. Se presente o motivo do ato, que não se desvia da finalidade da lei, com essa verificação se esgota a competência do judiciário.

8. Por ter o decisório recorrido dado uma adequada interpretação aos dispositivos legais aplicáveis à espécie, somos pelo não conhecimento ou não provimento do presente recurso extraordinário.

Brasília, 9 de dezembro de 1971. *A. G. Valim Teixeira*, Procurador da República.

Aprovo. *Oscar Corrêa Pina*, Procurador-Geral da República, substituto." (fls. 187-8).

VOTO

O *Sr. Ministro Djaci Falcão* (Relator): Segundo ficou esclarecido no respeitável aresto recorrido, a posse do suplicante no cargo de oficial de justiça foi obstada por não preencher os requisitos da "boa conduta" e "aptidão para o exercício do cargo" (artigo 47, V, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo). Vale lembrar que negada a posse, o governador do estado desfez o ato de nomeação. Cuida-se, até aí, de matéria de direito local insuscetível de reexame através de recurso extraordinário (*Súmula* n.º 282).

É verdade que o recorrente invoca o § 3.º, do art. 153, da Lei Magna, pela consideração de que tendo sido aprovado em concurso, faz *jus* à nomeação. Invoca, inclusive, a *Súmula* n.º 16, *verbis*:

"O funcionário nomeado por concurso tem direito à posse."

Na espécie não se patenteia ofensa a direito adquirido, eis que a apreciação do requisito da "boa conduta" para efeito da posse, não antecede à nomeação. Pelo contrário, sucede-lhe. Trata-se de ato administrativo complexo. Dessarte, não havia uma situação jurídica definitivamente constituída, insuscetível de ser revista pela administração. Desde que não nascera um direito subjetivo para o impetrante, uma vez que não se completara o procedimento administrativo, o ato da sua nomeação era passível de revogação. Por isso, não aproveita ao recorrente o socorro à *Súmula* n.º 16. E, muito menos, o verbete sob n.º 15, que se refere à inobservância do critério da classificação para a nomeação.

Alega também o recorrente infringência ao princípio do § 15, do citado art. 153. Acontece, no entanto, que o referido preceito cogita do princípio universal da ampla defesa na esfera penal. Portanto, sem aplicação na hipótese.

É bem verdade que compete ao poder judiciário o controle da legalidade dos atos administrativos, a fim de afastar os atos ilegais ou abusivos. No caso, não ficou demonstrado que atos impugnados são exorbitantes, fora do poder de agir outorgado pela lei ao administrador, a configurar, em última análise, ofensa ao princípio de legalidade, a merecer amparo pela via do mandado de segurança. É o que se deduz dos seguintes trechos do voto do eminente Desembargador Odyr Porto:

"O relatório de um dos inquéritos policiais em que foi o impetrante indiciado expõe que este, na qualidade de oficial de justiça, *ad hoc*, participou

de uma diligência para a liberação de parte de mercadoria tida como contrabandeada, em cumprimento a medida liminar. Essa liberação compreendia somente parte da mercadoria apreendida, parte essa que estava relacionada no mandado. No entanto, sem antes le ressa ordem judicial ao coletor, que detinha a guarda dos materiais e que fora procurado em sua residência, por se tratar da tarde de um sábado, o impetrante, enquanto se procedia à liberação determinada, permanecia, estranhamente, distante desse local, em um bar. Em virtude dessa sua omissão, um dos indiciados naquele inquérito, como contrabandista, tratou de se apoderar de uma parte das mesmas mercadorias, gratificando, depois, o impetrante com a importância de Cr$ 4.000,00.

Esses fatos não foram reputados penalmente típicos, aptos a ensejar processo criminal contra o impetrante. Poderiam, porém, à evidência, servir de fundamento à negativa de posse, aqui discutida, por falta de "boa conduta". Assim, interpretando esses fatos, a administração pública não se desviou da finalidade da lei." (folhas 127/8).

Finalmente, também não se caracteriza o dissenso de julgados. O primeiro acórdão citado não tratou da exigência legal de boa conduta, mas de omissão de assinatura no decreto de nomeação (ver *R T J* 36/35). O segundo, cogita de ato revocatório da nomeação, antes da posse, mas destituído de qualquer motivação (ver *R T J* 38/82). Não satisfazem, assim, o enumerado da *Súmula* n.º 291.

Não é demais acrescentar, além de tudo, que o mandado de segurança requer para a sua concessão a existência de fato certo, induvidoso, ao qual se aplique, de pronto, o direito que lhe seja adequado.

Ante o exposto e tendo em vista que o recurso se esteia também na alínea *c*, do inc. III, do art. 119, da Lei Maior, dele conheço, mas para lhe negar provimento.

EXTRATO DA ATA

RE n.º 73.296 — SP — Rel., Ministro Djaci Falcão. Recte., Francisco Dualiby (Adv., Carlos Oswaldo Amaral). Recdo., Estado de São Paulo (Adv., Amilton Alves Costa).

Decisão: Conhecido mas não provido. Unânime.

Presidência do Sr. Ministro Luiz Gallotti. Presentes à sessão os Senhores Ministros Oswaldo Trigueiro, Djaci Falcão, Barros Monteiro, Amaral Santos e o Dr. Oscar Corrêa Pina, Procurador-Geral da República, substituto.