FUNCIONÁRIO PÚBLICO — NOMEAÇÃO — ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO EM CONCURSO

— O preceito de que a nomeação deve obedecer à ordem de classificação é de direito positivo.

— A justificativa da exigência, para a nomeação, de informação favorável dos órgãos de segurança, não consta de lei.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

João Ricardo Goyos Sicoli *versus* Governador do Estado e Secretário da Educação
Mandado de Segurança nº 231 405 — Relator: Sr. Desembargador
GERALDO ROBERTO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança nº 231.405, da comarca de São Paulo, em que é impetrante João Ricardo Goyos Sicoli, sendo impetrados o Governador do Estado e o Secretário da Educação: Acordam, em sessão plenária do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, conceder a segurança.

1. João Ricardo Goyos Sicoli impetra segurança contra o Governador do Estado e secretário da Educação.

Alega o impetrante que foi aprovado em 727º lugar no concurso de ingresso ao cargo de Diretor de Estabelecimento de Ensino de 1º e 2º graus, tendo escolhido a vaga do Grupo Escolar de Santa Rita d'Oeste (fls.). Não foi, porém, nomeado, apesar de o DOE de 15.8.1973 ter publicado decreto de nomeação de outros concorrentes que obtiveram classificação inferior, como é o caso de Helena Chaddad Nasser, classificada em 823º lugar (fls.).

Tendo procurado saber os motivos dessa preterição, o impetrante só ouviu desculpas infundadas, posto que o art. 20 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis e o art. 92, nº II, da Constituição do Estado determinam que a nomeação obedeça à ordem de classificação. Demais, o impetrante já é professor efetivo de Ciências Físicas e Biológicas, por concurso, e exerce presentemente as funções de Assistente de Diretor em estabelecimento do Estado; está, portanto, no gozo dos seus direitos políticos, conforme comprovam os atestados anexos. E, como preencheu todos os requisitos para a investidura no cargo, está sendo prejudicado pela nomeação dos outros concorrentes, quer do ponto de vista econômico, quer do ponto de vista do tempo de serviço e conseqüentes remoções e promoções, tanto que está para realizar-se concurso de remoção, que perderá, se a medida liminar não lhe for concedida.

Concluiu o impetrante pedindo: 1º) sua nomeação desde 15.8.1973, assegurados desde essa data seus vencimentos de Diretor; 2º) sua inscrição no concurso de remoção com as mesmas vantagens dos candidatos nomeados em 15.8.1973, e 3º) a condenação dos impetrados nas custas e demais despesas processuais.

O Des. Relator então processante preferiu relegar para depois das informações o exame do pedido de medida liminar (fls.)

A fls. o Secretário da Educação informou que o impetrante carece da seguran-

ça, porque a suposta violação de direito decorreria do retardamento da nomeação do impetrante, mas tal retardamento é justificado porque os candidatos estão sujeitos a uma triagem por parte dos órgãos da Segurança Nacional e só podem ser nomeados depois de por eles liberados. Por isso o impetrante ainda não foi nomeado, o que não quer dizer que não o venha a ser, quando houver a liberação. A autoridade impetrada, ressaltando que não pode descumprir as determinações da Segurança Nacional sob pena de responsabilidade, argumenta, ainda, que o cargo que o impetrante irá preencher é de importância transcendente, porque é exercido junto a uma comunidade de professores, alunos e familiares, e assim não está causando nenhum abuso, nem desrespeitando direito do impetrante.

O Governador do Estado tornou suas as informações do seu Secretário (fls.).

O Dr. Procurador da Justiça opinou no sentido da concessão da ordem.

Na trilha do despacho de fls., este Relator concedeu a liminar.

2. O E. Tribunal já teve oportunidade de decidir casos iguais a este e, coincidentemente, no mesmo dia 15.8.1973, concedia o primeiro mandado, por 24 a 9 votos (mandado de segurança nº 223 817, cujo acórdão está copiado a fls.). Na última sessão plenária ainda concedeu mais dois mandados, contra apenas três votos (mandados de segurança números 231 498 e 231 500).

Outro não deve ser o desfecho do presente caso.

O preceito de que a nomeação deve obedecer à ordem de classificação é do direito positivo. Está no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1 711, de 28.10.1952, art. 13); o Ato Complementar nº 28, de 13.12.1966, fazendo depender de concurso a primeira investidura nos cargos públicos de carreira, estende aquele preceito aos estados e aos municípios (art. 7º). O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo inseriu em seu art. 20 igual norma (Lei nº 10 261, de 28.10.1968), repetindo o que dizia o art. 71 — a da antiga Consolidação (Decreto nº 41 981, de 3.6.1963). E a norma é até mesmo da Constituição (art. 92, nº II, da Emenda Constitucional nº 2, de 30.10.1969, que deu nova redação à Constituição do Estado de 1967).

Na aplicação desse preceito a jurisprudência, já cristalizou, na Súmula nº 15 do STF, o entendimento de que, "dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação".

Neste caso, não se discute que o prazo de validade do concurso ainda não expirou. Saltando o 727º classificado, para já nomear a 823º classificada, a Administração deixou de cumprir, sem dúvida nenhuma, aquele preceito legal, ensejando ao preterido vir pedir a reparação, por via do remédio heróico, da lesão do seu indiscutível direito de ser aproveitado no mínimo ao mesmo tempo que os concorrentes classificados abaixo dele.

3. É verdade que, a despeito da clara e categórica expressão da Súmula — "direito à nomeação" — o Pretório ainda vê, às vezes, mera expectativa de direito em casos semelhantes, admitindo, então, que o candidato apenas impeça a nomeação do concorrente abaixo classificado. Na presente hipótese, como a nomeação dos outros candidatos está sendo feita para outras vagas, que não a escolhida pelo impetrante, este não teria nem mesmo o poder de impedir a nomeação dos demais concorrentes (que, aliás, não é o que a impetração está pretendendo).

Contudo, não será certo supor que, na espécie, se esteja diante, apenas, de mera

expectativa de direito. Desde que outros concorrentes, inferiormente classificados, foram nomeados — mesmo que para outros cargos que não o escolhido pelo impetrante — criou-se o direito subjetivo deste à nomeação, por força de já se terem verificado os fatos e atos todos, necessários, segundo a lei, para a formação de uma relação jurídica perfeita e acabada. Está ultrapassada a fase de simples esperança do nascimento do direito, que é aquela fase em que ainda não se verificaram todos os elementos indispensáveis para a aquisição de um direito. Os autos revelam que não falta um elemento sequer.

É sabido que as nomeações por concurso fazem parte de um mecanismo em que deve predominar a igualdade de oportunidades e de tratamento para todos os concorrentes. Como ponto final e coroamento dos concursos, as nomeações devem ser norteadas pelo mesmo rigor de igualdade e imparcialidade, que constitui o apanágio do método adotado pela Administração para a escolha de seus funcionários e para obtenção, com moralidade e eficiência, do aperfeiçoamento do serviço público (cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 2. ed., p. 364). Obviamente, dentro desse mecanismo, o direito de todos os candidatos deve refletir-se pelo mesmo espelho. As diferenças captadas devem derivar das qualidades pessoais inerentes a cada concorrente, e não de distorções próprias do padrão aferidor ou das oportunidades e tratamento dispensados.

Ora, isso não estaria acontecendo, se a Administração pudesse nomear impunemente Helena, preterindo a João Ricardo: tendo este provado superioridade no concurso, não pode ficar inferiorizado no momento da nomeação. Para que isso não ocorra, João Ricardo deve ser nomeado no mínimo ao mesmo tempo que Helena. Assim que Helena e outros concorrentes abaixo classificados foram nomeados, o último e necessário elemento, para a transformação de uma simples esperança em completo direito, surgiu. E o impetrante devia estar saindo no mínimo junto com aqueles outros nomeados, na corrida ou carreira do serviço público.

É ilusório imaginar que o direito do impetrante não está afetado, por continuar vago o cargo de Diretor do Grupo Escolar Santa Rita d'Oeste, aparentemente à espera da liberação, pelos órgãos da Segurança Nacional, do candidato que escolheu aquela vaga. Em matéria de concurso, há uma "corrida com", conforme a etimologia. E a meta não é a classificação em si, mas a nomeação de acordo com a classificação. Nomeação na ordem da classificação, e ordem também cronológica. Isso porque a corrida prossegue em segunda etapa, que é a carreira. Nem por outra razão a lei terá escolhido termo que igualmente se prende a corrida e a curso. Por isso, a nomeação na ordem de classificação, rigorosamente cronológica também, é a única forma de não desequilibrar o resultado do concurso. Nos concursos e na primeira investidura o direito dos concorrentes tem um valor que deve ser aquilatado em conjunto, para se chegar a um resultado pleno de igualdade e imparcialidade na aferição das desigualdades de cada um. Ora, de que adiantaria conservar vaga a vaga escolhida pelo impetrante, se lhe foi barrada a corrida? Apesar de mais bem classificado, já está inferiorizado por não receber vencimentos de Diretor, e por não concorrer a promoções e remoções, enquanto candidatos menos bem classificados já usufruem desses valores e vantagens.

4. Mas as autoridades impetradas se justificam, com atribuir a preterição do impetrante à falta de sua liberação por parte dos órgãos da Segurança Nacional.

A justificativa seria válida, se tal liberação fosse exigência da lei. As autoridades impetradas, porém, não lograram dar outro fundamento legal senão o da vigência do Ato Institucional nº 5, de 13.12.1968, e dos Atos posteriores baixados (art. 182 da Constituição da República, Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969).

Contudo, o Ato Institucional nº 5 cuida da demissão, da remoção, da aposentadoria ou disponibilidade decretadas pelo Presidente da República; não fala nada de triagem prévia às nomeações. Os atos posteriores quando cuidaram de nomeações, também nada dispuseram sobre prévia liberação dos candidatos por parte dos órgãos da Segurança Nacional (*verbi gratia* Atos complementares nºs 41 e 52). É mesmo significativo que lei específica da nomeação dos juízes federais determine apenas sindicância pelo próprio Conselho da Justiça Federal, sem nada impor relativamente aos órgãos da Segurança Nacional, apesar da imensurável importância dessa função do ponto de vista da Segurança Nacional (v. Lei nº 5 677, de 19.7.1971).

Resulta, pois, que o legislador se reservou o direito da demissão posterior. As autoridades estaduais, sem fundamento legal para exigir a liberação anterior à nomeação, têm de cumprir o preceito legal da nomeação na ordem de classificação.

As autoridades impetradas não podem sequer tomar a iniciativa de consulta aos órgãos da Segurança Nacional, já que a lei não as obriga a tal. Mas, se por dedicada cautela tenha deliberado nomear só depois da resposta dos órgãos da Segurança Nacional, ainda assim haveriam de revelar abertamente qual o sistema adotado para tal consulta. Mantendo oculto esse sistema, como se infere das suas críticas informações, os impetrados não permitem ao Judiciário averiguar se não está sendo quebrado aquele princípio de igualdade e imparcialidade que deve presidir ao concurso e primeira investidura.

E já que não permitem ao menos esse exame, o que sobeja nesses autos é o direito do impetrante, como pleiteado, máxime quando o interesse pela liberação se apresenta mais teórico do que real, uma vez que os informantes não chegam em nenhum momento a insinuar que suspeitam de algo, no impetrante, que poderá levar o Presidente da República a utilizar proximamente o Ato Institucional nº 5.

Ao contrário, o impetrante já é professor efetivo de Ciências Físicas e Biológicas, desde 1970, e vem exercendo o cargo de assistente da Diretoria desde o começo de 1973, no Ginásio Estadual Prof. Antônio de Barros Serra, em São José do Rio Preto. Ora, já houve tempo bastante para saber-se de quem se trata. Ou para o cargo de professor não se exigiu a liberação? Em termos de transcendência para a Segurança Nacional, ser professor nunca seria menos importante que ser diretor. Se este se comunica com professores, pais e alunos, aquele quanta vez plasma caracteres e personalidades, a meio das ciências e artes que ensina?

Mas, ainda que fosse mais importante ser diretor, a verdade é que há um ano o impetrante exerce a função de assistente da direção do Ginásio. E conforme o despacho xerocopiado a fls. é ele o responsável por todo o expediente da direção no período em que presta serviço de direção. Inexplicável, então, o temor dos impetrados de entregar desde logo a direção de um grupo escolar a quem já tem a direção de um ginásio.

5. Em conclusão, a omissão das autoridades impetradas violentou, sem dúvida nenhuma, o direito do impetrante na ordem da classificação. E não se justifica de modo nenhum a alegada momentânea preterição.

Isto posto e considerando o mais dos autos, decide a maioria conceder a ordem para os fins pleiteados, condenados os impetrados no reembolso das custas e despesas processuais. Sem honorária advocatícia, na forma da Súmula nº 512 do STF.

São Paulo, 20 de fevereiro de 1974. Ferreira de Oliveira, pres. Geraldo Roberto, relator. Dimas de Almeida, vencido, com a seguinte declaração de voto:

1. A douta maioria concedeu a segurança, por dois motivos ou fundamentos: o ato do Governador, ainda que omissivo, importava em vulneração da Súmula nº 15, a Constituição Federal, o Ato Institucional nº 5, ou o Ato Complementar nº 39, de 1968, não prevêem a vinculação da investidura de quem foi aprovado em concurso, à posterior aprovação pelos órgãos de Segurança Nacional.

2. Divergi dos dois fundamentos, porque: a) quanto ao descumprimento da Súmula nº 15, não foi ela atingida com o retardo na nomeação do impetrante.

O que constitui Súmula é a decisão de que, dentro do prazo de validade do concurso, tem direito a nomeação o candidadto aprovado, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

Ora, o impetrante continua a ter a simples expectativa que a douta maioria reconhece, em tese, existir; e isso porque nenhum outro candidato foi provido no lugar escolhido pelo impetrante, à vista da sua classificação em concurso. O que ocorreu foi a sustação da nomeação do impetrante para o lugar escolhido, em face das restrições oriundas da apreciação de sua conduta, pelos órgãos de Segurança Nacional.

No cargo escolhido pelo impetrante, não foi provida outra pessoa. Continua o cargo aguardando a possibilidade de nomeação do impetrante. Por conseguinte a Súmula nº 15 restou intocada.

b) O art. 182 da vigente Constituição Federal manteve a excepcionalidade do Ato Institucional nº 5, de 13.12.1968; e esse Ato prevê, no seu art. 4º, a possibilidade de suspensão dos direitos políticos de qualquer cidadão, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, que é órgão constitucional (art. 87). Tem o Conselho de Segurança Nacional, por sua vez, como órgão informativo, o Serviço Nacional de Informações (SNI), criado pela Lei nº 4 341, de 13.6.1964, cujas funções (arts. 2º, 3º e 4º) é operar em proveito do Conselho de Segurança Nacional, coletando todas as informações relacionadas com a segurança nacional, para isso entrando em ligação ou entendimentos com os Governos dos Estados.

O argumento de que o Ato Institucional nº 5, de 1968, não prevê a prévia aprovação de qualquer candidato a cargo público, pelos órgãos de Segurança Nacional, porque somente prevê a remoção, a aposentadoria, a disponibilidade e a demissão, importa na afirmativa de que, aquele que pode o mais — demitir, não pode o menos — fiscalizar a admissão.

O que o art. 97 da Constituição Federal vigente assegura, a par da excepcionalidade do Ato Institucional nº 5, de 1968, é acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei; e dentre estes, é óbvio, se situam aqueles relativos às condições de subversivos ou corruptos.

Aliás, em hipótese assemelhada, em que a Corregedoria Geral da Justiça deste Tribunal exigiu de candidato concursado ao exercício do cargo de Oficial de Justiça prova prévia de boa conduta para entrar em exercício do cargo, o STF, no recurso extraordinário nº 73.296, deste Estado, decidiu que tal exigência não vulnera a Súmula nº 15, nem ao art. 153, §§ 3º e 15, da Constituição Federal; e manteve a decisão deste Tribunal, in *Revista de Juris-*

prudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17/300.

Da mesma forma, ilegalidade alguma ocorre na sustação da nomeação para o cargo escolhido, e que permanece vago, a aguardar que o interessado seja considerado nas condições previstas pela Segurança Nacional para o exercício do mesmo cargo.

Por derradeiro, o retardo na nomeação do impetrante, a permitir que outros também classificados e já nomeados se antecipem em percepção de melhores vencimentos e contagem de tempo, não importa em violação ao seu direito à nomeação pelo preenchimento do cargo que escolheu. Poderá consistir em prejuízo patrimonial, perfeitamente ressarcível pela via adequada, verificando-se, a final, a inexistência de impossibilidade para a nomeação.

Em tais condições, o ato do Governador, encampando os motivos pelos quais a Secretaria da Educação não relacionou o impetrante dentre os que podiam ser nomeados, nada tem de ilegal; nem ofendeu a Súmula nº 15 por que, repita-se, não preteriu ao impetrante, a outrem nomeado para o lugar que escolheu, em virtude de sua aprovação, em concurso.

O que a referida Súmula consigna é o direito à nomeação para o preenchimento do cargo; não o direito à nomeação apenas em decorrência de aprovação no concurso — Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Des. Euler Bueno, Lafayette Salles Júnior, Barbosa Pereira, Pacheco de Mattos, Mendes França, Carmo Pinto, Andrade Junqueira, Hoeppner Dutra, Carvalho Filho, Costa Leite, Henrique Machado, Gonzaga Júnior, Bonfim Pontes, Campos Gouvêa, Coelho de Paula, Garrigós Vinhaes, Costa Mendes, Moretzsohn de Castro, Bueno Magano, Nigro Conceição, Márcio Bonilha, Sydney Sanches, Mendes Pereira e Lothário Octaviano e, com votos vencidos, os Des. Dantas de Freitas, Sousa Lima e Mello Almada.