PERÍODO ELEITORAL — NOMEAÇÃO — ATO NULO

— Tribunal de Contas Estadual. Nomeação de Auditores: anulação do ato, por violação ao art. 9.º da Lei federal n.º 6.978/82.

— Dispondo expressamente a Lei federal n.º 6.978/82 que seriam nulos os atos nomeativos expedidos no período compreendido entre 90 dias antes e depois das eleições, não há que criticar-se em os atos de nomeação de Auditores do Tribunal de Contas de Sergipe terem sido anulados, pois que expedidos em tal período.

— Incabível sustentar-se a impossibilidade da anulação sob o fundamento de gozarem os nomeados do direito à vitaliciedade, em função do cargo, pois se a nomeação é nula, dela nenhum direito poderá decorrer.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso Extraordinário nº 104.477

Recorrentes: Gazi Mahomed Esgaib e outros

Recorridos: Estado de Mato Grosso do Sul e Presidente do Tribunal de Contas do Estado

Relator: Sr. Ministro ALDIR PASSARINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso.

Brasília, 18 de junho de 1985. *Djaci Falcão*, Presidente. *Aldir Passarinho*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho (Relator): Trata-se de recurso extraordinário interposto por Gazi Mahomed Esgaib, Gerson da Silva Alves e Paulo de Almeida Fagundes, que se mostram inconformados com o v. acórdão do C. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul que denegou o Mandado de Segurança por eles impetrado e com o qual procuraram anular o Decreto estadual nº 2.085/83 que tornou sem efeito os decretos anteriores pelos quais haviam sido nomeados auditores do Tribunal de Contas daquele mesmo estado.

Ao apelo derradeiro foi negado processamento pelo ilustre Desembargador Presidente do C. Tribunal de Justiça do Estado de

Mato Grosso do Sul, mas os recorrentes agravaram de instrumento para esta Corte, tendo eu lhe negado seguimento em despacho no qual após rápido histórico dos fatos e das razões do recurso, expendi os motivos pelos quais entendia não ser viável o extraordinário. Assim expus os fatos (fls. 243):

"Os ora agravantes foram nomeados para o cargo de Auditor do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, em 17.8.82, pelo então governador. No dia 28.3.83 o novo governador, por decreto, anulou as nomeações por terem sido os atos baixados com violação ao disposto no art. 9º da Lei federal nº 6.978/82, que dispunha serem nulos aqueles efetuados no período compreendido entre 90 dias antes e depois das eleições.

Tendo os interessados impetrado Mandado de Segurança perante o C. Tribunal de Justiça do estado, apontando como autoridades coatoras o ilustre governador daquela Unidade da Federação e o Presidente do Tribunal de Contas estadual, foi-lhe denegado o *writ*, na conformidade das razões espelhadas na ementa do respectivo acórdão: (fls. 161)

'Mandado de Segurança. Demissão de auditores do Tribunal de Contas com fundamento na Lei nº 6.978/82. Falta de apreciação prévia do órgão legislativo. Ilegalidade inexistente. Poder da administração de anular seus próprios atos eivados de vícios. Segurança denegada. A nomeação de auditores do Tribunal de Contas sem prévia apreciação do órgão legislativo, nos termos da Lei nº 6.978/82, é ilegal e pode ser tornada sem efeito pela administração, que pode anular seus próprios atos, eivados de vícios, porque deles não se originam direitos.'

Inconformados, recorreram os impetrantes para esta Corte, com embasamento nas letras *a* e *c* da Constituição Federal, argüindo, também, relevância da questão federal. Esta não foi conhecida.

Alegam os impetrantes, ora recorrentes, que as nomeações não poderiam ter sido anuladas, porquanto, assim fazendo, contrariou o ato o art. 105, I, da Constituição Federal, que assegura a vitaliciedade, já que haviam sido nomeados de acordo com a Lei Complementar nº 1, com a redação da Lei Complementar, ambas do estado, nº 9/82, e combinada com o art. 22, I, *e* da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Esquecera-se o C. Tribunal *a quo* que as nomeações se haviam dado com apoio também na forma excepcional prevista no § 1º, parte final, do art. 97, c/c o § 1º do art. 13 e com o art. 108, todos da Carta Magna.

Outrossim, o acórdão impugnado convalescera ato do governo do estado que, entretanto, era nulo, sendo contestado em face da Constituição Federal, pelo que, nesse ponto, o extraordinário tinha base no art. 119, III, *c*, da Carta Magna. É que se aplicava aos impetrantes a proibição constante do art. 9º da Lei federal nº 6.978/82, de vez que o Tribunal de Contas não era órgão do Poder Executivo, em decorrência do art. 70, § 1º da Constituição Federal.

Tendo sido negado seguimento ao extraordinário, agravam os impetrantes. Alegam que são auditores vitalícios nomeados e empossados e, portanto, possuem as garantias constitucionais previstas nos incisos I, II e III do art. 113 da Constituição Federal, os quais foram assim vulnerados pelo acórdão, como o foi o art. 105, I, da Constituição, pois a demissão só pode ocorrer em virtude de sentença judicial. Insistem em que o Tribunal de Contas não é órgão do Executivo, conforme resulta do art. 70, § 1º da CF, e, assim, não se encontra sujeita às restrições do art. 9º da Lei nº 6.978/82."

Interpuseram, então, os impetrantes, mais uma vez inconformados, agravo regimental, propugnando a subida do extraordinário, o que vim a admitir, para exame amplo do apelo excepcional, na Turma, em face das razões postas no agravo.

Ouvida, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral da República pelo não conhecimento do recurso.

As partes distribuíram memoriais, debatendo em profundidade a matéria em exame.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho (Relator): Ao despachar o agravo de instrumento, expendi a seguinte ordem de considerações, para dar sustentação ao não seguimento do recurso:

"Não têm razão, porém, os impetrantes, como exaustivamente o demonstraram o v. acórdão impugnado, o despacho denegatório do seguimento do apelo derradeiro e, por fim, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, que foi ouvida sobre o tema.

Os auditores dos Tribunais de Contas não são magistrados e nem a eles se equiparam. Não paga a pena discutir-se, na oportunidade, a matéria constitucional posta em debate no extraordinário, pois como anotou o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, não foi ela objeto de exame quando do julgamento do *writ*, no Tribunal de Justiça e nem, para vê-la ventilada, foram opostos embargos de declaração. É certo mesmo que o v. aresto atacado deixou expressamente consignado que ficara afastado o tema constitucional dos debates, não havendo necessidade, inclusive, de discutir-se sobre poderem ou não os auditores do Tribunal de Contas de Mato Grosso ser demitidos sem sentença judicial.

É que não se trata aqui de saber-se da garantia que possuem os auditores, se efetivos ou vitalícios, pois o certo é que não se cuida, na hipótese, de demissão, mas de anulação do ato nomeativo, por vício substancial. Na verdade, a norma proibitiva do art. 9º da Lei nº 6.978/82, de serem efetuadas nomeações no período de 90 dias antes e depois das eleições abre exceções, encontrando-se entre elas a do seu art. 9º, § 1º, inc. III, que expressamente dispõe:

'§ 1º — Excetuam-se do disposto neste artigo:

(...)

III — nomeação para cargos em comissão, e da magistratura, do Ministério Público e, com a aprovação do respectivo órgão legislativo, dos Tribunais de Contas.'

Ora, em face do expresso texto legal se tem que a exceção em relação aos Tribunais de Contas, só se dá se houver a aprovação da nomeação pelo respectivo órgão legislativo. Inexistindo esta, a norma legal restritiva abrange as nomeações para aquele Colegiado, não havendo porque sequer indagar-se em qual órbita das esferas do Poder ele se encontra situado.

A hipótese é típica da aplicação das Súmulas n.os 346 e 473-STF. Se o ato é nulo, dele não surgem direitos e, por isso mesmo, é que não importa sequer examinar-se qual a natureza da garantia do vínculo do auditor com o estado.

Pelo exposto, nego seguimento ao extraordinário, com o que, em conseqüência, mantenho o r. despacho agravado."

Vindo os autos do recurso extraordinário e, assim, com todos os elementos à mão, reexaminei a lúcida argumentação de ambas as partes em litígio, mas não encontrei razões que dessem melhor amparo à pretensão.

Dizem o art. 9º e seu § 1º, inciso III, *in verbis:*

"Art. 9º São vedados e considerados nulos de pleno direito, não gerando obrigações de espécie alguma para a pessoa jurídica interessada, nem nenhum direito para o beneficiário, os atos que, no período compreendido entre os 90 dias anteriores à data das eleições de 15 de novembro, e o término do

mandato do governador do estado, importem em nomear, contratar, designar, readaptar funcionário ou proceder a quaisquer outras formas de provimento no quadro da administração direta e das autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista dos estados e municípios.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo:

(...)

III — nomeação para cargos em comissão, e da Magistratura, do Ministério Público, e, com aprovação do respectivo órgão legislativo, dos Tribunais de Contas."

Sustentam, contudo, os recorrentes que o art. 9º da Lei federal nº 6.978, de 1982 não lhes diz respeito, pois apenas se refere aos quadros da administração direta e indireta do Poder Executivo, ao qual não pertence o Tribunal de Contas, que é órgão auxiliar do Poder Legislativo. Ademais, são os auditores nomeados com a garantia da vitaliciedade, por força da Lei Complementar estadual nº 1, alterada pela de nº 9, de 1982, e em face do art. 22, I, letra *e*, da Loman, e dos arts. 105, I, e 113, I, II e III, da Constituição, não poderiam ter sido demitidos, a não ser através de sentença judicial. E no bem lançado memorial, passaram, ainda, os impetrantes, ora recorrentes, a sustentar que, ademais, à regra geral à proibição de nomeações prevista no *caput* do art. 9º, da Lei nº 6.978/82 foram estabelecidas as exceções de que cuida o § 1º daquele mesmo artigo, inciso III, e que abrange as nomeações para cargos dos Tribunais de Contas, não havendo como exigir-se a aprovação do respectivo órgão legislativo, segundo exigência do mesmo inciso III.

Insisto na impossibilidade de conhecer-se do extraordinário.

Os cargos de auditor do Tribunal de Contas não se identificam com os de membros de tais tribunais, ou com membros da magistratura, a eles não dizendo respeito, portanto, os dispositivos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional que só se referem ao Poder Judiciário, cujos órgãos se encontram devidamente relacionados no seu art. 1º, incisos I a VIII, em consonância, aliás, com o disposto no art. 112, incisos I a VIII, da Constituição Federal. E a garantia de vitaliciedade prevista na Lei Maior, com referência ao Tribunal de Contas da União, é para os seus Ministros, segundo o § 3º do art. 72, e, conseqüentemente, para os conselhos dos Tribunais de Contas dos estados.

Discutiu o estado longamente a impossibilidade de serem os auditores do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul considerados como possuidores de estabilidade, não só por irregularidade na tramitação processual da Lei Complementar nº 9, que aquela garantia lhes conferiu, como até porque, de qualquer sorte, seria o dispositivo inconstitucional também por não poder lei estadual conferi-la fora das hipóteses da Constituição Federal.

Entretanto, no caso, e como acentuado no despacho que exarei nos autos de agravo de instrumento, não haveria que cogitar-se de direitos concernentes à vitaliciedade se o ato nomeativo foi considerado nulo, na conformidade do disposto no art. 9º, da Lei nº 6.978/82.

Examinando-se a Lei nº 6.978/82, e seu art. 9º, há de considerar-se como abrangendo suas normas proibitivas a nomeação de auditores para os Tribunais de Contas. A meu ver, o *caput* do seu art. 9º não se refere apenas ao Poder Executivo, pois se assim fosse não só não teria sentido, em face dos seus objetivos tal restrição, mas é de ver que ao estabelecer a regra de exceção do inciso III do mesmo art. 9º, quis sem dúvida deixar expresso que tudo o mais se encontrava abrangido pela regra geral. E, a meu ver, ao referir-se o inciso III a cargos dos Tribunais de Contas, pretendeu apenas referir-se aos seus membros, exata-

mente pela similaridade de suas garantias com a dos membros da Magistratura.

De qualquer sorte, ainda que assim não fosse, a nomeação só poderia dar-se após aprovação do órgão legislativo respectivo, e tal não ocorreu.

Não cabe alegar a inexistência de lei disciplinando a matéria, no particular, pois inexistindo ela o que não poderia era, então, haver nomeação, sob pena de a norma federal ficar desatendida pelo estado que, simplesmente, desejando a ela não se submeter, deixar de promover sua elaboração.

Não é demais acrescentar, ao final, apenas como observação, que os impetrantes não teriam mesmo direito aos cargos de auditor, pois já tem este tribunal decidido, em mais de uma oportunidade, que seu preenchimento depende de prévia habilitação em concurso, sendo inconstitucional norma legal que exclua tal exigência. A respeito, e como exemplo, o decidido pelo plenário desta Corte na Representação nº 1.107-SE, relator o Sr. Ministro Moreira Alves, quando foi examinada precisamente questão referente à nomeação de auditores do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

É o meu voto.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra: Sr. Presidente, também estou de acordo com o Sr. Ministro relator.

Os recorrentes só na aparência eram auditores; não haviam feito concurso e foram nomeados no interregno legalmente proibitivo. Seria o mesmo que um Presidente da República nomeasse um Ministro, diretamente, para o Supremo Tribunal Federal, e este tomasse posse sem ter sido o seu nome aprovado pelo Senado Federal. Ele seria um ministro na aparência, e o outro presidente poderia desfazer o ato. Ele não tinha garantia nenhuma, porque não foi nomeado legalmente.

Foi o que aconteceu no caso. Os recorrentes não fizeram concurso e foram nomeados pelo Executivo.

É um argumento, para mim, importante, e o fato de terem sido nomeados no interregno proibido, torna nulo o ato, e o ato nulo não produz efeito e, logo, daí não poderia decorrer a vitaliciedade e as outras garantias.

Não conheço, preliminarmente, do recurso.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Presidente): Também acompanho o eminente relator, não conhecendo do recurso, à vista de que os recorrentes foram providos, no quadro da administração, no período de 90 dias previsto no art. 9º, *caput*, da Lei Eleitoral.

Sendo assim, não há que falar em afronta ao direito positivo federal, especialmente a esta regra de direito eleitoral.

EXTRATO DA ATA

RE nº 104.477-2-MS — Rel.: Ministro Aldir Passarinho. Rectes.: Gazi Mahomed Esgaib e outros (Advs.: Claudionor Miguel Abss Duarte, Getúlio de Barros Barreto e outros). Recdos.: Estado do Mato Grosso do Sul (Advs.: Joilce de Araujo, Ruy Carlos de Barros Monteiro e outros). Presidente do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul. (Adv.: José Aêdo Camilo).

Decisão: não conhecido. Unânime. Falou pelo Recte.: Dr. Getúlio de Barros Barreto. Segunda Turma, 18.6.85.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes à sessão os Srs. Ministros Cordeiro Guerra, Decio Miranda, Aldir Passarinho e Francisco Rezek.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mauro Leite Soares.