MAGISTRADO — CONCURSO — ANISTIA

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria-Geral da República
Parecer nº S-012, de 12 de fevereiro de 1986. — "Aprovo. Em 12.2.86."

Consulta: 36/C/85.

Referência: PR nº 00001.002913/85-31.

Assunto: nomeação de candidatos aprovados em concurso para juiz substituto do trabalho, em cumprimento de decisão judicial.

Ementa: candidatos aprovados em concurso para juiz substituto do trabalho, preteridos na nomeação, tiveram reconhecido o direito a ela, por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Nomeação não efetivada, dada a suspensão dos direitos políticos.

Decurso do prazo da "punição revolucionária", seguida de anistia.

Eficácia do concurso a que se submeteram. Não incidência, no caso, da norma exarada no § 3º do art. 97, da Carta Federal.

O direito à nomeação é adminicular e instrumental; deve ser completado pela posse e entrada em exercício; com a entrada em exercício o nomeado e empossado adquire a condição de servidor público.

Vantagens pleiteadas e indeferidas. Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A nomeação produz efeitos *ex-nunc*.

Nomeações a serem feitas em obediência à ordem de classificação e verificada a existência de vagas.

PARECER Nº S-012

Os fatos

1. Carlos Renan Kurtz e Olga Cavalheiro Araújo prestaram concurso para o cargo de juiz do trabalho substituto da 4ª Região da Justiça do Trabalho (RS); foram aprovados, em décimo-sexto e décimo-oitavo lugares; o concurso foi homologado; preteridos na nomeação, impetraram mandado de segurança ao Supremo Tribunal Federal, que o concedeu, à unanimidade, aos 11 de setembro de 1968; em 5 de dezembro a decisão transitou em julgado; aos 10 de março de 1969, à autoridade coatora foi comunicada a concessão da segurança.

Antes da nomeação, porém, os impetrantes tiveram suspensos, por 10 anos, os seus direitos políticos, com base no AI-5, motivo por que ficaram frustradas as nomeações.

2. Pelo acórdão do STF proferido no RE nº 72.733, verifica-se que Carlos Renan Kurtz, em ação ordinária, pretendeu haver proventos e outras vantagens por conta da nomeação não efetivada, mas foi malsucedido.

3. Pouco depois de decorridos 10 anos, 1.7.79, sobreveio a Lei da Anistia, Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979; em de-

zembro do mesmo ano ambos requereram a nomeação, que o ministro da Justiça veio a indeferir em 22 de setembro de 1980, porque decorrido "o prazo legal de validade do concurso" e porque considerar impedimento o período de cassação equivaleria "a considerar ilícita a punição revolucionária".

4. Cerca de oito meses após esse indeferimento, Carlos Renan Kurtz formulou reclamação ao Supremo Tribunal Federal, que dela tomou conhecimento para recomendar fosse o caso submetido ao presidente da República, a quem competia decidi-lo, "como entender de direito", já que inexistia delegação de competência ao ministro da Justiça.

5. O presidente da República, por sua vez, também indeferiu o pedido, e o fez em 23 de março de 1983, pelos fundamentos do despacho do ministro da Justiça, este de 22 de setembro de 1980.

6. Não houve nova provocação judicial. Em 29 de maio de 1985, porém, Carlos Renan Kurtz renovou ao ministro da Justiça o pedido antes indeferido pelo presidente da República; o requerimento teve curso e mereceu parecer favorável da Divisão de Instrução Processual do Departamento de Assuntos Judiciários do Ministério; foi acolhido pelo seu consultor jurídico; o ministro de Estado encaminhou o ato de nomeação ao presidente da República, o qual, no entanto, entendeu de ouvir a Consultoria-Geral.

7. O requerimento de Olga Cavalheiro Araújo foi igualmente indeferido pelo ministro da Justiça em 22 de setembro de 1980; ainda que intimada, Of. nº 4.349/80, de 7.10.80, nada postulou junto ao Supremo Tribunal Federal, como o fizera Carlos Renan Kurtz.

Em compensação, aos 25 de junho de 1984, perante a Justiça Federal (RS), contra a União ajuizou ação pleiteando "reintegração" (*sic*) no cargo de juiz substituto e vantagens que entendia devidas. Sem prejuízo da ação, que prossegue ainda em primeira instância, em 17 de junho de 1985 requereu ao ministro da Justiça a reconsideração do despacho indeferitório, de 23.9.80, e o cumprimento do Mandado de Segurança nº 17.972, de 11.9.68, mediante reintegração (*sic*) no cargo de juiz do trabalho substituto a partir de 10.5.68 com todos os consectários, inclusive de ordem pecuniária, e em 26 de junho de 1985 pediu ao ministro lhe fosse dado o mesmo tratamento que viesse a ser concedido a Carlos Renan Kurtz.

8. Assim, após o período da "punição revolucionária" e depois da anistia, ambos os requerentes tiveram denegados os seus pedidos, o primeiro pelo ministro da Justiça e pelo presidente da República, a segunda apenas pelo ministro da Justiça, pois ao presidente nada chegou a requerer.

9. Por fim, Carlos Renan Kurtz, atualmente deputado à Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, manifestou propósito de oferecer memorial, mas desistiu de fazê-lo, consoante telegrama de 21 do corrente mês de janeiro, junto ao processo.

10. Estes os fatos. Como se vê é a mesma a causa primeira, a preterição na nomeação e a posterior concessão da segurança; a partir de então nem sempre foram iguais os caminhos percorridos pelos requerentes, tanto em juízo como na via administrativa. E não faltam irregularidades visíveis. Contudo, pela singularidade do caso, prefiro apreciar logo o mérito da questão com o intuito de contribuir para a solução de um problema já antigo.

A Consulta

11. As questões formuladas na consulta são as seguintes:

a) a ordem judicial, emanada do STF, teria perdido a sua eficácia, em face do que dispõe o art. 97, § 3º, da Carta Federal, que limita a um máximo de quatro anos o prazo de validade dos concursos?;

b) em caso negativo, seria lícito nomear os peticionários, mesmo não existindo, atualmente, vagas disponíveis de juiz do traba-

lho substituto, no âmbito do TRT — 4ª Região?;

c) a nomeação dos interessados, sendo possível, deveria configurar-se com eficácia *ex-nunc* ou com retroação a tempo pretérito?;

d) neste último caso, os efeitos da nomeação deveriam produzir-se a partir de que momento: data da concessão do mandado de segurança, data do pleno restabelecimento da cidadania ou data do início de vigência da Lei de Anistia?

Ingresso no serviço público

12. Decorridos os 10 anos da "punição revolucionária", os requerentes voltaram à plenitude dos seus direitos, tendo em vista que a própria restrição no que tange à capacidade eleitoral, instituída em lei, foi considerada insubsistente. Quando não fosse assim, a anistia concedida pouco depois pela lei de 28 de agosto de 1979 eliminaria qualquer dúvida, uma vez que, no art. 1º, ela dispôs "é concedida anistia a todos quantos (...) tiveram seus direitos políticos suspensos".

A Lei de Anistia se ocupa, em mais de um preceito, dos servidores públicos punidos, além de militares e representantes sindicais; os requerentes, no entanto, não eram servidores públicos; nenhum deles chegara a ser nomeado; não tendo sido nomeados, não haviam ingressado no serviço público. Não eram servidores. Até hoje não o são.

13. A nomeação, porém, di-lo Ruy Cirne Lima, é um direito, iniludivelmente é um direito, mas um direito adminicular e instrumental a ser completado com a posse, e, após, com o exercício da função. A nomeação confere direito à posse, observadas as formalidades de lei e, após, ao exercício da função pública; só então o nomeado alcança a condição de funcionário.

"Alcança-se a condição de funcionário público pela investidura regular em um cargo público. A investidura supõe, à sua vez, como expressão inicial, um ato do Estado, pelo qual, ao indivíduo, se confere o direito de ingressar nos quadros permanentes do serviço público. Direito? *Direito adminicular e instrumental, por isso que restrito ao completamento da investidura,* mas, indubiamente, direito" (Lima, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 1964. p. 167. § 20. n. 7).

"É a nomeação, em nosso direito positivo, incluída no número dos atos constitutivos"; ato unilateral, a nomeação cria, para o indivíduo, um direito, o de ingressar nos quadros permanentes do serviço público; exclusivamente este o direito criado pela nomeação. Nomeada, a pessoa pode renunciá-lo tácita ou expressamente; também pode tomar posse e entrar no exercício do cargo para que foi nomeada. "Antes da posse e da entrada em exercício (...) não existe, ainda, verdadeiramente, o funcionário público" (Lima, Ruy Cirne. op. cit. p. 167-8. § 20, n.os 7 e 9).

"Regularmente nomeado, após a posse e entrada no exercício da função, o indivíduo tem direito adquirido à condição de funcionário público. Passa — costuma dizer-se — a ter direitos e deveres como funcionário público — fórmula corrente com que se significa que as regras das duas seções do direito objetivo, concernentes aos funcionários públicos, passam a ser-lhes aplicáveis" (Lima, Ruy Cirne. op. cit. p. 169, § 10. n.os 9 e 12).

Não é diferente o magistério de Hely Lopes Meirelles:

"A *nomeação* é o ato de investidura do funcionário no cargo, o qual se completa com a *posse* e o *exercício*. A posse é a *conditio juris* da função pública. (...) Antes da posse não há provimento do cargo, nem pode haver exercício da função pública" (*Direito administrativo brasileiro*. 1985. p. 368).

Assim sendo, a Lei de Anistia não fornece regra alguma aplicável ao caso vertente.

Eficácia do concurso

14. Ele pode ser apreciado à luz do que dispõe o § 3º do art. 97 da Carta Federal, segundo o qual a eficácia dos concursos é limitada a quatro anos, prazo esse que é improrrogável. A essa luz, não caberia falar-se em nomeação, dado que já teria decorrido o dobro, quiçá o triplo do prazo de eficácia do concurso a que se submeteram e no qual foram aprovados.

No entanto, é inobscurecível que o fato da cassação constituiu um impedimento absoluto à nomeação, a que tinham direito; tornou-se legalmente vedada; não podia fazê-la a administração; não podiam reclamá-la os interessados; o óbice era intransponível.

De modo que, acima de qualquer dúvida razoável, é inquestionável que eles não foram nomeados — e este o direito que lhes foi reconhecido — porque a nomeação se tornou legalmente e desenganadamente impossível. Assim, ignorar esse impedimento, para, pura e simplesmente, invocar o decurso do prazo que inviabilizaria a nomeação, não me parece jurídico. Lícita ou ilícita, pouco importa, e não é o que se discute, a "punição revolucionária" converteu-se em fato que esterilizou o direito à nomeação, de que eram titulares os requerentes.

Alegar-se-á que o prazo de quatro anos é de natureza constitucional e que a observância da lei não fica ao nuto do seu aplicador.

Sentença a cumprir

15. Não se trata, porém, de nomear alguém em função de um concurso evidentemente caduco; trata-se, sim, de nomear quem teve seu *direito à nomeação reconhecido pelo STF em decisão trânsita em julgado ao tempo em que o concurso era eficaz*, e que deixou de ocorrer primeiro pela preterição, que motivou a impetração da segurança, depois pela suspensão dos direitos políticos dos titulares do direito à nomeação. Desse modo parece claro que a questão não pode ser corretamente enterreirada na comodidade da regra segundo a qual "nenhum concurso terá validade por prazo maior de quatro anos contado da homologação" (Carta, art. 97, § 3º).

Removido o obstáculo legal antes intransponível, tornado possível o que antes não o era, a nomeação deve ser feita agora.

Ato constitutivo

16. Como antes exposto, a nomeação é ato constitutivo (Lima, Ruy Cirne. op. cit. p. 167. § 20, n. 9), motivo pelo qual os seus efeitos contar-se-ão do momento em que for efeitvada.

A Lei de Anistia, em relação aos servidores públicos civis e militares, prescreveu que "esta lei, *além dos direitos nela expressos, não gera quaisquer outros* inclusive aqueles relativos a vencimento, soldos, salário, proventos, restituições, atrasados, indenizações, promoções ou ressarcimentos" (art. 11 da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979).

Outrossim, àqueles que não foram beneficiados pela Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, e vieram a sê-lo pela Emenda nº 26, só a partir da sua promulgação, 27 de novembro de 1985, geraria efeitos financeiros, "vedada a remuneração de qualquer espécie, em caráter retroativo".

Quem não chegou a ingressar no serviço público e que, após a nomeação, posse e entrada em exercício da função vier a ser funcionário, não pode ter mais do que teria o funcionário que, anistiado, retornasse ao serviço público.

Outra decisão judicial

17. Aliás, Carlos Renan Kurtz contra a União ajuizou ação ordinária pretendendo proventos, antigüidade no cargo e outras vantagens. Foi julgada improcedente em pri-

meira instância, por sentença que a 3ª turma do TFR confirmou. Esta a ementa:

"Indenização. CC, art. 159. Da concessão da segurança para assegurar nomeação, segundo classificação em concurso não se deduz, sem acréscimo de prova, que o ato impugnado possa ser classificado como ilícito e dar origem a reclamações anteriores à posse do impetrante."

Interposto recurso extraordinário, que tomou o nº 72.733, dele o STF não tomou conhecimento; foi relator o Ministro Rodrigues Alkmin. Julgado em 30.11.73, a ementa do acórdão, que foi unânime, é deste teor:

"Indenização. Código Civil, art. 159. Candidato que, tendo reconhecido seu direito à nomeação, em mandado de segurança, teve os direitos políticos cassados e não tomou posse no cargo. Pedido de pagamento de despesas de viagem e de honorários de advogado, na impetração da segurança. Inadmissibilidade, porque não devidos os honorários e desnecessárias as despesas. Pedido de pagamento de vencimentos. *Vencimentos não devidos, à falta de posse e exercício.* Recurso não conhecido."

Do voto do relator é esta passagem:

"O só fato de ter o recorrente reconhecido o direito à nomeação não lhe dava o de perceber vencimentos ou computar tempo de serviço. Era de mister, ainda, que à nomeação se seguisse a posse e o exercício (e é de notar que a só nomeação não estabelece, necessariamente, o direito à posse), porque os vencimentos constituem contraprestação decorrente do exercício do cargo."

18. Assim, as nomeações a serem feitas, à medida que ocorrerem as duas vagas necessárias, não importam em reconhecer, direta ou indiretamente, os demais pedidos formulados por ambos os requerentes, administrativa e judicialmente. Os seus efeitos são *ex-nunc*. Ao ato de nomeação seguir-se-á o de posse e a este o da entrada em exercício, os quais, aliás, têm pressupostos legais a serem observados.

19. Convém se note que, enquanto Carlos Renan Kurtz pediu sua *nomeação*, Olga Cavalheiro Araújo pediu sua *reintegração* no cargo, o que é manifestamente infundado, uma vez que ninguém pode ser reintegrado em cargo para o qual não foi nomeado. O direito a ser nomeado não significa ingresso no serviço público, o que só se dá com a posse, seguida do exercício do cargo.

Vagas

20. Tratando de retorno ou de reversão ao serviço ativo a Lei nº 6.683 estabelece que fica "condicionado, *necessariamente, à existência de vaga* e ao interesse da administração" (art. 7º).

Aqui não se trata de retorno nem de reversão, mas de nomeação; esta também supõe a existência de vaga. De resto, a lei não prevê quadro suplementar nem excedentes nos quadros da magistratura. O ingresso no serviço público será nas mesmas condições em que se daria o retorno ao serviço público, e este, segundo orientação firmada, exige a existência de vaga (Parecer da CGR nº N-27, de 28.3.80).

No caso, porém, a questão é irrelevante, pois, atualmente, na 4ª Região, existem vagas, como tive a preocupação de apurar.

Conclusão

21. Pelas razões expostas, respondo as questões formuladas:

a) os requerentes têm direito à nomeação para os cargos a que se habilitaram em concurso;

b) respeitada a ordem de classificação, devem ser nomeados, sucessivamente, Carlos Renan Kurtz e Olga Cavalheiro Araújo;

c) as nomeações podem ser feitas desde logo, uma vez que existem vagas;

d) os direitos inerentes aos cargos fluirão do momento em que um e outra, tendo tomado posse, entrarem em efetivo exercício.

Sub censura.

Brasília, 12 de fevereiro de 1986. — *Paulo Brossard,* Consultor-Geral da República.