Não cabe aproveitar candidatos habilitados em concurso para provimento em outro cargo não previsto no edital.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Proc. 6.183/94

RELATÓRIO

GRUPO II — CLASSE III — Plenário — TC-006.183/94-8

Natureza: Consulta

Consulente: Diretora do Núcleo de Controle Interno do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região/ES

EMENTA: Consulta sobre o provimento de vagas existentes em Tribunais Regionais do Trabalho, com candidatos excedentes de concursos realizados em outros Regionais ou no TST, observada a ordem de classificação dos aprovados. Conhecimento da Consulta. Resposta negativa e esclarecimento à consulente.

Pelo expediente de fl. 01, a Diretora do Núcleo de Controle Interno do E. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região/ES, valendo-se da prerrogativa expressa no art. 210, inciso VI, do Regimento Interno desta Corte, formula a seguinte Consulta:

"Considerando-se, em teoria, as seguintes situações:

a) Existência, em Tribunal Regional do Trabalho, de cargos efetivos, em número limitado, ainda sem provimento e sem perspectiva de realização de concurso específico;

b) Existência, em outros Tribunais Regionais do Trabalho, ou no Tribunal Superior do Trabalho, de concursos já realizados, com excedente de aprovados.

Relevamos saber se há possibilidade jurídica de provimento de vagas existentes em um Tribunal, pelos candidatos excedentes de concursos já realizados em outros Tribunais ou no Tribunal Superior do Trabalho, observando-se a ordem classificatória de aprovação."

2. A presente Consulta está instruída com parecer (por cópia às fls. 3/10) do Assessor Jurídico daquele TRT.

3. Nesse parecer, após tecer diversas considerações sobre o tema, assinala que o Tribunal Superior do Trabalho vem orientando "e, por vezes, até mesmo determinando" aos TRTs que procedam ao aproveitamento de candidatos aprovados em concursos públicos realizados por outros Regionais.

4. Ilustrando essa assertiva, traz à colação:

a) o Ato nº 1.225, de 14/10/91, pelo qual o TST resolveu determinar que certos cargos dos TRTs de Alagoas e do Piauí sejam providos com candidatos remanescentes do concurso público realizado pelo TRT do Rio Grande do Norte;

b) a Resolução Administrativa nº 065/90

pela qual o mesmo Tribunal Superior determina que o "serviço competente" verifique a existência de candidatos aprovados em outros órgãos, para fins de *aproveitamento* pelo próprio TST.

5. O aludido Assessor Jurídico encerra o seu parecer com as seguintes conclusões, *in verbis*:

"1) Não há no ordenamento jurídico brasileiro vedação expressa ao *aproveitamento*, por um determinado órgão público, de candidatos aprovados em concurso realizado por outro da mesma esfera e Poder;

2) *Contrario sensu*, não há *autorização* legal para a adoção de semelhante procedimento;

3) o instituto jurídico do aproveitamento de servidores, nos termos consagrados pela Lei 8.112/90, destina-se a disciplinar a situação de disponibilidade remunerada surgida em razão da extinção de órgãos e/ou de cargos;

4) Frente aos princípios constitucionais da *isonomia*, da *legalidade* e da *impessoalidade*, é de todo recomendável à Administração que se abstenha de *aproveitar* candidatos de concursos alheios;

5) Administrativamente, não cabe a anulação dos atos de nomeação e da conseqüente investidura de servidores beneficiados pelo procedimento em questão, eis que estes gozam de presunção de boa-fé e inexiste ilegalidade manifesta. Não se aplica, *in casu*, a Súmula nº 473 do STF, devendo, em nome da estabilidade das relações jurídicas, proceder-se à *convalidação* dos respectivos atos. A convalidação se impõe porque, *lato sensu*, a investidura dos servidores observou o vaticínio do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, não se podendo falar em desvio de finalidade e em lesão ao Estado;

6) A matéria cambaleia no terreno exegético, devendo a palavra final ser dada ao Supremo Tribunal Federal, para que se pronuncie acerca do alcance da norma constitucional do art. 37."

6. A 2ª SECEX, ao instruir os autos, manifesta o entendimento de que a competência deste Tribunal para examinar atos de admissão de pessoal restringe-se "aos seguintes itens:

a) se o cargo público foi preenchido mediante prévia aprovação em concurso público;

b) se o provimento se deu no cargo para o qual o candidato foi habilitado;

c) o motivo da vacância; e

d) a ordem classificatória de aprovação."

Assim, propõe que "não se conheça da presente consulta, por falta de oportunidade adequada ao exercício de sua competência constitucional".

8. A douta Procuradoria, em seu judicioso Parecer — emitido em atendimento ao pedido de audiência do então Relator deste processo, eminente Ministro *Marcos Vilaça* — dissente da proposição da Unidade Técnica, manifestando-se, no essencial, nos seguintes termos:

"Pedimos vênia para discordar, porque o Tribunal, em sua competência constitucional, aprecia, para fins de registro, os atos de admissão de pessoal a qualquer título na administração direta e indireta, excetuadas as nomeações para cargo em comissão (art. 71, inciso III, da C.F.).

E a Constituição exige (art. 37, inciso II), para a investidura em cargo ou emprego público, a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em leis de livre nomeação e exoneração.

Logo, a matéria submetida a exame está dentro da competência da Eg. Corte de Contas.

Sobre a questão, parece-nos que não existe possibilidade jurídica de provimento das vagas existentes num Tribunal Regional do Trabalho pelos candidatos excedentes de concursos realizados noutros Tribunais Regionais ou no próprio Superior Tribunal do Trabalho, porque a aprovação no concurso público se dá para o cargo específico a que se destinava e ao qual se submeteu o candidato.

Esse cargo faz parte da carreira do quadro do Tribunal que realizou o concurso. E a carreira de um determinado Tribunal não faz parte da carreira de outro Tribunal, mesmo que se trate de cargos que tenham a mesma denominação, v.g., o de Técnico Judiciário, visto que cada Tribunal, embora do mesmo Poder, constituiu órgão diverso, possuindo, cada um

de per si, *seu quadro de pessoal*, posto que no quadro estão inseridas as carreiras, as quais 'iniciam-se e terminam nos respectivos quadros' (cf. Direito Administrativo Brasileiro, *Hely Lopes Meirelles*, Malheiros Editores, 17ª ed., p. 361).

O quadro, na definição de *Hely Lopes Meirelles*, é o 'conjunto de carreiras, cargos isolados e funções gratificadas de um mesmo serviço, órgão ou Poder'. Logo, não há como nomear-se o servidor, que faz concurso público para um cargo específico da carreira do quadro de pessoal de um determinado órgão, para outro órgão, sem transferi-lo de uma carreira para outra, visto que cada uma das carreiras se acha confinada nos limites do quadro de cada órgão ou Poder.

No Poder Judiciário, compete privativamente aos Tribunais prover, por concurso público de provas ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei (letra c, do inciso I do art. 96 da C.F.).

A exigência constitucional, para a investidura em cargo ou emprego público, é a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos que, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA (Curso de Direito Constitucional Positivo — 6ª edição, p. 570), 'implica a classificação dos candidatos e nomeação na ordem prioritária dessa classificação'.

Assim, a convocação de candidatos aprovados em outro Tribunal não deverá ocorrer em respeito ao princípio constitucional da Administração Pública da legalidade e moralidade pública.

Trazemos à colação o que resultou do julgamento da ADIn nº 231/7-RJ, ao dizer que a Constituição Federal de 1988 proscreveu o regime de provimento derivado, deixando implícito deva observar-se o princípio de que o concurso é feito para determinado cargo, em determinado órgão, não sendo lícito buscarem-se de outro órgão concursados, os quais já constituem sobra de relação inaproveitada, quebrando a noção salutar de que o chamamento dos aprovados mais habilitados já se esgotara com o aproveitamento para o órgão que realizou o concurso.

Desse modo, propomos que se responda negativamente à consulta."

É o relatório.

VOTO

Assiste razão à douta Procuradoria quando dissente da proposição da 2ª SECEX e — com apoio no art. 71, inciso III, da Constituição Federal — conclui que a matéria ora submetida à deliberação deste E. Plenário se insere na competência deste Tribunal.

2. De acrescentar que a presente consulta — por ter sido formulada por dirigente do Controle Interno de Órgão do Poder Judiciário e estar instruída com parecer do Assessor Jurídico desse órgão — merece ser conhecida, eis que atende aos pressupostos de admissibilidade prescritos nos arts. 210 e 211 do Regimento Interno do TCU.

3. Passando ao exame do objeto da consulta, releva assinalar, desde logo, que a complexidade do tema em questão justifica a divergência de entendimentos evidenciada nos autos.

4. Com efeito, constitui prática antiga na Administração Pública, não abolida após o advento da Constituição Federal de 1988, a nomeação de candidatos aprovados em concurso público, a fim de exercerem cargos efetivos integrantes de quadro de pessoal que não o do órgão ou entidade promotora do aludido certame.

5. De ressaltar que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, norma expressa proibidora de tal procedimento; tampouco autorização legal explícita para tanto.

6. De fato, prescreve o inciso II do art. 37 da Lei Maior, *in verbis*:

"Art. 37. .....

.....

II — a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;"

7. Nessa mesma linha de orientação, dispõe o art. 10, *caput*, da Lei nº 8.112/90:

"Art. 10. A nomeação para cargo de carrei-

ro de cargo isolado de provimento efetivo depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, obedecida a ordem de classificação e o prazo de sua validade."

8. Desse modo, há quem entenda ser lícito ao Administrador nomear candidatos, aprovados em concurso público, para exercerem, em outro órgão ou entidades que não a que promoveu o certame, cargos de mesma denominação que aqueles para os quais se habilitaram.

9. Os que defendem essa tese argumentam inexistir lei ou jurisprudência que exija seja a nomeação precedida de *habilitação específica* para cargo de determinada carreira.

10. De ressaltar, desde que entrou em vigor a Constituição Federal de 1988, a proibição de prover cargos públicos sem concurso tornou-se mais rigorosa.

11. De efeito, diversamente do que dispunha a Emenda Constitucional nº 1/69, a atual Lei Maior não mais alude à "primeira investidura em cargo público", mas estabelece, conforme vimos, que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (...)", ressalvada a hipótese expressamente prevista no dispositivo pertinente (art. 37, II).

12. Até o projeto B (2º Turno) da Constituição Federal de 1988, o inciso correspondente a esse preceito se referia à "primeira investidura em cargo ou emprego público", mas a alusão à "primeira" investidura caiu com a emenda supressiva 2T00736-1, cuja justificativa convém aqui reproduzir, *in verbis*:

"Justificativa

O texto, da forma como está redigido, permite o ingresso no serviço público através de concurso público para carreiras cujas exigências de qualificação profissional sejam mínimas como mero trampolim para, por mecanismos internos muitas vezes escusos, se atingir cargos mais especializados.

Da mesma forma, por este dispositivo, nada impede que alguém ingresse por concurso em um órgão 'X', onde não há grande concorrência, e isso sirva como justificativa para admissão em outro órgão sem qualquer concurso."

13. O preclaro Ministro *Moreira Alves*, Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade — ADIn nº 231-7-RJ, interpretado o supratranscrito inciso II do art. 37 da C.F., tece as seguintes considerações:

"Portanto, o elemento histórico indica que a intenção da retirada do adjetivo 'primeira' foi impedir práticas abusivas, feitas por via de provimentos derivados como a ascenção e a transferência, com base no preceito maleável contido no § 1º do artigo 97 da Emenda Constitucional nº 1/69. E, com essa supressão, realmente alterou-se, de modo profundo, a exigência do concurso público para a investidura nos cargos públicos. O inciso II do artigo 37 da atual Constituição não mais apresenta os dois fatores de afrouxamento do moralizante princípio administrativo da necessidade do concurso público para o provimento dos cargos públicos que se encontravam no texto da Emenda Constitucional nº 1/69: a referência à PRIMEIRA investidura em cargo público e a possibilidade de a lei estabelecer exceções à exigência do concurso público para essa primeira investidura."

14. A referida ADIn nº 231-7-RJ tinha por escopo a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 77 e 88 do ADCT do Estado do Rio de Janeiro e, por essa razão, consoante deixa claro, a correspondente Ementa (publicada no D.J. de 13/11/92, p. 20.848), versava sobre "ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos".

15. Convém transcrever, por sua pertinência ao tema em questão, o seguinte trecho dessa Ementa:

"— O Critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas títulos, não o sendo, porém, para os cargos subseqüentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que é a 'promoção'.

Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados.

— O inciso II do artigo 37 da Constituição Federal também não permite o 'aproveitamento', uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo."

16. É sabido que a ascensão ou acesso, a transferência e o aproveitamento são espécies de provimento derivado e, por esse motivo, importam, sempre, uma alteração na situação de serviço do provido.

17. É óbvio que o "aproveitamento" impugnado nessa Ementa não é aquele expressamente admitido pelo § 3º do art. 41 da Carta Magna, que assim dispõe:

"Art. 41. .....

.....

§ 3º Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo."

18. Desse modo, tenho para mim que, em verdade, a multicitada Ementa faz referência ao "aproveitamento de servidores públicos" decorrente da utilização de formas esdrúxulas de provimento de cargos, por vezes engendradas pelos dirigentes de órgãos e entidades da Administração.

19. Essa inferência encontra respaldo na seguinte passagem do brilhante voto proferido pelo eminente Ministro *Celso de Mello*, no julgamento da supramencionada ADIn nº 231-7-RJ:

"Normas que, ao assegurarem o aproveitamento de servidores públicos ou ao garantirem a sua ascensão funcional, tornem dispensável a realização do necessário concurso público, incidem na censura jurídica do eminente Professor e Desembargador JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ("O Concurso na Constituição Estadual", *in* RDPG/GB, vol. 17, p. 83, 1967), para quem

'O requisito constitucional é o do concurso, que pode ser só de provas, ou de provas e títulos, e a *contrario sensu*, evidentissimamente, não pode ser só de títulos. O concurso tem de ser público (...) a matéria é daquelas em que os Estados-membros não podem aberrar da disciplina adotada pela União (...).

Concurso público quer dizer concurso aberto a todos aqueles, funcionários ou não, que preencham as condições estipuladas para a inscrição, e entre as quais não pode figurar a de pertencer o candidato aos quadros funcionais do Estado ou de outra entidade política, nem, por mais forte razão, a uma categoria funcional específica (...). Não é dado à Administração, em abrindo concurso, limitar a faculdade de inscrição a interinos, ou a servidores públicos em geral, ou a ocupantes dos cargos de determinada carreira, afim ou não daquela em que existem as vagas a preencher. Ilegítima seria tal restrição mesmo que estabelecida em caráter parcial, para certo número de vagas ou certa fração do total de vagas a cujo preenchimento visa o concurso. Não há como reservar parte das vagas para serem preenchidas exclusivamente por funcionários, ou por ocupantes de tais ou quais cargos, ou por interinos. Qualquer dessas práticas atenta contra o princípio da publicidade, que reclama 'as mesmas oportunidades para todos' (...)."

20. Por outro lado, é inegável que o concurso público constitui instrumento de realização concreta dos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade e, por isso mesmo, é sempre realizado para *cargos definidos*, encartados em determinada ou determinadas carreiras, integrantes de um ou alguns quadros de pessoal.

21. De conformidade com o § 1º do art. 12 da Lei nº 8.112/90, no edital do concurso deverão ser fixados o prazo de validade e as condições de sua realização, dentre as quais se insere, obviamente, a sua finalidade ou destinação.

22. O edital é, pois, o estatuto que rege as relações jurídicas entre a Administração e os interessados no concurso público, impondo-se, pois, a fiel observância do seu inteiro teor.

23. Conseqüentemente, se, por exemplo, o edital declarar que o concurso público se des-

tina ao provimento de cargos integrantes de carreira do Quadro de Pessoal Permanente de determinado TRT, não é lícito ao Administrador, segundo entendo, nomear candidato aprovado nesse certame para exercer cargo (ainda que de mesma denominação que aquele para o qual se verificou a habilitação) integrante de carreira semelhante do Quadro de outro TRT ou do TST.

24. É que a carreira de um Tribunal não é a mesma e, por isso, não se confunde com a de outro Tribunal, mesmo que os cargos tenham idêntica denominação e atribuições correlatas.

25. Realmente — consoante observou, com propriedade, o eminente Procurador-Geral em exercício — cada Tribunal constitui órgão distinto do outro, possuindo, cada um deles, seu próprio *quadro de pessoal*, aonde estão inseridas as respectivas carreiras, que se iniciam e terminam nos correspondentes quadros.

26. Aliás, se não bastassem os argumentos acima expendidos, caberia acrescentar que, de igual modo — colocada a questão nos termos em que o fez a consulente — subsistiria a impossibilidade jurídica "do provimento de vagas existentes em um Tribunal, pelos *candidatos excedentes* de concursos já realizados em outros Tribunais ou no Tribunal Superior do Trabalho" (grifei).

27. De fato, se ainda não expirou o prazo de validade do concurso público realizado para o preenchimento de determinadas vagas no Tribunal que promoveu o certame, logicamente, não há que falar, ainda, em candidatos excedentes.

28. Por outro lado, se já expirou o prazo de validade do aludido concurso, então, caso haja candidatos excedentes, evidentemente, não mais poderão estes ser aproveitados, seja para as vagas que existirem no Quadro de Pessoal do TRT que realizou o certame, seja no de outro Regional.

À vista do expendido, voto por que seja adotada a decisão que ora submeto à apreciação deste E. Plenário.

Sala das Sessões, em 28 de setembro de 1994.

José Antônio B. de Macedo — Ministro Relator.

DECISÃO Nº /94-TCU — Plenário

1. Processo nº TC-006.183/94-8

2. Classe de Assunto: III — Consulta sobre o provimento de vagas existentes em Tribunais Regionais do Trabalho, com candidatos excedentes de concursos já realizados em outros Regionais ou no TST.

3. Interessada: Diretora do Núcleo de Controle Interno do TRT — 17ª Região/ES.

4. Órgão: Tribunal Regional do Trabalho — 17ª Região — Vitória/ES

5. Relator: Ministro *José Antônio Barreto de Macedo*

6. Representante do Ministério Público: Dr. *Jatir Batista da Cunha*

7. Unidade Técnica: 2ª SECEX

8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1 — conhecer da presente consulta, com fundamento no art. 210 do Regimento Interno, e respondê-la negativamente, nos termos em que formulada;

8.2 — encaminhar aos dirigentes dos órgãos de Controle Interno do TST e dos TRTs cópia desta Decisão, bem como do Relatório e do Voto que a fundamentam;

8.3 — arquivar os presentes autos.

9. Ata nº 46/94 — Plenário.

10. Data da Sessão: 28/09/1994 — Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

José Antônio B. de Macedo — Ministro Relator