

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 371-0 — BA

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha*

Recorrente: *Vivaldo Socorro de Souza*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado da Bahia*

Impetrado: *Secretário da Fazenda do Estado da Bahia*

Recorrido: *Estado da Bahia*

Advogado: *Dr. Gerson Rodrigues Correa*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. SUSPENSÃO PREVENTIVA.

I. A conveniência da aplicação da suspensão preventiva emana do poder discricionário do administrador e, como tal, refoge à análise do Poder Judiciário.

II. O mandado de segurança é meio inidôneo para examinar fatos que foram apurados em inquérito disciplinar administrativo e para aferir a injustiça da penalidade aplicada, só se prestando para corrigir ilegalidade extrínseca ou a inobservância de formalidade essencial.

III. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformi-

dade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em negar provimento ao recurso. Votaram com o relator os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Milton Pereira.

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de dezembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro CESAR ROCHA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA: O Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, face a conduta tida por irregular do recorrente e de três colegas da repartição fazendária, que teriam, afetados por bebidas alcoólicas, promovido disparos de arma de fogo pondo em risco inclusive a integridade física de terceiros, mandou fossem apurados os fatos em sindicância que, após concluída, determinou a instauração do regular processo administrativo disciplinar e, de logo, a suspensão preventiva do recorrente, na forma permitida pelo art. 248 do Estatuto dos Funcionários daquele Estado.

Contra tal suspensão é que foi impetrado o *writ* cujo recurso ora se examina, interposto sob o argumento de que teria havido cerceamento de defesa e de que a suspensão só poderia ter sido ordenada com a demonstração de sua necessidade, além do que ela teria sido injusta. Como argumento novo, só apresentado no recurso (aliás, convertido do recurso extraordinário com argüição de relevância agitado em face da ordem constitucional anterior), o recorrente aduz que a decisão atacada teria desrespeitado o contido no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal vigente, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

O aresto hostilizado entendeu que a conveniência da suspensão encontra-se no poder discricionário da administração e que fora ela aplicada para inibir influências ou coações que pudessem ser exercidas pelos indiciados sobre pessoas que fossem ouvidas no processo disciplinar instaurado. Ademais, por ter sido a pena preventiva aplicada por autoridade competente e tendo sido observadas todas as formalidades essenciais, e como a via estreita do mandado de segurança não comporta o exame de controvérsia estabelecida sobre fatos, provas ou presunções, por tudo isso denegou a segurança.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improviamento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ROCHA: O acórdão atacado não merece qualquer reforma.

A suspensão foi aplicada diante do que pontifica o art. 248 do Estatuto referido, *in verbis*:

“O artigo 248 — Poderá o Secretário de Estado ordem a suspensão do funcionário até 90 (noventa) dias, desde que o afastamento deste seja necessário para a averiguação de faltas cometidas. Findo este prazo, cessarão os efeitos da suspensão, ainda que o processo administrativo não esteja concluído.”

Não deflui desse dispositivo nenhuma obrigação de que o recorrido tivesse que demonstrar a necessidade de impor a pena de suspensão, cuja aplicação decorre do poder discricionário da autoridade.

Por outro lado, desassistiu razão ao recorrente em pretender, em sede de mandado de segurança, apreciar matéria de fato como a não autoria do impetrante, a todo imprestável o remédio heróico.

Ademais, como bem observou o douto Subprocurador-Geral da República, no que tange à aplicação de sanção disciplinar, seu questionamento, em sede de mandado de segurança, só é cabível contra ilegalidade extrínseca, a que diz respeito à competência da autoridade, e à observância de formalidade essencial, vale dizer, se foi respeitado o direito à ampla defesa, se houve boa aplicação da norma aos fatos apurados, não servindo para aferir a conveniência de sua aplicação, nem podendo interferir no exame da prova, nem mesmo para se debruçar sobre a possível injustiça da penalidade.

É que o *mandamus*, nos seus limites estreitos, não enseja a dilação probatória, cingindo-se a aplicar o direito aos fatos que já são postos desde o momento da impetração, já que a inicial deve chegar municiada da prova pré-constituída.

Não se quer com isso dizer que estará excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito decorrente da aplicação da pena cogitada. Apenas estou a afirmar que essa apreciação, na hipótese em tablado, não tem como meio próprio a via eleita do mandado de segurança.

Não há nos autos nenhuma demonstração de que a autoridade recorrida tenha agido de forma desatenta aos postulados legais.

Por tais razões, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 371-0 — BA — Relator: Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha. Recte.: Vivaldo Socorro de Souza. Adv.: Gerson Rodrigues Correa. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Impdo.: Secretário da Fazenda do Estado da Bahia. Recdo.: Estado da Bahia.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 16.12.92 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Milton Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 398 — MG (Registro nº 90.0003699-2)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Rectes.: *S/A O Estado de São Paulo e outros*

T. Origem: *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*

Impdo.: *Desembargador-Relator da Apelação Cível nº 76.349-2*

Recdo.: *Newton Cardoso*

Advogados: *Drs. Manuel Alceu Affonso Ferreira e outros, e José Ornelas de Melo*

EMENTA: LIBERDADE DE IMPRENSA. SEGREDO DE JUSTIÇA.

Simples notícia de julgamento da causa não lhe transgride o segredo de justiça.

Recurso ordinário atendido.

Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Athos Carneiro votaram com o Relator. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de março de 1992 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de mandado de segurança impetrado pela empresa jornalística S/A O Estado de São Paulo e outros contra ato do eminente Desembargador RUBENS XAVIER TEIXEIRA que, como relator da Apelação Cível 76.349-2 da Comarca de Pitangui, envolvendo ação de investigação de paternidade proposta por Bruno Alves da Silva, representado por sua mãe Fátima Inês da Silva, tendo como réu o então governador de Minas Gerais, Dr. Newton Cardoso, acolheu o pedido deste para proibir a publicação jornalística do referido caso, nos termos do seguinte despacho:

“Achando-se o referido processo sob o pálio do “SEGREDO DE JUSTIÇA”, nos precisos termos do inciso II do art. 155 do Código de Processo Civil, ficam intimados os Diretores-Responsáveis do jornal “O ESTADO DE SÃO PAULO”, proibidos de produzir novas matérias sobre a aludida apelação, bem como, para que, **via agência de notícias** denominada “AGÊNCIA ESTADO”, recolha a divulgação dada aos demais órgãos de comunicação, tudo sob as penas da lei” (fls. 56).

O E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por unanimidade, conheceu da segurança e, por maioria, denegou o *writ*.

O eminente Desembargador-Relator, Oliveira Leite, tratou de limites da liberdade de imprensa, ao assim aduzir em seu voto:

“Afirmam os impetrantes, em vários tópicos de seus brilhantes arrazoados, que o recém-promulgado Estatuto Político proibiu todo obstáculo legal àquilo que rotulou de plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, “coibindo, outrossim, qualquer espécie de censu-

ra". A afirmação, *data venia*, está supondo a existência de um direito absoluto, sem limite e sem apreço aos reconhecidos interesses da ordem social a que a imprensa e os veículos de divulgação não podem fugir. Nem é este sentido absoluto que dimana do artigo 220 da Constituição, que fala na irrestricção da manifestação do pensamento e da informação — mas “**observado o disposto nesta Constituição**”. Especificamente quanto à liberdade de informação jornalística, o § 1º do mesmo artigo manda observar o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV, entre os quais o último que resguarda uma espécie de sigilo. Mas a limitação maior está na redação do artigo 93 da Lei Maior, ao dispor que “Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: “IX — todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

Pelo menos no que tange aos atos judiciais, a nova Constituição não repeliu as hipóteses de publicidade restrita magnificamente estudada em obra recente de ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (“Constituição de 1988 e Processo”, especialmente págs. 48 e seguintes). Com remissão a normas de amplitude internacional, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, os ilustres autores admitem o veto aos meios de comunicação ao público quando exija o interesse da vida privada e anotam “que o risco de violar a intimidade dos cidadãos justifica integralmente o óbice imposto, em tais casos, ao regramento da ampla publicidade”. Suas conclusões não oferecem dúvidas: “... a vigente Constituição instituiu, como regra, no inc. IX do artigo 93, a publicidade dos atos processuais. Todavia e como já demonstrado, restringe-a (publicidade interna) por motivos de interesse público: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. Acresce que “ainda, no inciso LX do artigo 5º, também vem tangida a publicidade dos atos processuais, desde que, por disposição legal, “a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. A conclusão final é terminativa: “Assim, em

hipóteses que provavelmente deverão ser traçadas pela legislação infraconstitucional, a publicidade poderá sofrer ainda maior restrição” (obra citada, página 86).

Do exposto, logo se vê: o mínimo a ser dito é que a pretendida publicidade irrestrita não vem chancelada como direito líquido e certo, no texto constitucional.” (fls. 121 a 123)

Inconformados, os impetrantes interpuseram recurso ordinário que foi admitido pelo despacho de fls. 187, subindo os autos a esta Corte.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improvimento do recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Senhor Presidente, este caso exigiu deste Relator uma atenção especial, porque, conquanto esta Turma trate de Direito Privado, no caso concreto está em jogo a liberdade de imprensa.

É certo que, no caso presente, há o segredo de justiça, obviamente com as suas conseqüências. Mas ocorre que o que se pugna, nesta segurança, não é divulgar atos que se encontram sob o pálio do segredo de justiça; o que se busca é assegurar o direito da comunicação, o direito de prestar a informação via jornal, enfim, a liberdade de imprensa.

É certo, muito certo, que os fatos que ocorram acobertados pelo segredo de justiça não podem, nem devem, ser divulgados. Mas este segredo de justiça que a Constituição admite, quando acolhe a publicidade restrita, e que o Código de Processo Civil agasalha no art. 155, diz com as pessoas do processo, que não podem revelar os fatos do processo.

No caso concreto, de uma decisão de Primeiro Grau foi interposto recurso para o Egrégio Tribunal Estadual, que o julgou. A empresa jornalística tão-somente noticiou o fato, não invadindo a esfera do segredo de justiça. Nem a alegação de violação da intimidade e da vida íntima justifica o ato do eminente Desembargador, ato que ensejou o presente mandado de segurança.

O jornal dá notícia de que o Tribunal apreciara o recurso naquela causa em que o Sr. Dr. Newton Cardoso, então Governador do Estado de Minas Gerais, era parte.

Se acaso deste noticiário emerge algum dano para alguém, por certo quem se sentir ferido poderá chegar ao Judiciário e pleitear o que entender de direito contra o veiculador daquela informação. Tal obser-

vação não se prende ao segredo de justiça. Repito que o jornal não revelou ato do processo, mas noticiou o julgamento de um recurso e tão-somente isso.

Passo a ler a informação veiculada numa das páginas do jornal, edição de 15.12.88:

“Reaberta a ação de paternidade de Newton.

O Desembargador Rubens Xavier, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cassou ontem a sentença do juiz Leonardo Passaforo, de Pitangui, que havia extinguido uma ação de investigação de paternidade e pensão alimentícia movida por Fátima Inês da Silva, que acusa o governador Newton Cardoso de ser pai de seu filho, Bruno Alves da Silveira, de dez anos. O processo agora retorna ao foro de Pitangui, para que o juiz dê prosseguimento à coleta de provas sobre a investigação de paternidade. Nesta fase ele poderá pedir, inclusive, testes biológicos para confirmar ou não a paternidade da criança.” (fl. 58)

Essa notícia não viola o segredo de justiça, e mais há a ser considerado: o Dr. Newton Cardoso, líder político, Governador de Estado, enfim homem público cuja vida interessa aos seus coestaduanos, aos que estão sob o seu Governo, e mais até, a todos os brasileiros pela merecida projeção do Estado de Minas Gerais no concerto da Federação, não pode ser um anônimo no seio da população brasileira.

Por todas essas razões, Sr. Presidente, meus eminentes Colegas, dou provimento ao recuso para deferir a medida pleiteada, que outra não é senão a de poder o jornal noticiar os fatos, evidentemente que com respeito ao segredo de justiça. Eis expressamente o pedido formulado na inicial:

“(...) pedem os impetrantes seja esta segurança concedida para o fim de, declarado injurídico o ato judicial guerreado e desconstituindo-o, lhes ficar assegurado o direito de, sem intromissão nos autos da pertinente demanda, divulgarem e distribuírem aquilo que a respeito daquele pleito apurarem.” (fl. 29)

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Voto no mesmo sentido do Sr. Ministro Relator.

A notícia veiculada pelo órgão de imprensa em nada afrontou a legislação pertinente ao sigilo, até porque fatos do processo não foram

trazidos a público. Comportamento restritivo, ao contrário, é que importaria em violação ao princípio da liberdade de imprensa, assegurado constitucionalmente, um dos pilares do regime democrático.

A simples circunstância de cuidar-se de homem público não acarreta tratamento diverso. Apenas o expõe mais intensamente ao foco do noticiário, como, para exemplificar, ainda recentemente, em caso análogo, ocorreu em causa envolvendo um ex-Presidente da República.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, também acompanho o eminente Relator.

A empresa jornalística cingiu-se a divulgar notícia sobre o julgamento de um recurso em que envolvia a pessoa de um homem público. Não me parece que tenha, com esta atitude, ofendido a intimidade do ex-Governador do Estado de Minas Gerais. Como bem observou o eminente Relator, trata-se do exercício regular de um direito assegurado pela Constituição Federal.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Eminentes Colegas, também estou de acordo com o Relator.

O jornal limitou-se a publicar os resultados, as conclusões das decisões judiciais que, de qualquer forma, devem ter sido publicadas no órgão oficial do Estado. Cuidou-se, aliás, de noticiário puramente objetivo, em que não foram divulgados detalhes capazes de violar a vida íntima, a privacidade dos interessados.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 398-0 — MG — (90.0003699-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Rectes.: S/A O Estado de São Paulo e outros. Advs.: Manuel Alceu Affonso Ferreira e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Impdo.: Desembargador-Relator da Apelação Cível nº 76.349-2. Recdo.: Newton Cardoso. Adv.: José Ornelas de Melo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário (em 16.03.92 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Athos Carneiro.

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 521-0 — DF

(Registro nº 90.0006911-4)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho*

Recorrente: *Lindoal Marques de Brito*

T. Origem: *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*

Impetrado: *Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*

Recorrido: *João Baptista Coelho Aguiar*

Advogados: *Drs. Pedro Gomes Moura e Carlos Mário da Silva Velloso Filho*

Sust. oral: *Dr. Carlos Mário da Silva Velloso Filho, pelo recorrido*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. IMPETRAÇÃO DIRIGIDA CONTRA AUTORIDADE QUE NÃO PRATICOU O ATO IMPUGNADO NEM TEM COMPETÊNCIA PARA CORRIGI-LO. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. RECURSO ORDINÁRIO, A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Pádua Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de setembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: A questão foi assim relatada no Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“O EXMO. SR. JUIZ PLAUTO RIBEIRO (Relator): LINDOVAL MARQUES DE BRITO, brasileiro, casado, Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso, impetra mandado de segurança contra ato do Excelentíssimo Senhor Presidente deste Tribunal Regional Federal, Alberto José Tavares Vieira da Silva, que declarou o MM. Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, João Baptista Coelho Aguiar, titular da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, ferindo, assim, direito líquido e certo de o impetrante concorrer à remoção para a mencionada Vara.

Sustenta que o ilustre Juiz João Baptista Coelho Aguiar foi nomeado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, no dia 04.out.88, para exercer o cargo de Juiz Federal em função de auxílio ou substituição na Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Por isso, continua, “o fato de o item II do Ato nº 569, do mesmo dia, designá-lo “para assumir a titularidade plena da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, no período de 04 a 30 de outubro de 1988”, o que foi feito a título precário, não tem o condão de extirpar o verdadeiro ato de designação, feito na forma da lei” (cf. fls. 04).

Assim, prossegue, “nomeado para exercer suas funções na Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, no dia 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal, ficou investido na titularidade de Vara naquela Seção Judiciária, *ex vi* do art. 28 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, auto-aplicável. Esse foi o sentido do texto constitucional” (cf. fls. 05).

Ora, arremata, tendo sido titularizado na 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, pelo Ato nº 65, de 17.maio.1989, do Presidente deste eg. Tribunal, aqui apontado como autoridade coatora, houve evidente violação do texto

constitucional, restando lesado, em conseqüência, o direito líquido e certo de o impetrante, juntamente com outros colegas, concorrer à remoção para a referida Vara, assegurado pela Lei nº 5.677, de 19 de julho de 1971.

Por esse motivo, requer seja declarado nulo o Ato nº 65, de 17.maio.1989, “tendo em vista sua manifesta inconstitucionalidade, **por ferir o art. 28 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias** e, de conseqüência, o direito líquido e certo de o impetrante, nos termos do art. 5º da Lei nº 5.677, de 19 de julho de 1971, solicitar a remoção para a 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, ilegalmente ocupada, sendo, ao depois, a mencionada Vara oferecida para remoção, de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo” (cf. fls. 08).

A inicial veio acompanhada com a procuração e os documentos de fls. 10/23.

A autoridade apontada como coatora e o litisconsorte passivo necessário foram notificados (fls. 27/28), prestando as informações de fls. 30/33 e 35/42. O ilustre Presidente deste Tribunal sustenta a legalidade do ato impugnado, com fundamento no art. 28, *caput*, do ADCT da Constituição Federal de 1988. Interpretando esse dispositivo constitucional, diz que, *verbis*:

“... o dispositivo em comento, prestigiando o princípio isonômico previsto na parte permanente da Constituição (art. 5º, *caput*), procurou resolver, de forma definitiva, a situação dos juízes federais em função de auxílio ou substituição, conferindo-lhes a titularidade da vara na Seção Judiciária junto à qual estivessem servindo, por nomeação ou designação. Foram, assim, contemplados todos quantos, no momento da integração da regra constitucional transitória ao ordenamento jurídico, se encontrassem no desempenho de suas atividades de substituto ou auxiliar, independentemente da origem. É nesse sentido, *data venia*, que se deve compreender as expressões “nomeados ou designados” insertas no art. 28 do ADCT da CF/88” (cf. fls. 32)

Assim, conclui, “o eminente Juiz João Baptista Coelho Aguiar fora primitivamente nomeado para a Seção Judiciária do Rio de Janeiro em função de auxílio ou substituição, mas, quando da promulgação da Constituição da República/88, encontrava-se, por força de **designação**, exercendo suas ativida-

des na 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, na qual, pelo ato fustigado, veio a ser efetivado como titular” (cf. fls. 32/33).

Já o litisconsorte passivo necessário, Juiz João Baptista Coelho Aguiar, em suas informações de fls. 35/42, argúi, duas preliminares: ilegitimidade ativa *ad causam*, por que, na hipótese, “o impetrante tem mero interesse em desconstituir a titularização do impugnante, visto não ter direito subjetivo à vaga ocupada pelo ora peticionário” (fl. 36). Assim, citando ilustre doutrinador pátrio e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pede que não se tome conhecimento do pedido por falta de legitimidade do impetrante. A segunda preliminar é de ilegitimidade passiva *ad causam*, porque, na verdade, a titularização impugnada foi declarada pelo Ato nº 217, de 29 de março de 1989, do Exmo. Sr. Presidente do antigo Conselho da Justiça Federal. “Por seu turno, continua, o citado Ato nº 217, do Ministro Presidente do Conselho da Justiça Federal, foi baixado em cumprimento à decisão prolatada, à unanimidade, por aquele colendo Colegiado, ao apreciar o Processo nº 11.701-DF” (cf. fls. 38). No mérito, tecendo considerações acerca da melhor interpretação do art. 28 do ADCT da Constituição Federal de 1988, arremata que é inquestionável o direito do impugnante à titularização no Distrito Federal.

Com as informações do litisconsorte passivo, a procuração e os documentos de fls. 43/47.

O Ministério Público Federal foi ouvido (fls. 48) e manifestou-se às fls. 49/51, pela incompetência deste Tribunal, remetendo-se os autos ao eg. Superior Tribunal de Justiça.” (fls. 53/55)

O Plenário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, à unanimidade, não acolheu a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*, e por maioria acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, declarando extinto o processo, sem julgamento do mérito.

Contra essa decisão manifestou o autor recurso ordinário, sob alegação de que o ato do Egrégio Conselho da Justiça Federal de titularização na Seção Judiciária do Distrito Federal, foi um ato declaratório, que não feria direito do impetrante, por isso faltavam-lhe interesse e legitimidade para atacá-lo. Já o Ato nº 65/89 é um ato constitutivo, feridor do seu direito líquido e certo. Alega, ainda, que a decisão recorrida negou vigência ao art. 5º, LXIX, da Constituição Federal e ao art. 1º da Lei 1.533/51.

Foi o recurso encaminhado a esta Corte. Aqui, emitiu parecer a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo desprovimento do recurso.

É este o relatório.

VOTO

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. IMPETRAÇÃO DIRIGIDA CONTRA AUTORIDADE QUE NÃO PRATICOU O ATO IMPUGNADO NEM TEM COMPETÊNCIA PARA CORRIGI-LO. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. RECURSO ORDINÁRIO, A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): O ato contra o qual se rebela o douto impetrante não foi praticado pelo então Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, mas pelo então Presidente do antigo Conselho da Justiça Federal, e daí o acerto da decisão recorrida em julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito, como bem demonstra o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República: (fls. 101/105)

“Como decidiu, irretocavelmente, o Conselho da Justiça Federal, pelo voto-condutor do eminente Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, ao interpretar o artigo 28 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, “para que se opere a titularização basta que o Juiz Federal destinatário da norma esteja em exercício em determinada Vara, quer em virtude de **nomeação**, quer por motivo de simples **designação**. E a força do dispositivo se revela no comando de se proceder ao desdobramento das varas existentes, se não houver vagas. Isto é, crie-se a vaga, mediante desdobramento. A finalidade é assegurar aos Juízes mencionados no art. 28 a inamovibilidade — garantia constitucional de todos os Juízes (CF, art. 95, II). O Juiz Federal que estivesse, à data da promulgação da Constituição, em determinada Vara, seja por nomeação específica, seja por mera designação, nela se titularizou. O **exercício** é que define onde estava o Juiz Federal, quando da promulgação da Carta Magna. Assim, **nessas Varas é que deve ser titularizado**, não importando que tenha sido nomeado para outra Região,

Seção ou Vara, ou, ainda, que tenha exercido, após essa promulgação, provisoriamente, suas funções, noutras Varas. Ora, os Doutores João Baptista Coelho Aguiar e Maísa Costa Giudice, apesar de terem sido nomeados para as 1ª e 2ª Regiões e lotados nas Seções Judiciárias do Rio de Janeiro e Santa Catarina, respectivamente, encontravam-se, à data da promulgação da nova Constituição Federal (05.10.88), nas 1ª e 17ª Varas das Seccionais do Distrito Federal e São Paulo, por força de designação do Conselho da Justiça Federal. **Nessas Varas, portanto, estão titularizados**” (fls. 46/47).

Assim, bem ao contrário do que supõe o recorrente, o ato administrativo capaz de vulnerar, em concreto, o seu alegado direito de concorrer à remoção para a 1ª Vara do Distrito Federal absolutamente não foi aquele praticado pela Autoridade apontada como coatora, o Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, mas sim, à toda evidência, foi o outro, de responsabilidade do Presidente do Conselho da Justiça Federal, que fez por “declarar o MM. Juiz Federal Dr. João Baptista Coelho Aguiar... **titularizado** na Seção Judiciária do Distrito Federal” (fls. 44).

Isso porque — como, aliás, observou o Ministro WASHINGTON BOLÍVAR em seu voto, com inteira procedência — o artigo 28 do ADCT “**trata-se de norma auto-aplicável e sua transitoriedade consiste em esgotar sua finalidade tão logo se lhe dê execução**” (fls. 46).

Estéril, pois, a controvérsia que se estabeleceu em torno da natureza ou eficácia jurídica dos atos praticados pelo Conselho da Justiça Federal (Ato nº 217/89) e pelo Tribunal Federal da 1ª Região (Ato nº 65/89), já que nem um nem outro poderiam ter ido além do que foram, limitando-se, corretamente, a “declarar” a titularidade do Juiz João Baptista Coelho Aguiar.

Regra de efeito concreto, *self-enforcing*, executória por si mesma, o questionado artigo 28 do ADCT manifestamente exauriu-se com a edição, suficiente e definitiva, do ato declaratório do Conselho da Justiça Federal que, pura e simplesmente, **reconheceu** a titularidade do referido Dr. João Baptista Coelho Aguiar na vaga que ocupava, por indiscutível designação (fls. 13), na data em que foi promulgada a vigente Constituição Federal.

Nada importa que o Ato nº 217/89 do Conselho da Justiça Federal, usando de técnica discutível, tenha, afinal, declarado

a titularização do litisconsorte passivo “na Seção Judiciária do Distrito Federal” — medida que não só desafina do comando constitucional (“... ficam investidos na titularidade de varas...” — art. 28, ADCT), como também afasta-se de quando foi, expressamente, resolvido pelo Colegiado (“... nessas Varas, portanto, estão titularizados”).

O que interessa, como parece forçoso convir, é que: a) O Conselho da Justiça Federal, competente à época para praticar o ato impugnado, não poderia ter agido, como a rigor não agiu, fora das balizas fincadas pelo legislador constituinte, que, insistiu-se, outorgou titularidades aos Juizes Auxiliares ou Substitutos nas Varas ocupadas por nomeação ou designação; b) qualquer desvio, para mais ou para menos, seria absolutamente ineficaz e inconstitucional; c) possível erro de expressão não desnatura o ato, inequivocamente dirigido ao cumprimento estrito do preceito constitucional.

Em suma: o ato que colocou em execução a norma do artigo 28 do ADCT, exaurindo por completo toda a sua eficácia, outro não foi senão aquele praticado pelo Conselho da Justiça Federal — matriz inarredável da alegada violação de direito contra que se insurge o recorrente.

O ato posterior do Tribunal Regional Federal da 1ª Região — declarando o que já havia sido declarado ou visando a constituir o que já fora constituído — esse ato, notoriamente redundante e, por isso mesmo, inócuo, jamais poderia subtrair a eficácia própria, consumada e irreversível do outro, antecedente, expedido pelo Conselho da Justiça Federal, então no exercício de sua legítima e inegável competência.

Ora, como ensina SEABRA FAGUNDES, o mandado de segurança contra lei de efeito concreto “deve indicar como coator o agente executivo ao qual compita aplicar a sanção ou dar providências de execução” (O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 4ª ed., 1967, pág. 268).

“Em igual sentido, CÂNDIDO DE OLIVEIRA NETO, quando afirma que o mandado de segurança é preventivo e deve ser impetrado ‘não contra a autoridade que sanciona a lei acoimada de ofensiva a direito líquido e certo, mas sim contra a autoridade que irá executar praticamente dita lei’. Neste entendimento comungam, em substância, CASTRO NUNES, ARNOLDO WALD e REGINALDO NUNES” (conforme notícia de

MILTON FLAKS, *in* Mandado de Segurança: Pressupostos da Impetração, ed. Forense, 1980, págs. 155/156).

Não obstante, o fato incontestável é que o recorrente dirigiu o mandado de segurança “contra o Ato nº 65, de 17 de maio de 1989, publicado no DJU, Seção II, de 22 subsequente, do Excelentíssimo Senhor Juiz Presidente desse egrégio TFR” (fls. 02)... “na parte que declarou o MM. Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, Dr. João Baptista Coelho Aguiar, como titular da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal” (fl. 83).

Acontece que “o julgador não pode substituir a vontade do sujeito ativo da ação pela sua, substituindo, na relação processual por este estabelecida, o sujeito passivo, por sua ilegitimidade... **O Juiz pode corrigir equívocos de competência, mas lhe é vedado substituir o impetrado, afrontando o princípio dispositivo, pelo qual cabe ao autor escolher o réu que deseja demandar**” (STF, Pleno, CJ nº 6.034-RJ, Rel. Min. Leitão de Abreu, *in* RTJ 79/365).

E desde que o recorrente endereçou mal a sua impetração, ajuizando o *mandamus* contra autoridade que não praticou o ato verdadeiramente impugnado, nem teria competência para corrigir a ilegalidade, caso reconhecida, a solução da causa não poderia ter sido diversa da que lhe deu o acórdão hostilizado.

É como tem decidido o colendo Superior Tribunal de Justiça: “Mandado de segurança. Condição da ação. Se a impetração imputa ato a autoridade que não o praticou, afeta uma das condições da ação — legitimidade passiva *ad causam*. Não cabimento” (MS nº 103-DF, 1ª Seção, Rel. Min. VICENTE CERNICCHIARO, *in* DJ de 28.08.89, pág. 13.674); “Mandado de segurança. Autoridade Coatora. Ilegitimidade passiva... II. Ilegitimidade passiva da autoridade coatora... III. Processo não conhecido e declarado extinto, sem julgamento de mérito” (MS nº 69-DF, 1ª Seção, Rel. Min. GERALDO SOBRAL, *in* DJ de 28.08.89, pág. 13.674).”

Pelo exposto, e de conformidade com o parecer nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 521-0 — DF — (90.0006911-4) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus. Recte.: Lindoval Marques de Brito. Adv.: Pedro

Gomes Moura. T. Origem: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Impdo.: Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Recdo.: João Baptista Coelho Aguiar. Adv.: Carlos Mário da Silva Velloso Filho. Sustentou, oralmente, o Dr. Carlos Mário da Silva Velloso Filho, pelo recorrido.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 21.09.92 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Pádua Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 774 — PE
(Registro nº 9013701-2)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Maria do Socorro Benício de Carvalho*

T. Origem: *Tribunal Regional Federal da 5ª Região*

Impetrado: *Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*

Advogado: *Dr. Gustavo Rodrigues Furtado*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. PODER DISCRICIONÁRIO.

I. O ato administrativo que se inquina de feridor de direitos, passível de mandado de segurança, está incluído no rol daqueles chamados atos discricionários. A execução de tal ato não fere direitos, porquanto observadas a conveniência e oportunidades administrativas.

II. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 06 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: MARIA DO SOCORRO BENÍCIO DE CARVALHO interpõe o presente recurso em Mandado de Segurança, alegando, em resumo que fls. 98/100:

“Conforme consta dos autos do mandado de segurança, a recorrente, em concurso público da Justiça Federal habilitou a uma vaga de atendente judiciário, para nomeação e exercício da função na cidade de Fortaleza, obtendo classificação em 11º lugar.

Classificada, que fora, naquele concurso, passou a aguardar sua nomeação na forma prevista no concurso, ou seja, pela ordem de classificação e para o exercício da função na cidade de Fortaleza, Ceará.

Todavia assim não ocorreu motivado por estranha deliberação do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o qual, infringindo as regras do concurso e o direito líquido e certo da ora apelante, decidiu convocar, indistintamente de classificação, candidatos classificados para Fortaleza para exercerem suas funções naquele Tribunal, em Recife, ficando conforme o edital, garantido, entretanto, aos candidatos que não acudiram àquele edital a mesma classificação, para fins de nomeação na cidade de Fortaleza.

Acontece que assim não procedeu o Tribunal Regional da 5ª Região. Ao contrário, num procedimento tortuoso, efetivou a nomeação de vinte e quatro candidatos de Fortaleza para exercerem funções no TRE/Recife, tendo, de imediato removido (onze), para a cidade de origem, ou seja, Fortaleza, em detrimento dos candidatos que ficaram aguardando suas nomeações, os quais classificados em melhores posições que os beneficiados com a irregular transferência.

Como se vê, a resolução daquele Tribunal feriu direito líquido e certo dos candidatos, que, como a ora apelante,

aguardavam suas nomeações, e que com a esdrúxula decisão, tiveram suas vagas preenchidas irregularmente por aqueles candidatos nomeados para Recife.

Demais, revoltante e ilegal tem-se do fato de que os removidos de Recife para Fortaleza são todos candidatos classificados acima do 15º lugar, o que configura usurpação com relação aos que tiveram melhor colocação, e que por ato arbitrário tiveram os seus lugares preenchidos por aqueles, “indiretamente” nomeados “via” Recife.

Não restam dúvidas de que o ato do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, transferindo onze optantes de Recife para a cidade de origem (Fortaleza), fere direito líquido e certo da apelante, mormente sabendo-se que do resultado do ato ora impugnado advém a incerteza da existência de outras vagas para os primeiros candidatos que tiveram suas nomeações obstadas irregularmente através de ato vicioso premiando candidatos de classificação muito inferior (acima do 15º lugar), fato que agride as normas elementares do concurso e o direito da apelante.

Pela anormalidade do ato há de se convir que generalizou-se a credibilidade do cidadão no que diz respeito a insinceridade e a falta de lisura dos atos do poder público, mormente, no caso em exame, saído de ato do Poder Judiciário”.

Faz prova do que alega com certidões e documentos outros, e pede, ao final, a reforma do acórdão *a quo*, para que se lhe seja deferida a segurança pleiteada.

Nesta instância, com vista, a douta Subprocuradoria-Geral da República manifesta-se favoravelmente ao provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Faço, por primeiro, a transcrição de parte do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República — fls. 108/111:

“O r. acórdão recorrido tem ementa com o seguinte teor:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRF. ADMINISTRATIVO. APROVEITAMENTO DE CANDIDATO PARA QUADRO DE ÓRGÃO DIVERSO DAQUELE PARA

O QUAL PRESTOU CONCURSO. RECUSA. DIREITO À NOMEAÇÃO IMEDIATA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VAGAS. PRETERIÇÃO NA ORDEM CLASSIFICATÓRIA. INOCORRÊNCIA. CARÊNCIA DA SEGU-RANÇA.

I. Não há preterição na ordem de classificação se permanece garantida a expectativa de direito do candidato ser nomeado, tão logo surja vaga no Quadro de Pessoal do Órgão para o qual prestou concurso.

II. Ao recusar proposta de aproveitamento no Quadro do Tribunal, o candidato usou de prerrogativas a ele conferidas por normas editalícias, sem que tal implique no direito de nomeação imediata para a Seção Judiciária para a qual prestou concurso, porquanto este depende da existência de vagas e da conveniência da administração.

III. Ao colocar servidores de seu Quadro à disposição de outros Órgãos, não comete o administrador qualquer abuso ou ilegalidade porquanto tal ato é praticado com fundamento na discricionariedade qual a lei lhe confere.

IV. É de se indeferir a segurança impetrada à míngua de abuso ou ilegalidade no ato que se ataca”.

Data maxima venia merece reforma o r. acórdão de fl. 77/83.

A Constituição erigiu como princípios a nortear a administração pública, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade (CF, art. 37, *caput*).

Como bem anotou a ilustre representante do Ministério Público, Dra. DALVA BEZERRA DE ALMEIDA CAMPOS, em parecer, às fls. 72/74:

“É da essência do concurso público que a nomeação atenda à ordem de classificação.

A impetrante, classificada em 11º lugar ao Concurso de Atendente Judiciário da Justiça Federal de 1ª instância para exercer as funções na cidade de Fortaleza, foi preterida nesta mesma seção judiciária por outros candidatos com classificação inferior à sua.

A impetrante foi aprovada em concurso, daí a expectativa do direito à nomeação, ou seja o direito ao exercício do cargo de preferência àqueles com classificação inferior.

O procedimento usado pelo impetrado com convocação editalícia dos candidatos para servirem na cidade do Recife (a impetrante não se manifestou pois a aprovação lhe dava direito a ser lotada na cidade de Fortaleza, e posterior ato que punha estes candidatos à disposição da Justiça Federal de 1ª instância, alguns por tempo limitado, outros por tempo ilimitado, como Vera Lúcia Carneiro, classificada em 61º lugar), mostra apenas o artifício utilizado para preterir direito líquido e certo da impetrante.

Por outro lado, se estes servidores convocados para Recife e postos à disposição da cidade de Fortaleza para exercer a função de atendente Judiciário, percebem os vencimentos relativos à função, houve preenchimento do cargo em preterição aos melhores classificados”.

In casu, o ato da ilustre autoridade impetrada revestiu-se apenas de aparente legalidade. No exame do ato administrativo não importa apenas o objeto, a competência e a forma, mas também a finalidade e o motivo — requisitos essenciais à sua formação.

A finalidade do ato era o aproveitamento, mediante opção, dos candidatos concursados no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, sediado em Recife, nas vagas existentes sob a presunção legal de necessidade do serviço, pois não se compreenderia uma nomeação desprovida de motivo, para preenchimento de cargos desnecessários.

No entanto, o que se vê nos autos é a nomeação de 24 (vinte e quatro) candidatos para aquele Tribunal em Recife e, em seguida, a colocação de 11 (onze) deles à disposição da Seção Judiciária do Ceará, em Fortaleza, uns por tempo limitado, outros por tempo ilimitado, como é o caso da candidata classificada em 61º lugar.

Sustentar, como o fez o v. acórdão recorrido que a prática desses atos se insere no chamado poder discricionário, é o mesmo que afirmar que o ato foi praticado com desvio de finalidade, pois de fato o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, como restou provado, não carecia de todos os funcionários nomeados.

Parece óbvio o artifício e o desvio de finalidade do ato impugnado em evidente abuso de poder e prejuízo dos candidatos de melhor classificação, como é o caso da impetrante e ora recorrente.

O ato impugnado agrediu os princípios e as normas que devem pautar toda a conduta administrativa”.

Em síntese, o que nos é apresentado, assim se pode resumir:

a) a recorrente prestou concurso para o Poder Judiciário, sendo aprovada, surgiu-lhe a expectativa de direito de ser nomeada;

b) a administração editou ato que abria oportunidade de os aprovados em concurso optassem por sua nomeação para a cidade de Recife;

c) inexistente a opção da recorrente, esta ficou aguardando nomeação para a cidade de Fortaleza;

d) aos candidatos optantes para Recife foi deferido o direito de “ficar à disposição” da Seção Judiciária do Ceará;

e) esta hipótese é que, no entender da impetrante, ora recorrente, está a ferir seu direito.

Do que até agora se expôs, há de se tirar conclusões que se digladiam em correntes de escol: a primeira professa o entendimento, adotado no v. acórdão combatido, que tais atos se inserem no poder discricionário da administração — conveniência e oportunidade —, não estando tais atos sujeitos ao crivo do Judiciário; ademais, a reforço do entendimento acima, a mera expectativa de direito (como no caso presente) não está acobertada por liquidez e certeza, pressupostos do *writ of mandamus*. A segunda conclusão, coerente em parte com a primeira, leva-nos a um raciocínio que a conveniência e oportunidade da administração são fatos e merecem o devido acatamento.

Assim, se premido pelas circunstâncias, que lhe são próprias, a administração, no uso de seu poder discricionário, coloca à disposição de órgãos que lhe são subordinados, seus funcionários, não está ferindo direito líquido e certo de ninguém, porquanto o funcionário à disposição não pertence ao quadro do órgão, mas sim ao quadro daquele que o colocou a disposição.

Por não vislumbrar a ameaça ao alegado direito líquido e certo, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente. Se o pedido fosse para ela ser nomeada para o Quadro do Tribunal e ser colocada à disposição da Seção de Fortaleza, eu concederia a segurança. Mas o pedido é para ser nomeada para Fortaleza, e lá não existe vaga. Então,

se ela está pedindo para ser nomeada para a Seção de Fortaleza, e não existe vaga, e o edital já garantiu a preferência dela e, além do mais, a preferência é garantida pela própria Constituição, acompanho V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 774 — PE — (9013701-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Maria do Socorro Benício de Carvalho. T. Origem: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Impetrado: Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Advogado: Dr. Gustavo Rodrigues Furtado.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 06.05.91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 793 — MS (Registro nº 913700)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Orlando Prado e Silva*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul*

Impetrados: *Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e Secretário de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul*

Recorrido: *Estado de Mato Grosso do Sul*

Advogados: *Drs. José Goulart Quirino e Sandra Calligaris*

EMENTA: FUNCIONALISMO. CARGO EM COMISSÃO. ESTABILIDADE.

I. A estabilidade em cargo comissionado não foi assegurada pela Constituição de 1988. Aliás, cargos de confiança têm como pressuposto essencial a demissão e admissão *ad nutum* da Administração.

II. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: ORLANDO PRADO E SILVA, irresignado com a denegação do *writ* impetrado contra ato dos Exmos. Srs. Governador e Secretário de Administração do Estado de Mato Grosso do Sul, recorre a este Tribunal, querendo ver reformada a decisão, com a final concessão da ordem.

A tese defendida pelo recorrente é a de que, com o advento da Constituição de 1988, ele, contando com o tempo necessário em exercício de cargo em comissão, estaria alcançado pela estabilidade preconizada na Carta Magna, no cargo comissionado.

Os autos obtiveram parecer da douta SGR que manifestou-se pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Parecer da ilustrada SGR apontou a exata solução para a questão. Transcrevo-o no essencial, como razões de decidir: fls. 138/139.

“3. As razões de recurso (fls. 108/122) não infirmam o acerto do v. acórdão. Não trouxe o recorrente nenhuma tese que demonstre compatibilidade entre o cargo de comissão e o instituto da estabilidade.

4. Aduziu, com propriedade, o Estado de Mato Grosso do Sul (fls. 125/133) nas contra-razões "... querer fazer crer que o cargo que ocupa no Estado é em comissão apenas na denominação, conquanto real e efetivamente exerce cargo que não implica no desempenho de atribuições políticas, mas sim no exercício de função ou científica, *data venia*, é não saber caracterizar cargo de provimento em comissão e cargo de provimento efetivo".

5. Com efeito, o impetrante-recorrente foi nomeado para exercer o cargo em comissão de Procurador Regional, símbolo DAS-3, do Quadro Permanente do Estado de Mato Grosso do Sul. Vale reafirmar que cargo de comissão é cargo de confiança, não assegurando ao seu ocupante a garantia da estabilidade.

6. Aliás, o recorrido traz à baila precedente julgado pelo Col. Tribunal de Justiça que, por sua semelhança ao caso *sub examem*, merece ser transcrito *in verbis*:

"FUNCIONÁRIO PÚBLICO — Cargo em comissão — Estabilidade — Direito não assegurado pelo § 2º do artigo 19 das Disposições Transitórias da Constituição da República — Segurança denegada. Mandado de Segurança n. 10.106-0-São Paulo — Impetrante: Jamil Calil — Impetrado: Presidente da Mesa da Assembléia Legislativa — Interessada: Carmem Lúcia Gelfuso. (RJTJESP, ed. LEX 120/424)".

Consta do voto:

"Infelizmente contrapõe-se ao alegado direito do impetrante o § 2º do artigo 19 das Disposições Transitórias da Constituição da República.

Verdade é que o *caput* do dispositivo considerou estáveis no serviço público os servidores públicos civis da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, há pelo menos cinco anos continuados.

No entanto, seguindo os Constituintes velho prazo no Direito Administrativo, muito saudável, excepcionou o § 2º do mesmo artigo os ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão.

Ora, o impetrante ocupava o cargo de Assistente Técnico Legislativo — Procurador em comissão, como fazem certo os documentos acostados aos autos.

O douto HELY LOPES MEIRELLES, no seu "Direito Administrativo Brasileiro", ed. 1979, pág. 415, é minuciosa ao ensinar que "É por isso que os nomeados em comissão e os admitidos na forma do artigo 106 da Constituição, cujos vínculos empregatícios têm sempre um caráter provisório, jamais adquirem estabilidade."

A conclusão é pela inexistência de direito líquido e certo na pretensão do impetrante que é negada" (fls. 132/133)."

Diante de todo o exposto, ao entendimento que a r. decisão *a quo* bem decidiu a lide, confirmo-a, negando provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 793 — MS — (913700) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Orlando Prado e Silva. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrados: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e Secretário de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Advogados: Drs. José Goulart Quirino e Sandra Calligaris.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 20.05.91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Geraldo Sobral e Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 964-0 — RJ (Registro nº 91.0006757-1)

Relator: *Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrentes: *Expresso São Luiz Ltda. e outro*

Advogados: *Drs. Carlos Augusto Jatahy Duque Estrada Júnior e outro*

T. Origem: *Tribunal Regional Federal da 2ª Região*

Impetrado: *Juízo Federal da 9ª Vara-RJ*

Recorrido: *Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER*

Advogados: *Dr. Emmanuel Raymundo Coimbra Tabosa e outro*

Recorrida: *Rotas de Viação do Triângulo Ltda.*

Advogados: *Drs. Sérgio Sahione Fadel e outros*

Recorrida: *Nacional Expresso Ltda.*

Advogados: *Drs. Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho, Agostinho Fernandes Dias da Silva e outros*

Recorrida: *Empresa Gontijo de Transportes Ltda*

Advogado: *Dr. Antônio Wenceslau Filho*

Recorrida: *Empresa de Transportes Andorinha S/A*

Advogado: *Dr. Marcos Tadeu Gaiott Tamaoki*

Recorrida: *Nortesul Transportes de Passageiros Ltda.*

Advogado: *Dr. Ramiro de Lima Dias*

EMENTA: Mandado de segurança. Ato judicial. Impetração por terceiro atingido pelo ato atacado. Litisconsórcio necessário. Não caracterização, no caso. CPC, arts. 47, parágrafo único, e 499. Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, artigo 19.

I. A jurisprudência prevalente é no sentido de que o terceiro prejudicado tem legitimidade para impetrar segurança a fim de anular sentença proferida em outro processo de que deveria participar na qualidade de litisconsorte necessário, mas deixou de fazê-lo por não ter sido citado para a causa. Precedentes.

II. No caso, porém, a qualidade de litisconsorte necessário das impetrantes na ação ordinária, em que foi proferido o acordo homologado que pretendem desconstituir, não se acha configurada. Com efeito, naquela demanda a autora não pleiteou o desfazimento de nenhuma permissão de transporte interestadual de que fossem titulares as impetrantes, mas apenas que lhe fosse outorgada licença para a exploração de linhas rodoviárias interestaduais de transporte coletivo de passageiros.

III. Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Ministro Relator os Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz.

Custas, como de lei.

Brasília, 07 de outubro de 1992 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, manifestado por EXPRESSO SÃO LUIZ LTDA. E OUTRO contra acórdão da Primeira Turma do TRF — 2ª Região, assim ementado (fls. 443):

“PROCESSUAL CIVIL — MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL.

I. Admite-se Mandado de Segurança contra ato judicial passível de recurso sem efeito suspensivo.

II. Incabível o *writ* para anular acordo homologado pelo Juiz, em que o DNER desistiu do recurso de apelação, impetrado por terceiro que se considera litisconsorte passivo necessário naquela ação, posição esta expressamente repelida na sentença, admitindo-se que seria caso de mera assistência.

III. Carência da ação mandamental”.

Naquela assentada, a Juíza Tânia Heine, Relatora do feito, proferiu o voto-condutor daquele aresto, nestes termos (fls. 437-439):

“Trata-se de mandado de segurança impetrado contra Ato do MM. Juiz da 9ª Vara Federal pretendendo desconstituir a homologação da desistência do recurso do DNER, que foi objeto de acordo.

Nesse processo, em que a Empresa Viação do Triângulo Ltda. obteve a concessão da linha de ônibus São Paulo — Porto Velho, através de petição, a autora, cedeu os seus direitos de permissão para exploração do referido trecho à Empresa Nacio-

nal Expresso Ltda. O DNER e a Empresa Gontijo de Transportes Ltda. desistiram do recurso, sobrevivendo a homologação do acordo pelo MM. Juiz (fls. 69/73).

Na contestação o DNER requeria que as Empresas Colibri Transportes Ltda., Nortedul e a ora impetrante viessem integrar a lide, tendo o Juiz, na sentença, considerado que não era caso de litisconsórcio necessário, pois elas teriam seus mercados atingidos mas não exploram integralmente a mesma linha (fls. 68).

De acordo com a Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal, “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

A Súmula citada enfatiza o disposto no art. 5º da Lei nº 1.533/51, *in verbis*:

“Art. 5º — Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

II. de despacho ou decisão judicial quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição”.

A jurisprudência vem elaticendo esse princípio e admitindo sua utilização em hipóteses onde o recurso não tem efeito suspensivo, desde, que, concomitantemente com o *writ* a parte interponha a medida cabível no processo principal.

No Recurso Extraordinário nº 101.879, julgado em 17.03.87, sendo Relator o Ministro Sidney Sanches, aquela Egrégia Corte foi além. Empresas Reunidas Paulista de Transporte havia impetrado mandado de segurança contra ato do DNER, visando desconstituir o prolongamento do itinerário concedido à Viação São Luiz, ora impetrante.

Esta impetrou mandado de segurança contra a sentença do Juiz, alegando que seria litisconsorte passiva necessária. O TFR apesar de lhe reconhecer essa qualidade, não desconstituiu a sentença, pois havia recurso do DNER, que aproveitava à impetrante.

Nesse recurso extraordinário mencionam-se julgados do Pleno do STF, em que se sustenta que a Súmula nº 267 daquela Egrégia Corte não se aplica ao terceiro prejudicado que não integrou a lide e concluiu-se que a determinação da sentença implica em dano de difícil reparação, pois o recurso do DNER não tinha efeito suspensivo. Conhecendo do recurso, o STF deu-lhe provimento para conceder a segurança, desconstituindo a

sentença do mandado de segurança original e o acórdão que a confirmara, determinando que outra fosse prolatada.

Havendo, portanto, a Corte Suprema aventado tal possibilidade, concedi a liminar requerida.

Numa análise mais profunda deste caso, entretanto, verifico que as nuances são diferentes.

Rotas de Viação do Triângulo Ltda., que veio aos autos sem ser citada, eis que o endereço em que apresenta na sua petição, Rua Januária nº 279, Pirapora, Minas Gerais, é residência familiar, tendo o Sr. Oficial de Justiça certificado, inclusive, que essa empresa nunca operou ou possuiu sede naquela cidade (certidão de fls. 171 verso). Já tendo cedido a terceiros a concessão da linha, que obteve na ação da 9ª Vara Federal, não tinha, inclusive, interesse que justificasse o seu pedido de reconsideração da liminar.

Apesar das peculiaridade do caso, estamos diante de um processo que transitou em julgado, e o meio legal cabível para desconstituir a sentença seria através de ação rescisória.

Por outro lado a qualidade de litisconsorte passiva necessária da autora foi expressamente negada na sentença, ao contrário, do que foi objeto daquele recurso extraordinário.

Não nego, que, se essa for evidentemente a sua posição na lide, o cumprimento da sentença irá trazer danos, mas que poderão ser reparados através de ação própria.

Admitir-se o mandado de segurança com tal finalidade, desconstituir sentença transitada em julgado, seria admitir uma extensão que fere os princípios que norteiam o *writ* contra ato judicial.

Julgo, portanto, o impetrante carecedor de ação”.

Daí o presente recurso ordinário, em que as impetrantes alegam que, ao assim decidir, o julgado recorrido contrariou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte no sentido de que (fls. 449) o terceiro interessado desde que não tenha interposto outro recurso pode impetrar mandado de segurança para desconstituir sentença transitada em julgado”. A seguir, aduzem (fls. 452-453):

“As recorrentes foram prejudicadas de maneira grave e irreparável ao não terem sido chamadas para integrar a lide, tendo como autor a “empresa” Rotas de Viação do Triângulo Ltda. e réu o DNER. Requerida pelo promovido a citação das empresas ANDORINHA, GONTIJO, COLIBRI, EXPRESSO SÃO LUIZ e NORTE SUL como litisconsortes passivas necessárias,

o douto juiz processante desacolheu o pedido, ao fundamento de que se tratava de meras assistentes.

A recorrente Empresa COLIBRI Transporte Ltda., tem permissão do DNER para explorar a linha de passageiros no trecho de Cuiabá (MT) — Porto Velho (RO).

A recorrente Expresso São Luiz Ltda., tem permissão do DNER para explorar as linhas Cuiabá (MT) — Brasília (DF), Cuiabá (MT) — Goiânia (GO), Cuiabá (MT) — Belo Horizonte (MG), todas com seção em Mineiros (GO) e Mineiros (GO) — São Paulo (SP).

A pretensa “empresa” Rotas de Viação do Triângulo Ltda., que não obteve do DNER permissão para explorar qualquer linha interestadual de transporte coletivo de passageiros e nem permissão para fretamentos, através de procedimento pouco recomendável conseguiu induzir o ilustre Juiz processante a cometer lamentável equívoco conferindo à dita “empresa” permissão para explorar a linha Porto Velho (RO) — São Paulo (SP), o que, de forma evidente contrariou o Regulamento específico. É que interferiu nas linhas já regularmente e anteriormente concedidas e exploradas pelas recorrentes.

É que a implantação de seção em linhas existentes submete-se a condição expressa no Regulamento dos Serviços Rodoviários Interestaduais e Internacionais de Passageiros, art. 44 do Decreto nº 92.353, de 31 de janeiro de 1986.

O que foi apurado no decorrer daquele Mandado de Segurança ora recorrido, é da maior gravidade, pois a pretensa “empresa” Rotas de Viação do Triângulo Ltda. não possui legitimidade jurídica para requerer qualquer coisa; e mais grave ainda a referida “empresa” ilaqueou de forma inescrupulosa a boa-fé daquele ilustre Juiz processante”.

Os litisconsortes ROTAS DE VIAÇÃO DO TRIÂNGULO LTDA., NACIONAL EXPRESSO LTDA. EMPRESA CONTIJO DE TRANSPORTES LTDA. e o DNER ofereceram contra-razões (fls. 495-506; 522-525; 527-529; e 531-534).

Subindo os autos, manifestou-se a douda Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Francisco José Teixeira de Oliveira, ilustre Subprocurador-Geral, no sentido de que sejam mantidas as conclusões do acórdão recorrido (fls. 547-550).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Mandado de segurança. Ato judicial. Impetração por terceiro atingido pelo ato atacado. Litisconsórcio necessário. Não caracterização, no caso. CPC, arts. 47, parágrafo único, e 499. Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, art. 19.

I. A jurisprudência tem-se posicionado no sentido de que o terceiro prejudicado tem legitimidade para impetrar segurança a fim de anular sentença proferida em outro processo de que deveria participar na qualidade de litisconsorte necessário, mas deixou de fazê-lo por não ter sido citado para a causa. Precedentes.

II. No caso, porém, a qualidade de litisconsorte necessário das impetrantes na ação ordinária, em que foi proferido o acordo homologado que pretendem desconstituir, não se acha configurada. Com efeito, naquela demanda a autora não pleiteou o desfazimento de nenhuma permissão de transporte interestadual de que fossem titulares as impetrantes, mas apenas que lhe fosse outorgada licença para a exploração de linhas rodoviárias interestaduais de transporte coletivo de passageiros.

III. Recurso ordinário desprovido.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): A jurisprudência desta Corte, do Supremo Tribunal Federal e do extinto Tribunal Federal de Recursos posicionaram-se no sentido preconizado pelas recorrentes, isto é, no de que o terceiro prejudicado tem legitimidade para requerer mandado de segurança, visando à desconstituição de ato judicial, ainda que não haja interposto o recurso cabível. Eis os precedentes:

“Mandado de Segurança — Decisão recorrível — Terceiro prejudicado.

A restrição imposta pelo art. 5º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, consubstanciada também na Súmula do Supremo Tribunal, Verbete 267, não se aplica ao terceiro prejudicado que não integrou a lide, sendo irrelevante, no caso concreto, haverem os impetrantes sido intimados da sentença, vez que os mesmos foram excluídos da demanda por decisão proferida em correição parcial.

Recurso extraordinário não conhecido”. (REsp nº 80.191-SP — Rel. Sr. Ministro Cunha Peixoto. Julgado em 28.04.1977 — RTJ 87/96);

Mandado de Segurança. Ato judicial. Excesso de execução em detrimento de terceiro. A não exigência de requisito imprescindível para a admissibilidade de mandado de segurança contra ato judicial, se explica, no caso, pela não participação da impetrante no *mandamus* anterior nem em sua execução. A razão determinante da interposição, em tempo hábil, do recurso ordinário cabível e a de evitar que se consuma a preclusão da matéria contida na decisão impugnada no *writ* o que somente poderá ocorrer entre as partes jungidas ao litígio. Estando, como está, a impetrante na posição de terceiro prejudicado, evidente que os efeitos da preclusão não poderiam alcançá-la, vez que não estava obrigada a recorrer. Este é o entendimento lógico e racional, visto como a decisão judicial não obriga a quem não se vinculou, a qualquer título, a relação processual da demanda. A segurança originária foi concedida em parte e, dela, não recorreu a impetrante. O acórdão deste tribunal confirmou a sentença, sem alterações, denegado o recurso do INPI. Passada em julgado a sentença, não poderia mais sofrer modificação no seu conteúdo. Estava definido o âmbito da decisão mandamental a ser cumprida. O ato impugnado, no entanto, ao mandar cumprir o acórdão, o fez com apoio na fundamentação do voto vencedor, cujo alcance preponderou sobre a conclusão da coisa julgada. É postulado assente em processualística que não pode o juiz da execução alterar o que consta da parte dispositiva da sentença. Concessão da segurança. (MS nº 95.061-RJ — TFR — Rel. Ministro Wilson Gonçalves — Julg. 22.06.82 — DJ, 14.10.82);

“Mandado de segurança. Ato judicial. Inexistência dos pressupostos. Descabimento. Se o litisconsorte necessário não é chamado ao processo, tal como exigido no art. 47 e parágrafo único do CPC, pode sobrevir-lhe dano irreparável, pois não estaria obrigado a recorrer da sentença contrária como terceiro prejudicado (CPC, art. 499). A existência do pressuposto “dano irreparável” desativa-se, porém, quando há recurso do outro consorte, nas condições previstas no art. 509 do CPC, capaz de levar ao conhecimento da superior instância o vício do processo, tanto mais que suspenso a eficácia da sentença devida a concessão da medida liminar. Indeferimento do *writ*. (MS nº 92.512-RJ — TFR

— Rel. Ministro Gueiros Leite — Julg. 04.11.81 — DJ 22.04.82);

“Mandado de segurança. Ato judicial. Impetração por terceiro atingido pelo ato atacado. Propriedade industrial. Medida cautelar concedida em ação anulatória de patente. Descabimento, no caso.

I. O terceiro atingido por ato judicial não precisa dele recorrer para fins de atacá-lo, através de mandado de segurança, segundo a jurisprudência desta corte e do excelso pretório.

II. A concessão liminar de cautelar em ação anulatória de patente, consistente em sustar os efeitos desta, implicou, no caso, em ofensa a direito subjetivo de terceiro titular do direito de explorar a patente. Com efeito, o requisito aparência do bom direito (*fumus boni juris*), em tal hipótese, exsurge em favor daquele que tem o registro da marca e não, como afirmado no ato atacado, em prol do autor da ação anulatória.

III. Mandado de segurança conhecido e concedido”. (MS nº 100.965 — SP — TFR — Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro — Julg. 24.04.84 — DJ, 22.06.84);

“Mandado de Segurança. Ato judicial. Impetração de terceiro prejudicado.

O terceiro atingido pelo ato judicial pode impugná-lo por mandado de segurança, mesmo sem que haja interposto o recurso cabível.

Não cabe ao juízo do inventário controlar os atos de disponibilidade dos bens sociais, enquanto perdurar a apuração de haveres dos herdeiros do sócio premorto.

Recurso conhecido e provido”. (ROMS nº 150-DF — STJ — Rel. Ministro Gueiros Leite — Julgado 03.04.90 — DJ de 07.05.90);

“Mandado de Segurança. Ato judicial. Terceiro prejudicado. Cabe mandado de segurança de terceiro atingido por ato judicial. Ainda que não haja interposto o recurso cabível. Hipótese excepcional. Onde o imperativo da citação de litisconsorte necessário não foi atendido, daí a concessão da segurança, pela turma para anular sentença proferida em ação anulatória. Recurso ordinário provido em parte”. (ROMS nº 317-MG — STJ — Rel. Ministro Nilson Naves — Julgado 03.04.90 — DJ 29.10.90).

Na espécie, porém, a questão fundamental consiste em saber se as impetrantes são detentoras de interesse jurídico ensejador da sua qualificação como terceiras prejudicadas interessadas em desconstituir a coisa julgada relativamente a ação ordinária, de que, segundo sustentam, deveriam participar do processo na qualidade de litisconsortes necessárias.

Creio que, no caso, não há identificar aquele interesse jurídico, ocorrendo apenas interesse de fato. Com efeito, na ação ordinária proposta pela EMPRESA DE VIAÇÃO DO TRIÂNGULO LTDA. contra o DNER, a autora não pediu o **desfazimento de nenhuma permissão concedida às impetrantes**. Pediu apenas que fosse condenado o réu (fls. 42) “a outorgar à autora licença para a exploração das linhas rodoviárias interestaduais de transporte coletivo de passageiros “Porto Velho (RO) — São Paulo (SP)” e “Porto Velho (RO) — Uberlândia (MG)”, de acordo com as características operacionais que o mesmo DNER deve aprovar, na forma da regulamentação em vigor, condenando-o ainda nas custas e em honorários advocatícios”.

Note-se, a propósito, que o invocado precedente do Excelso Pretório, proferido no RE 101.879-RJ (RTJ 123/1.082), cuja cópia se encontra a fls. 131-137, versa sobre hipótese diferente daquele objeto desta impetração. Refere-se o citado precedente a mandado de segurança impetrado pela VIAÇÃO SÃO LUIZ LTDA. contra sentença do Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, proferida em outro mandado de segurança do qual foi impetrante EMPRESAS REUNIDAS PAULISTA DE TRANSPORTE LTDA. e impetrado o DNER. No seu douto voto o ilustre Relator, Min. Sydney Sanches, aduz que o objetivo da impetrante era **desconstituir autorização dada à então recorrente, Viação São Luiz Ltda.**, para explorar itinerário de linha de que era permissionária, deixando claro (RTJ 123/1.001):

“Na verdade, se se visava a desconstituição da autorização dada pelo DNER à Viação São Luiz Ltda. para explorar a linha de transporte rodoviário, no trecho já referido não pode haver dúvida de que esta havia de ser citada para os termos do processo, para querendo defender a autorização impugnada.

O litisconsórcio necessário tem lugar se a decisão da causa propende acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo (STJ — RT 594/248).

Não importa que no caso o DNER estivesse no pólo ativo da autorização e a São Luiz no pólo passivo, aquele como autorizante e esta como autorizada.

Pretendia-se desfazer a autorização como um todo o que obviamente haveria de afetar ambas as partes, autorizante e autorizada, pois os direitos e obrigações de um e outro derivavam do mesmo fundamento de direito, assim como na anulação de mesma escritura de venda e compra, pleiteada por terceiro, vendedor e comprador são litisconsortes passivos necessários, embora estejam em pólos diversos no contrato pois seus direitos e obrigações decorrem destes.

Podê-se dizer, até que a subsistência da autorização dada pelo DNER à Viação São Luiz era um ponto de comunhão de direitos entre o autorizante e a autorizada”.

Em resumo: não havia mesmo como se admitir a participação das impetrantes, como litisconsortes necessárias, na ação ordinária. Daí que o acordo homologado, que encerrou o referido litígio, pode ter-lhes causado prejuízo de fato, mas não prejuízo jurídico, a ser sanado através desta impetração.

Cumpra assinalar que as questões fáticas, relativas à constituição da empresa ROTAS DE VIAÇÃO DO TRIÂNGULO LTDA., não podem ser apreciadas no âmbito desta impetração.

Acerca da controvérsia, argumentou, aliás, na mesma linha de raciocínio, o douto parecer da Subprocuradoria-Geral da República, ao aduzir (fls. 547-549):

“Cumpra se afaste, nesta fase recursal, o exame das questões fáticas pertinentes à existência legal da transportadora ROTAS DE VIAÇÃO DO TRIÂNGULO LTDA. ora litisconsorte passiva e autora da ação ordinária em que se celebrou o acordo, pois tal não caberia na via estreita do mandado de segurança. Impõe-se, isto sim, reexaminar as conclusões do respeitável acórdão recorrido sob o duplo aspecto, do cabimento do *writ* para anular a decisão judicial transitada em julgado, e da alegada posição das ora recorrentes, como litisconsortes passivas necessárias na ação ordinária que se extinguiu por acordo, sem a sua participação.

É pacífico na jurisprudência que não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado, nem deve ser utilizado como substitutivo da ação rescisória (Súmulas 267 e 268 do STF).

Podê-se argumentar que tais princípios permitem o abrandamento adotado, *e.g.*, nos arestos noticiados pelo respeitável acórdão recorrido — Recurso Extraordinário nº 101.879 (fls.

438) —, e nas razões de recurso de fls. 449 (Recurso em MS 317 — 3ª Turma do STJ). Neles, é bem verdade se reconheceu excepcionalmente ao terceiro prejudicado pelo ato judicial, legitimidade para anulá-lo, pela via mandamental, sem interposição do recurso cabível, ao pressuposto da não citação do litisconsorte necessário, caso de ilegalidade flagrante (art. 47 do CPC).

Na espécie, porém, resultou indemonstrado dito litisconsórcio. A autora da ação ordinária, ROTAS DE VIAÇÃO TRIÂNGULO LTDA., obteve mediante acordo nos autos respectivos, permissão do DNER para explorar a linha de ônibus entre São Paulo (SP) e Porto Velho (RO). Sendo as impetrantes e ora recorrentes titulares de permissões para a exploração de outras linhas, as circunstâncias de algumas destas possuírem seções naquele trecho, quando muito, na expressão das mesmas recorrentes, poderia atingir os seus mercados.

Como é consabido, o litisconsórcio necessário exige, para a sua configuração, uma só unidade de direito substantivo entre várias pessoas, de modo que o juiz, tendo de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes, ordenará a sua citação, como condição de eficácia da sentença que vier a prolatar. Dita unidade, no caso de transportadoras que explorem linhas distintas, inexistente. Tanto é assim que o direito que corresponde à permissão pretendida impugnar — exploração da linha São Paulo — Porto Velho — não interferiu no direito das impetrantes à exploração dos trechos que mencionam na inicial. Isso porque, na ação ordinária, a autora, ora litisconsorte passiva, postulou direito próprio à exploração da referida linha, continuando as impetrantes com direito à exploração daquelas outras que detêm por permissão do DNER. A alegada possibilidade de atingimento dos seus mercados — tese sustentada pelas recorrentes — revela mero interesse econômico, não jurídico, que não justificaria sequer a assistência prevista no art. 50 do CPC”.

Isto posto, em conclusão, nego provimento ao recurso.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, acompanho o voto de V. Exa. e louvo o estudo jurídico e jurisprudencial feito no seu douto voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 964-0 — RJ — (91.0006757-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Rectes.: Expresso São Luiz Ltda. e outro. Advogados: Carlos Augusto Jatahy Duque Estrada Júnior e outro. T. Origem: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Impdo.: Juízo Federal da 9ª Vara-RJ. Recda.: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER. Advogados: Emmanuel Raymundo Coimbra Tabosa e outro. Recda.: Rotas de Viação do Triângulo Ltda. Advogados: Sérgio Sahione Fadel e outros. Recda.: Nacional Expresso Ltda. Advogados: Antonio Vilas Boas Teixeira de Carvalho, Agustinho Fernandes Dias da Silva e outros. Recda.: Empresa Gontijo de Transportes Ltda. Adv.: Antonio Wenceslau Filho. Recda.: Empresa de Transportes Andorinha S/A. Adv.: Marcos Tadeu Gaiott Tamaoki. Recda.: Nortesus Transportes de Passageiros Ltda. Adv.: Ramiro de Lima Dias. Sustentaram, oralmente, os Drs. Antonio Vilas Boas Teixeira de Carvalho pela Nacional Expresso Ltda., e Sylvio Fiorencio, Subprocurador-Geral da República.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 07.10.92 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.178-0 — RS

(Registro nº 91.0014501-7)

Relator: *Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Drs. Pedro Surreaux de Oliveira e outro*

T. de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*

Impetrado: *Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*

Recorrido: *Estado do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Drs. Gabriel Pauli Fadel e outro*

EMENTA: Concurso público. Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Limite de idade. Restrições. Impossibilidade. Constituição, arts. 7º, III, 37, I, e 39, § 2º.

I. É inconstitucional o art. 6º, II, da Lei Estadual nº 8.798, de 04.01.89, que, ao alterar o inciso II do artigo 6º da Lei 7.705, de 21.09.82, estabeleceu, para os candidatos ao cargo de Procurador do Estado, o limite máximo de quarenta anos de idade, ainda que servidor público, até o primeiro dia do prazo de inscrição.

II. O citado dispositivo legal não se ajusta ao comando emergente do art. 7º, XXX, da Constituição Federal, aplicável aos servidores públicos, inclusive estaduais, *ex vi* do seu art. 39, § 2º.

III. Argüição de inconstitucionalidade que se suscita, a ser dirimido pela Colenda Corte Especial (RISTJ, art. 200).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, com ressalva do Senhor Ministro Hélio Mosimann, concluir no sentido da inconstitucionalidade do art. 6º, inciso II, da Lei Estadual nº 8.798, de 04 de janeiro de 1989. Em decorrência, remeter os autos à Corte Especial, nos termos do art. 200 do Regimento Interno. Votaram com o Ministro Relator os Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Ausente, ocasionalmente, o Senhor Ministro Américo Luz.

Custas, como de lei.

Brasília, 07 de outubro de 1992 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL — Seção do Rio Grande do Sul

impetrou mandado de segurança coletivo contra ato do Sr. Procurador-Geral que indeferiu a inscrição de 133 advogados no concurso público para ingresso na carreira de Procurador do Estado, em razão do limite de idade.

Recorre a impetrante da decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado que julgou improcedente o incidente de inconstitucionalidade proposto pelo 1º Grupo Cível do mesmo Tribunal, referente ao inciso II do art. 6º da Lei Estadual nº 8.798/89 que alterou o Estatuto dos Procuradores do Estado, estabelecendo limite de idade. Sustenta ser o dispositivo inconstitucional, em face do contido no art. 7º, XXX, da Constituição Federal.

Subindo os autos o Ministério Público manifestou-se às fls. 168-172 pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Concurso público. Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Limite de idade. Restrições. Impossibilidade. Constituição, arts. 7º, III, 37, I, e 39, § 2º.

I. É inconstitucional o art. 6º, II, da Lei Estadual nº 8.798, de 04.01.89, que, ao alterar o inciso II do art. 6º da Lei 7.705, de 21.09.82, estabeleceu, para os candidatos ao cargo de Procurador do Estado, o limite máximo de quarenta anos de idade, ainda que servidor público, até o primeiro dia do prazo de inscrição.

II. O citado dispositivo legal não se ajusta ao comando emergente do art. 7º, XXX, da Constituição Federal, aplicável aos servidores públicos, inclusive estaduais, *ex vi* do seu art. 39, § 2º.

III. Argüição de inconstitucionalidade que se suscita, a ser dirimido pela Colenda Corte Especial (RISTJ, art. 200).

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): A Lei estadual nº 8.798, de 04.01.89, que alterou o Estatuto dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, no seu art. 1º, deu a seguinte redação ao item II do art. 6º da Lei nº 7.705, de 21.9.82, atinente ao ingresso naquela carreira.

“Art. 6º

II — não ter completado quarenta anos de idade, ainda que servidor público, até o primeiro dia do prazo de inscrição”.

Em decorrência, a Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Rio Grande do Sul, impetrou o presente mandado de segurança coletivo contra ato do Procurador-Geral do Estado, indeferitório da inscrição de 133 advogados, que pretendem prestar as provas para o concurso de Procurador do Estado, conforme o edital constante de fls. 9, argüindo, em suma, a inconstitucionalidade do art. 6º, II, da citada lei, por não se ajustar ao comando emergente do art. 7º, XXX, da Constituição, aplicável aos servidores públicos, inclusive estaduais, *ex vi* do seu art. 39, § 2º.

Isto posto, nos termos do art. 200 do Regimento Interno, proponho a remessa do feito ao julgamento da Corte Especial, reportando-me aos fundamentos do voto-anexo, que proferi no RMS 1.177-RS.

ANEXO

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.177 — RS

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE. RESTRIÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO, ARTS. 7º, XXX, 37, I, E 39, § 2º.

I. A Constituição veda, expressamente, no inciso XXX do art. 7º, aplicável aos servidores públicos *ex vi* do § 2º do art. 39, toda e qualquer discriminação, em razão da idade, para o ingresso em cargo público da administração direta, autárquica ou fundacional, ressalvadas as exceções por ela própria estabelecidas.

II. Voto vista no sentido de dar provimento ao recurso, a fim de ser concedida a segurança.

VOTO — VISTA

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Consiste a questão em saber se é possível estabelecer-se limite de idade como condição para ingresso no serviço público.

No plano constitucional, deve-se ter em conta, para a solução da controvérsia, os seguintes preceitos:

“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

.....

XXX — proibição de diferença de salários, de exercício de função e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

I — os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei”.

“Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

.....
§ 2º. Aplica-se a esses servidores o disposto no art. 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX”.

Em tal contexto, resulta claro que a Lei Fundamental veda, expressamente, no inciso XXX do art. 7º, aplicável aos servidores públicos *ex vi* do § 2º do art. 39, toda e qualquer discriminação, em razão da idade, para o ingresso em cargo público da administração direta, autárquica ou fundacional.

Sobre o assunto as únicas discriminações que podem ser admitidas são as estabelecidas na própria Constituição. A propósito em bem fundamentado parecer que proferiu no MS 289-RS, o Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, ilustre Subprocurador-Geral, argumentou, com razão:

“7. Ressalte-se, desde logo, para permitir uma argumentação mais segura, as hipóteses em que a própria Constituição, explícita ou implicitamente, formula exigência de idade mínima ou máxima:

a) 70 anos de idade, como limite máximo de permanência no serviço público: arts. 40, inc. II; 93, inc. VI e 129, § 4º;

b) idade mínima para o exercício de determinados cargos e funções públicas: arts. 14, § 3º, inc. VI; 73, § 1º, inc. I; 87, *caput*; 89, inc. VI; 101, *caput*; 104, parágrafo único, 107, *caput*; III, § 1º; 123, parágrafo único, e 128, § 1º;

c) idade máxima para admissão ao exercício de certos cargos públicos: arts. 73, § 1º, inc. I; 101, *caput*; 104, parágrafo único; 107, *caput*, e 111, § 1º. Incluem-se aqui os arts. 93, inc. VI, e 129, § 4º, que, ao exigirem permanência por prazo mínimo no exercício de cargos públicos, implicitamente fixam idade máxima para seu provimento;

d) 18 anos como idade mínima para o exercício de cargos e funções públicas para os quais a Constituição não impõe idade específica, afirmação que se baseia no art. 37, § 4º, que expressamente consagra a responsabilidade administrativa, civil e, sobretudo penal dos agentes públicos, enquanto que o art. 228 exclui a responsabilidade penal dos menores de 18 anos.

8. Afora tais hipóteses, tem-se a regra geral do art. 39, § 2º, que estende aos **servidores públicos civis** (para os militares, veja-se o art. 42, § II), o preceito do art. 7º, inc. XXX, precisamente aquele que consagra o princípio da isonomia especificamente quanto à admissão ao trabalho, vedado discriminação baseada em sexo, **idade**, cor ou estado civil. O que permite concluir que, **em geral**, a admissão ao serviço público — e, com maior razão, a inscrição em concurso para provimento de seus cargos — independe de limite de idade, no plano da Administração Pública Civil, em qualquer dos três Poderes do Estado e não apenas no Executivo, respeitada a idade mínima de 18 anos.

9. Como se viu nos itens anteriores (7 e 8), a Constituição revela grande preocupação em deixar clara todas as hipóteses de restrição do direito de acesso aos cargos e funções públicas, fundadas na idade. E, excluídos os casos previstos, implícita, ou explicitamente, a Carta Magna enunciou regra genérica **vedando** a previsão de critério de admissão ao trabalho ou ao serviço público apoiado em diferença de idade, não deixando, no particular, margem para a legislação infraconstitucional.

10. Disso resulta, desde logo, que a Constituição, ao contrário do que vem afirmado no acórdão impugnado (fls. 67), **não permite ainda que por lei, a estipulação de requisitos de idade “recomendados pela ciência”,** posto que ela própria fixou em 18 anos a idade mínima para o exercício de certos cargos e funções públicas (art. 37, § 4º c.c. art. 228 (e em 70 anos de idade, como limite máximo de permanência no serviço público (arts. 40, inc. II; 93, inc. VI e 129, § 4º). **Da mesma forma inadmite a previsão de tal requisito em razão de**

causas “que decorram do próprio sistema organizacional” nela prescrito, de que seria exemplo “a expectativa de cumprimento da função por 30 anos até a aposentadoria, antes de alcançar setenta anos” (fls. 67), posto que ela mesma indica as hipóteses de idade máxima para admissão no exercício de certos cargos públicos, conforme ficou demonstrado no item 7, letra c, acima. Em nenhum lugar da Constituição está indicada a suposta expectativa de cumprimento da função por 30 anos, visto que ela mesma, nos casos em que desejou tempo de permanência mínima, deixou expresso item 7, letra c).

11. Por outro lado, é totalmente equivocado o fundamento constante do acórdão recorrido de que a lei pode prever limites mínimo e máximo de idade desde que “indispensáveis ao exercício de certas funções, como a previsão de idade máxima para ingresso na Brigada Militar” (fls. 67). Não se pode perder de vista que a Constituição veda, sem admitir exceções, o estabelecimento “de diferença de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. Se a hipótese é, como sugere o acórdão impugnado, de cargos que exigiriam dos seus titulares maiores esforços físicos, a solução não está na adoção de limites mínimos e máximos diversos daqueles autorizados pela Constituição, mas sim na previsão de provas específicas de capacidade física a que se submeterão todos os candidatos, independente da idade de cada um deles. O problema dos referidos cargos (que exigem maior esforço físico no seu desempenho) como se vê, não reside na idade dos eventuais candidatos, mas na efetiva capacidade física para exercê-los. O critério legítimo para verificar se determinado candidato preenche os requisitos necessários (inclusive físicos) ao exercício do cargo é a submissão do mesmo às provas do concurso público. A previsão de idade mínima ou máxima, não prevista na Constituição, importaria no estabelecimento de uma presunção de incapacidade daqueles que se encontram abaixo da idade mínima ou acima da idade máxima, com o afastamento indevido de eventuais candidatos da disputa.

12. O estabelecimento de idade limite, mínima e máxima, em norma infraconstitucional, para a inscrição em concurso público, no pressuposto de que determinados cargos exigem a fixação de tais limites, revela um flagrante desvio: a desproporção entre o meio utilizado e o fim visado. A pretexto de selecio-

nar os mais aptos para o exercício de determinados cargos públicos, afronta-se o princípio da igualdade no tocante ao direito de acesso aos cargos públicos (arts. 7º, inc. XXX e 39, § 2º, CF) e excluem-se das provas que realmente indicariam os mais aptos vários possíveis candidatos. O fim visado (seleção dos mais aptos para o exercício de determinados cargos) poderia ser alcançado, respeitando-se a Constituição, com a previsão de provas específicas para avaliação do desempenho físico dos candidatos diante dos eventuais esforços exigidos no desempenho do cargo. Os incapazes devem ser revelados pelas provas específicas e não previamente taxados como tais pela lei”.

E, prosseguimento na sua argumentação aduz o parecerista, abordando, de forma convincente, outros aspectos da questão:

“9. Como se viu nos itens anteriores (7 e 8), a Constituição revela grande preocupação em deixar clara todas as hipóteses de restrição ao direito de acesso aos cargos e funções públicas, fundadas na idade. E, excluídos os casos previstos, implícita ou explicitamente, a Carta Magna enunciou regra genérica vedando a previsão de critério de admissão ao trabalho ou ao serviço público apoiado em diferença de idade, não deixando, no particular, margem para a legislação infraconstitucional.

10. Disso resulta, desde logo, que a Constituição, ao contrário do que vem afirmado no acórdão impugnado (fls. 67), não permite ainda que por lei, a estipulação de requisitos de idade “recomendados pela ciência”, posto que ela própria fixou em 18 anos a idade mínima para o exercício de certos cargos e funções públicas (art. 37, § 4º c.c. art. 228) e em 70 anos de idade, como limite máximo de permanência no serviço público (artigos 40, inc. II; 93, inc. VI e 129, § 4º). Da mesma forma inadmite a previsão de tal requisito em razão de causas “que decorram do próprio sistema organizacional” nela prescrito, de que seria exemplo “a expectativa de cumprimento da função por 30 anos até a aposentadoria, antes de alcançar setenta anos” (fls. 67), posto que ela mesma indica as hipóteses de idade máxima para admissão no exercício de certos cargos públicos, conforme ficou demonstrado no item 7, letra c, acima. Em nenhum lugar da Constituição está indicada a suposta expectativa de cumprimento da função por 30 anos, visto que ela mesma, nos casos em que desejou tempo de permanência mínima, deixou expresso (item 7, letra c).

11. Por outro lado, é totalmente equivocado o fundamento constante do acórdão recorrido de que a lei pode prever limites mínimo e máximo de idade desde que “indispensáveis ao exercício de certas funções, como a previsão de idade máxima para ingresso na Brigada Militar” (fls. 67). Não se pode perder de vista que a Constituição veda, sem admitir exceções, o estabelecimento “de diferença de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. Se a hipótese é, como sugere ao acórdão impugnado, de cargos que exigiriam dos seus titulares maiores esforços físicos, a solução não está na adoção de limites mínimos e máximos diversos daqueles autorizados pela Constituição, mas sim na previsão de provas específicas de capacidade física a que se submeterão todos os candidatos, independente da idade de cada um deles. O problema dos referidos cargos (que exigem maior esforço físico no seu desempenho) como se vê, não reside na idade dos eventuais candidatos, mas na efetiva capacidade física para exercê-los. O critério legítimo para verificar se determinado candidato preenche os requisitos necessários (inclusive físicos) ao exercício do cargo é a submissão do mesmo às provas do concurso público. A previsão de idade mínima ou máxima, não prevista na Constituição, importaria no estabelecimento de uma presunção de incapacidade daqueles que se encontram abaixo da idade mínima ou acima da idade máxima, com o afastamento indevido de eventuais candidatos da disputa.

12. O estabelecimento de idade limite, mínima e máxima, em norma infraconstitucional, para a inscrição em concurso público, no pressuposto de que determinados cargos exigem a fixação de tais limites, revela um flagrante desvio: a desproporção entre o meio utilizado e o fim visado. A pretexto de selecionar os mais aptos para o exercício de determinados cargos públicos, afronta-se o princípio da igualdade no tocante ao direito de acesso aos cargos públicos (arts. 7º, inc. XXX, e 39, § 2º, CF) e excluem-se das provas que realmente indicariam os mais aptos possíveis candidatos. O fim visado (seleção dos mais aptos para o exercício de determinados cargos) poderia ser alcançado, respeitando-se a Constituição, com a previsão de provas específicas para avaliação do desempenho físico dos candidatos diante dos eventuais esforços exigidos no desempenho do cargo. Os incapazes devem ser revelados pelas provas específicas e não previamente taxados como tais pela lei.

13. Destaque-se, porque relevante, que o cargo de Auditor do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, postulado pelos

recorrentes, certamente não poderá ser incluído entre aqueles cujo exercício exige esforço físico incompatível para pessoas com idade superior a 50 anos.

14. Não desconheço que essa Egrégia Turma, ao julgar o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 186-MG, já estabeleceu precedente (DJU de 4.6.90, p. 5.054) no sentido do acórdão ora recorrido, entretanto, com o objetivo de fomentar o debate sobre tão relevante tema, considero oportunas algumas considerações a respeito do referido precedente.

15. Na parte em que não possui fundamentação semelhante ao do acórdão recorrido, mas que é igualmente aplicável ao caso em exame, o precedente mencionado no item anterior está apoiado nos seguintes fundamentos: a) a norma do art. 7º, inciso XXX é materialmente igual a do § 1º do art. 153 da Constituição anterior, em cuja vigência sempre se admitiu que a lei podia estabelecer limite de idade para acesso aos cargos públicos; e b) a tese dos recorrentes importaria em considerar revogadas todas as leis que estabelecessem limites de idade como o Código Civil, o Código Nacional de Trânsito e o Código Eleitoral, por exemplo.

16. O fundamento da suposta identidade material entre o art. 7º, inc. XXX, da Constituição em vigor e o § 1º do art. 153 da Constituição anterior é, *data venia*, falso. Sinale-se, de plano que, ao contrário do que está afirmado no referido precedente, o art. 7º, inc. XXX, não contém explicitação do princípio da legalidade. Trata-se de regra de especial garantia ao princípio da igualdade, no que diz respeito ao direito ao trabalho e ao direito de acesso aos cargos públicos (art. 39, § 2º). A regra geral do princípio da igualdade, prevista no § 1º do art. 153 da Constituição anterior, está repetida no art. 5º, *caput*, da atual Constituição.

17. O art. 7º, inc. XXX, não tinha correspondente na Constituição anterior, o que permitiu o entendimento doutrinário e jurisprudencial favorável à constitucionalidade das leis que previam limites de idade para concursos públicos. A regra específica do art. 7º, inc. XXX, não permite mais a prevalência de tal entendimento.

18. Também não procede o argumento de que a tese esboçada no mandado de segurança importaria em considerar revogadas todas as leis que estabelecessem limites de idade. O art. 7º, inc. XXX, da Constituição Federal é regra que garante de maneira específica o princípio da igualdade no que diz respeito

ao direito de acesso ao trabalho em geral e ao serviço público em especial. Portanto, é dentro dessa especialização que há de ser interpretada. Assim, nada tem com o Código Civil, com o Código Nacional de Trânsito ou com o Código Eleitoral. Tais estatutos estão, no que se refere ao princípio da igualdade, ao abrigo do art. 5º, *caput*, que é materialmente idêntico ao § 1º do art. 153 da Constituição anterior, sem falar nas normas específicas sobre capacidade eleitoral (art. 14 e seus parágrafos).

18. Acrescente-se que o art. 37, inc. I, da Constituição Federal também não pode servir de respaldo à edição de lei que estabeleça limites de idade para concurso público. É que os requisitos que a norma constitucional admite que as leis estabeleçam são aquelas que, objetivamente considerados, se revelam necessários ao exercício do cargo, por exemplo: deve ser graduado em medicina para concorrer ao cargo de médico; deve ter o curso de direito para inscrever-se no concurso para Juiz ou Promotor; deve ter capacidade de correr tantos quilômetros, levantar tantos quilos, subir tantos metros de altura em uma corda, etc., para concorrer ao cargo de policial, civil ou militar. A pretexto de estabelecer requisitos do cargo, emprego ou função, a lei não pode prever diferença no critério de admissão baseada na cor, no sexo, na idade ou no estado civil dos postulantes ao cargo. O princípio da isonomia veda, expressamente, tais distinções que tomam em consideração a pessoa dos candidatos e não as características específicas dos cargos, empregos ou funções.

19. A Constituição Federal, *data venia*, não deixa qualquer espaço para regramento infraconstitucional no que diz respeito aos limites, mínimo e máximo, da idade para concorrer aos cargos públicos. Ressalvadas as hipóteses enumeradas no item 7 acima, em todos os demais casos incide a regra geral prevista no art. 7º, inc. XXX”.

Acrescente-se que a orientação da jurisprudência, desta Corte e do Excelso Pretório, vem se firmando na linha assinalada.

O Supremo Tribunal Federal, em recente acórdão, proferido pelo Plenário em 1º.03.91, de que foi Relator o eminente Ministro Carlos Velloso, decidiu na consonância da seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE. ADVOGADO DE OFÍCIO DA JUSTIÇA MILITAR. LEI 7.384/85, artigo 4º, II, CF, artigo 7º, XXX, *ex vi* do artigo 39, § 2º.

I. O limite de idade, no caso, para inscrição em concurso, inscrito no art. 4º, II, da Lei 7.384/85, não é razoável. Precedente do STF: RMS nº 21.046-RJ. Inteligência do disposto nos artigos 7º, XXX, e 39, § 2º, da Constituição.

II. Recurso provido. Segurança deferida”.

No mesmo sentido, vários são os precedentes desta Corte:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTRATURA. LIMITE DE IDADE. LEI Nº 829/85, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, ARTIGO 87. CF, ARTS. 7º, XXX, E 39, § 2º.

Ilegalidade do ato que indeferiu o pedido de inscrição do ora recorrente, fundado no art. 10, letra c, do Regulamento do concurso, já que o mesmo, no último dia de prazo para inscrição, tinha 49 anos. É que, naquela época, a Constituição Estadual, art. 87, § 9º, dava respaldo à pretensão do impetrante. Supervenientemente, a CF (arts. 7º, XXX, e 39, § 2º).

Recurso provido”. (RMS nº 697-RJ — (90115345) — Rel. Sr. Min. Américo Luz, Julg. em 04.02.91 — Publ. DJ em 18.03.91);

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE DOS CANDIDATOS. FISCAL DE RENDA DO ESTADO-RJ.

A Constituição Federal veda qualquer discriminação, em razão da idade, para o ingresso de servidores públicos na Administração Direta, nas Autarquias e Fundações Públicas (art. 7º, XXX, combinado com o artigo 39, § 2º).

Inadmissível exigir-se em edital divulgado para inscrição de candidatos a concurso público limites de idade, além daqueles estabelecidos na Carta Magna.

Precedentes desta Colenda Corte.

Recurso provido”. (RMS nº 709-RJ — (900011949-9) — Rel. Sr. Min. Demócrito Reinaldo — Julg. 28.08.91 — Publ. DJ em 23.09.91);

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE. FIXAÇÃO POR NORMA INFRACONSTITUCIONAL.

I. Não pode norma infraconstitucional obstaculizar o ingresso em serviço público baseada em limite de idade, sem estar contrária a norma da Lei Maior que afastou tal vedação. Precedentes.

II. Recurso a que se nega provimento”. (REsp nº 8.981-BA — (9143729) — Rel. Sr. Min. Pedro Acioli, Julg. 16.09.912 — Publ. DJ em 30.09.91);

“CONCURSO PÚBLICO — LIMITE DE IDADE — TÉCNICO DO TESOUREIRO E AUDITOR FISCAL.

A Constituição Federal de 1988 proíbe qualquer discriminação, em razão da idade, para o ingresso do servidor em cargo público da administração direta, autárquica ou fundacional.

Os artigos 1º, 3º e 4º da Lei 6.334/76 e artigo 7º, incisos I e II, do Decreto 92.360/86, não foram recepcionados pela Constituição Federal em vigor e desapareceram do mundo jurídico porque contrários ao mandamento constitucional.

Precedente desta C. Corte.

Recurso improvido”. (REsp nº 10.927-MG — (9100092339) — Rel. Sr. Min. Garcia Vieira — Julg. 17.06.91 — Publ. DJ em 05.08.91);

“MANDADO DE SEGURANÇA — LIMITE DE IDADE — CONCURSO PÚBLICO.

A igualdade perante a lei é sem distinção de qualquer natureza (Constituição Federal, artigo 5º), vedado ao Poder Público criar distinção entre brasileiro (artigo 19, III), proibindo-se a diferença de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (artigo 7º, XXX, c.c. artigo 39, § 2º).

Precedente desta Corte, REsp nº 289-RS e 10.927-MG.

Provimento negado”. (REsp nº 11.905-DF — (9100120570) — Rel. Sr. Min. Garcia Vieira — Julg. 19.08.91 — Publ. DJ em 08.09.91).

Isto posto, acompanho, no caso, o voto do ilustre Relator: dou provimento ao recurso, a fim de conceder a segurança.”

VOTO — VOGAL

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, acompanho o voto de V. Exa., com ressalva de que a Lei pode estabele-

cer limite de idade para o ingresso no Serviço Público, segundo ponto de vista que tenho sustentado em diversas oportunidades.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.178-0 — RS — (91.0014501-7) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Rio Grande do Sul. Advs.: Pedro Surreaux de Oliveira e outro. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Impdo.: Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Recdo.: Estado do Rio Grande do Sul. Advs.: Gabriel Pauli Fadel e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, com ressalva do Sr. Ministro Hélio Mosimann, concluiu no sentido da inconstitucionalidade do art. 6º, inciso II, da Lei Estadual nº 8.798, de 04 de janeiro de 1989. Em decorrência, remeteu os autos à Corte Especial, nos termos do art. 200 do Regimento Interno (em 07.10.92 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Américo Luz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.184-0 — SP (Registro nº 91.14830-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Impetrado: *Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de Santos-SP*

Advogado: *Lincoln de Souza Chaves*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. TERCEIRO. RELAÇÃO PROCESSUAL. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO.

Passível de afetação direito de terceiro pela decisão do mandado de segurança, deve este integrar a relação processual, sob pena de nulidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em dar provimento ao recurso ordinário. Votaram com o relator os Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Dias Trindade e Waldemar Zveiter.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de junho de 1992 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): A questão vem exposta pela douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer firmado pelo Dr. Nelson Parucker, nos seguintes termos:

“Cuida-se de mandado de segurança intentado pelo ora recorrente (cumpre, *permissa venia*, corrigir-se o tomo dos autos, de vez que figura sob tal qualificação o Banco Central do Brasil, quando deveria ser o Banco do Brasil S/A), contra ato do MM. Juiz da Sexta Vara Cível de Santos, SP, que, em ação revisional de alimentos, proposta por credora dessa pensão em desfavor de um funcionário do aludido estabelecimento de crédito, cumprindo decisão do em. Magistrado singular, descontou, durante certo tempo, dita verba dos salários do referido servidor e a depositou em prol da beneficiária. Como o mencionado empregado veio a se aposentar, o Banco tratou de alertar o em. Juízo sobre a necessidade de oficiar-se aos órgãos previdenciários competentes, para a continuidade da retenção das respectivas cifras, recebendo, em resposta, muito depois, determinação no sentido de ser abatido o percentual devido à alimentária das parcelas referentes às férias, FGTS, PIS-PASEP, licenças-prêmios e quinquênios, importâncias essas que, então, já haviam

sido entregues ao interessado, circunstância comunicada à D. Autoridade dita coatora, que, não obstante cientificada do fato, ordenou-lhe o pagamento das quantias em questão, em 48 horas, sob pena de processo-crime contra o responsável pela agência bancária, o que, decididamente, no entender do impetrante, constitui manifesta ilegalidade, acarretando-lhe, por mais, dano irreparável e passível, assim, de correição na via mandamental, a fim de ser evitada a execução da ameaça de procedimento penal contra o indigitado gerente de sua filial, bem como para que sejam obviadas as conseqüências patrimoniais do novo desembolso, a cargo do Banco requerente do *writ*, consoante inicial de fls. 02/11.

A Sétima Câmara Civil do Eg. Tribunal de Justiça Paulista, à unanimidade, julgou o impetrante carecedor do *mandamus*, visto como a alegada admoestação de constrangimento criminal foi dirigida ao Gerente do Banco, como pessoa física e não à própria instituição bancária. De outro lado, cabe à Justiça — e não ao empregador — decidir se as prestações a serem pagas têm caráter indenizatório, ou remuneratório, vale dizer, se integram, ou não, a base de cálculo dos descontos da verba alimentar (fls. 69/70)” (fls. 89/90).

No recurso dirigido a esta Corte, o Banco do Brasil, a par de sustentar a impessoalidade de sua gerência, no caso, ocupada sucessivamente, no período, por três pessoas, invoca sobre ele recair o ônus pecuniário, a justificar a impetração.

No final de sua promoção o Ministério Público opina pelo improviamento do recurso.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. TERCEIRO. RELAÇÃO PROCESSUAL. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO.

Passível de afetação direito de terceiro pela decisão do mandado de segurança, deve este integrar a relação processual, sob pena de nulidade.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Na petição inicial pediu o Banco a ciência da alimentanda, Natália Brandão

Martins, e do alimentante, Maurício Vilarinho, em obediência ao princípio do contraditório, visto opor-se o impetrante à pretensão da primeira.

Concedida a liminar, colheram-se as informações, o parecer do *parquet* e, sem a dupla audiência, foi a ação julgada.

É certo que sem prejuízo da interessada, porém, se nesta instância reformar-se o acórdão recorrido, comprometido estará o direito à defesa da alimentanda.

De tal forma, sendo a situação jurídica do terceiro passível de ser afetada pela decisão da ação de segurança, não pode ele permanecer ausente do processo, salvo a hipótese de revelia.

Diante do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, de ofício, anular o acórdão impugnado, a fim de regularizar-se a relação processual.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.184-0 — SP — (91.14830-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Lincoln de Souza Chaves e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de Santos-SP

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário (em 29.06.92 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Dias Trindade e Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.261-0 — RJ

Relator: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Inácio Andrade da Cunha*

Advogado: *Paulo Goldrajch*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

Impetrado: *Secretário de Estado da Defesa Civil e Comandante Geral do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *João Laudo de Camargo e outro*

EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SOLDADO DO CORPO DE BOMBEIROS. PENA DISCIPLINAR DE EXCLUSÃO DA CORPORACÃO. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA PARA APLICAÇÃO DA PENA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 125, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Soldado Bombeiro afastado da Corporação “a bem da disciplina”.

Apenas nos crimes militares (e não nos casos de infrações disciplinares) compete ao Tribunal de Justiça, no caso, decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação dos praças.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em negar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de fevereiro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de recurso ordinário interposto por INÁCIO ANDRADE DA CUNHA, ex-soldado bombeiro, com fundamento no art. 105, II, letra *b*, da Constituição Federal, contra acórdão, unânime, do 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou mandado de segurança impetrado contra o Sr. Secretário de Estado da Defesa Civil

e Comandante Geral do Corpo de Bombeiros do Estado, assim ementado:

“O Comandante do Corpo de Bombeiros tem competência para aplicar pena de exclusão da corporação de soldado que, submetido a Conselho de Disciplina, foi declarado culpado das acusações de infringência de normas disciplinares. O § 4º do art. 125 da Constituição da República e o parágrafo único do art. 163 da Constituição Estadual só têm aplicação a crimes militares” (fls. 35).

Sustenta o recorrente, em resumo, que os dispositivos constitucionais mencionados na ementa supra lhe asseguram o direito de só poder ser cassada sua graduação por meio de decisão do Egrégio Tribunal de Justiça (fls. 40/47).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 50/51), veio o parecer do Ministério Público (fls. 53/54), pelo seu improvimento.

Subindo os autos a esta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela manutenção do decisório.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, o venerando aresto concluiu, acertadamente, ser descabida a invocação das disposições constitucionais. A penalidade máxima (exclusão) imposta ao impetrante decorreu da prática reiterada de faltas disciplinares de variada gravidade, não capituladas como crime militar, sendo, inclusive, apreciada pelo Conselho de Disciplina da Corporação, quando o militar exerceu o direito de ampla defesa.

O preceito do § 4º do art. 125 da Constituição Federal, bem como, o do parágrafo único do art. 163 da Carta Política Estadual, não têm o alcance que o impetrante lhes pretende imprimir.

A Constituição Federal nos §§ 3º e 4º de seu art. 125 cuidou de autorizar a criação, em âmbito estadual, da Justiça Militar com competência “para processar e julgar os policiais e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei”, decidindo, ainda, quanto à perda do posto ou patente do militar conseqüente à apuração do delito.

A competência da Justiça Militar Estadual não se confunde com a competência disciplinar da Administração. Cuida a Justiça Militar da repressão aos crimes militares definidos na legislação penal militar,

aplicando punição criminal, com finalidade nitidamente social. Inconfundível, portanto, com o poder disciplinar da Administração, exercido como faculdade punitiva interna, abrangendo, por isso mesmo, apenas as infrações relacionadas com o serviço.

A pena imposta ao impetrante é de natureza disciplinar, constituindo-se, assim, em ato tipicamente administrativo, como concluiu, aliás, o parecer do Ministério Público Federal: — “A Constituição não pretendeu cercear a Administração no uso de prerrogativas que lhe são ínsitas, de admitir e demitir servidores. Assim, o militar, pelo fato de o ser, não perdendo a qualidade de servidor público, fica sujeito às mesmas sanções a que se subordinam os servidores civis. Se estes podem ser demitidos — desde que lhes seja assegurada ampla defesa — independente da prática de crimes, o mesmo deverá acontecer com os militares”.

Isto posto, conheço do recurso, negando-lhe, porém, provimento.
É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.261-0 — RJ — Relator: Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Inácio Andrade da Cunha. Adv.: Paulo Goldrajch. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Impdos.: Secretário de Estado da Defesa Civil e Comandante Geral do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro. Recdo.: Estado do Rio de Janeiro. Advs.: João Laudo de Camargo e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 03.02.93 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.494-0 — PI (Registro nº 92.0001422-4)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrentes: *Ana Maria de Medeiros Fernandes e outros*

Recorrido: *Estado do Piauí*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Piauí*

Impetrado: *Governador do Estado do Piauí*

Advogados: *Drs. Celso Barros Coelho e outros, e Fides Angélica de C. Velloso M. Ommati*

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO — EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL — EFETIVAÇÃO — ADMISSÃO POR CONTRATO DE TRABALHO.

Os impetrantes foram nomeados pelo Governador na qualidade de médicos e dentistas do quadro civil da área de saúde da Polícia Militar, em dezembro de 1990, sem prévio concurso público, violando a CF.

Além do mais, foram efetivados com evidente violação às Leis 6.091/74, art. 13; 7.664/88, art. 27, e 7.773/89, artigo 15, que vedam e consideram nulos de pleno direito os atos de nomeação de servidor público em períodos de eleição.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Milton Pereira.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gomes de Barros e Cesar Rocha.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de setembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Ana Maria de Medeiros Fernandes e outros, ancorados na Constituição Federal, artigo 105, inciso

II, alínea b, interpuseram Recurso Ordinário, aduzindo que Yoneide Maria de Carvalho e Ana Maria de Medeiros Fernandes foram admitidas no Hospital da Polícia Militar do Estado, em 21/04/86, como médicas plantonistas, havendo requerido inclusão no Quadro de Oficiais de Saúde da Polícia Militar, no posto de 1º Tenente, e foram atendidas, e após prestarem concurso, Renato de Sousa Lopes Júnior, Maria Ivone Mendes Benigno Freitas, Gaio Coelho Carmo e Uiranira Soares Cavalcante Benigno, admitidos, mediante contrato de trabalho de médico e dentista, no Quadro Civil da Área de Saúde de PMPI, havendo depois sido transferidos para o Quadro de Oficiais, no Posto de 1º Tenente.

Oceanira Mendes Benigno Soares e Mardoqueu Mendes Benigno Sobrinho, a primeira, contratada pela Secretaria de Saúde do Estado, como médica. A partir de 1990, teve alterado o contrato de trabalho, passando a prestar serviço no Hospital da Polícia Militar, integrando o Quadro de Oficiais da PMPI. Quanto a Mardoqueu Mendes Benigno Sobrinho, foi admitido em 1976, na Secretaria de Educação como professor, e em dezembro de 1990 integrou o Quadro de Oficiais da PMPI, no Posto de 1º Tenente, submetendo-se a concurso internamente.

O Estado do Piauí contra-arrazouo (fls. 198/209).

A douta Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 217/219, opinando pelo improvimento, marcando que a nomeação dos recorrentes ocorreu em dezembro de 1990 “sob a proibição de Lei Federal nº 6.091/74, que não permite a contratação de servidores no período de 90 dias antes das eleições” e “porque não houve concurso público”.

O venerando acórdão hostilizado (fls. 146/160) denegou a segurança, por unanimidade.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): YONEIDE MARIA DE CARVALHO e ANA MARIA DE MEDEIROS FERNANDES eram apenas plantonistas no Hospital da Polícia Militar desde abril de 1986, sem qualquer vínculo anterior e sem qualquer contrato de trabalho e recebiam por plantões (docs. de fls. 18/27). Renato de Souza Lopes Júnior, Maria Ivone Mendes Benigno, Gaio Coelho Carmo e Ubirajara Soares Cavalcanti Benigno foram contratados nos anos de 89 e 90, para prestação de serviços, pelo prazo certo de 12 (doze) meses (docs. de fls. 31/34). Oceanira Mendes Benigno Soares foi contratada em 21.05.87 para prestação de serviços por 180 dias (doc. de fls. 41/43) e Mardoqueu

Mendes Benigno Sobrinho foi contratado como professor em outubro de 1976 e, a partir de março de 1984, passou a exercer as funções de médico (documento de fls. 48).

Sem nunca ter-se submetido a qualquer concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo público, como o exige a Constituição Federal, no seu art. 37, II, os impetrantes foram nomeados pelo então Governador do Estado como médicos e dentistas do quadro civil da área de saúde da Polícia Militar, no mês de dezembro de 1990 (docs. de fls. 30, 35/40 e 41/43).

É claro que simples testes de aptidão física (docs. de fls. 63/64), ou mesmo concurso interno, não satisfazem a exigência constitucional de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, para a investidura. No caso, nem mesmo se comprovou a realização de regular concurso interno.

Ora, estas nomeações além de procedidas sem prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, exigido pela Constituição Federal, ainda foram efetivadas como evidente violação às Leis nºs 6.091, de 15 de agosto de 1974, art. 13; 7.664, de 29 de junho de 1988, art. 27, e Lei nº 7.773, de 08 de junho de 1989, art. 15, que vedam e consideram nulos de pleno direito os atos de nomeação de servidor público em períodos de eleição. Comprovadas estas gritantes irregularidades, foram corretamente anulados os atos de nomeações dos impetrantes, porque a Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios (Súmula nº 473 do STF).

O ato impugnado não padece de nenhuma irregularidade e foi baixado para extirpar e estancar a cascata de ilegalidades que foram praticadas desde a contratação, até a nomeação dos impetrantes para cargo público, sem concurso público e ao arrepio da legislação federal citada que veda atos de nomeação em período eleitoral e os torna nulos de pleno direito. No caso, nem se pode alegar falta de obediência ao princípio da ampla defesa, porque todos os impetrantes eram servidores celetistas não estáveis e os fatos que serviram de base à anulação dos atos de sua nomeação estavam soberanamente comprovados até pela documentação juntada por eles, com a Inicial (docs. de fls. 18/108). Nunca, em momento algum, houve qualquer dúvida sobre as irregularidades cometidas pela antiga Administração Estadual, na nomeação dos autores, sem a aprovação em concurso público e em período eleitoral, sendo perfeitamente dispensável a realização de qualquer sindicância ou de processo administrativo que iriam comprovar fatos já incontroversos.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.494-0 — PI — (92.0001422-4) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Rectes.: Ana Maria de Medeiros Fernandes e outros. Advs.: Celso Barros Coelho e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Impdo.: Governador do Estado do Piauí. Recdo.: Estado do Piauí. Advogado: Fides Angélica de C. Velloso M. Ommati. Sustentaram, oralmente, o Dr. Celso Barros, pelo recorrente, e a Dra. Edylcéa Tavares N. de Paula, Subprocuradora-Geral da República.

Decisão: Após o voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator negando provimento ao recurso, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo (em 24.06.92 — 2ª Turma).

Aguardam os Exmos. Srs. Ministros Gomes de Barros, Milton Pereira e Cesar Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

VOTO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Senhores Ministros.

Pedi vista, em sessão anterior, após fazer várias indagações ao eminente Relator, somente por ter dúvidas acerca da argumentação jurídica apontada como protetora dos pretensos direitos dos recorrentes. Ao solicitar o adiamento, eu estava na suposição de que se tratava de questão relacionada com **estabilidade** dos recorrentes no serviço público e, como um dentre os demais — **MARDOQUEU MENDES BENIGNO SOBRINHO** — é professor contratado desde 1976, supus que pleiteava os benefícios do artigo 19 do ADCT.

Reexaminando as questões jurídicas inseridas no recurso, observo que o nobre Relator decidiu com juridicidade, desde que os atos de provimento de cargos públicos, que os recorrentes pretendem convalidar, por via do *mandamus*, estão eivados de ilegalidades e inconstitucionalidades, não podendo prosperar em face de preceitos expressos da Carta Federal.

Na hipótese, um grupo de pessoas, algumas sem vínculo permanente com o Estado, outras percebendo gratificações e as demais contratadas por muito espaço de tempo, foram nomeadas, mesmo no período legal proibitivo de admissão de pessoal, pelo Governador do Estado, como médicos e dentistas do quadro efetivo da área de saúde da Polícia Militar (em dezembro de 1990), sem a prestação do devido concurso público, como determina a Constituição Federal.

A investidura em cargo público (em período proibitivo) sem as solenidades que a Constituição determina (aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos), a não ser os casos de provimento derivado — promoção e remoção — é nula, *pleno jure*, podendo essa nulidade ser declarada unilateralmente, pela Administração, independentemente de qualquer procedimento, ou, por outro lado, dispensada a oportunidade para a formulação de defesa dos que foram indevidamente beneficiados.

A exigência do concurso público condiz com a moralidade na Administração e com o princípio da acessibilidade de todos aos cargos públicos (artigo 37, I e II, da Constituição Federal), que não podem ser ignorados pelos órgãos da Administração do Estado. Se os recorrentes foram **providos** em cargos públicos — mesmo sem a prova de que preenchiam os requisitos da lei — em período em que a legislação federal vedava a admissão de pessoal e se essa investidura se fez sem a observância dos princípios consignados na Constituição, inexistia qualquer empeco (de natureza legal ou constitucional) para que esses atos fossem revistos, pela Administração e declarada a sua ineficácia, desde que *quod nullum est nullum effectum producit* (Súmula 473 do STF).

Em consonância com o voto do eminente Relator, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.494-0 — PI — (92.0001422-4) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Rectes.: Ana Maria de Medeiros Fernandes e outros. Advs.: Celso Barros Coelho e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Impdo.: Governador do Estado do Piauí. Recdo.: Estado do Piauí. Advogado: Fides Angélica de C. Velloso M. Ommati.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 21.09.92 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Milton Pereira.

Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Ministros Gomes de Barros e Cesar Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.514-0 — PR
(Registro nº 92.0003220-6)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho*

Recorrente: *Generoso Marcondes Ferreira*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*

Impetrado: *Secretário de Estado da Administração do Paraná*

Recorrido: *Estado do Paraná*

Advogados: *Drs. Octávio Ferreira do Amaral Neto e outros, e Ubirajara Ayres Gasparin e outros*

EMENTA: Se o funcionário aposentado foi reenquadrado como engenheiro civil de primeira classe, é a ele vedado o vencimento da gratificação de serviços extraordinários, de vez que o novo quadro a incorporou aos estípedios recebidos tanto pelos funcionários ativos como pelos inativos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Pádua Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de setembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: GENEROSO MARCONDES FERREIRA, com base no art. 105, II, *a*, da Constituição Fede-

ral, recorreu ordinariamente do v. acórdão, proferido pelo 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Paraná, que restou assim ementado:

“RETIFICAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA. PRETENDIDA INCLUSÃO DA GRATIFICAÇÃO PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EXTRAORDINÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE PORQUE REFERIDA GRATIFICAÇÃO FOI ABSORVIDA POR MELHOR ENQUADRAMENTO, O QUAL RESULTOU EM REGIME MAIS VANTAJOSO PARA A CLASSE A QUE PERTENCIA O IMPETRANTE. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.”

Alega o Recorrente que a decisão atacada gera desigualdade de tratamento, porque os que prestaram os extraordinários estarão recebendo a mesma remuneração paga àqueles que não os prestaram, em flagrante prejuízo à integralidade aos proventos de aposentadoria. Alega, ainda, que “se outros funcionários, da mesma categoria, foram impedidos de prestar serviços extraordinários (após a vigência da Lei estadual 7.122/79), deixando de adquirir o direito à sua incorporação, não significa que aqueles que já contavam com esse direito subjetivo em seu patrimônio, possam ser impedidos de obter a pretendida incorporação; exatamente porque o direito adquirido é garantia constitucional (art. 5º, XXXVI) e, sobretudo, porque a lei posterior (L. Compl. 21/84) veio a dispor exatamente nesse sentido, revigorando-o sem quaisquer ressalvas, como antes faziam os dispositivos utilizados para fundamentar a negativa ao pedido” (fls. 81).

O Recurso foi contra-arrazoado (fls. 86), recebido e encaminhado a esta Corte, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou por seu não conhecimento ou, se conhecido, por seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Se o funcionário aposentado foi reenquadrado como engenheiro civil de primeira classe, é a ele vedado o vencimento da gratificação de serviços extraordinários, de vez que o novo quadro a incorporou aos estipêndios recebidos tanto pelos funcionários ativos como pelos inativos.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Objetiva o recorrente, funcionário público estadual aposentado no cargo de enge-

nheiro, conforme Decreto Estadual nº 17.042/69, incorporação aos seus proventos de inatividade da parcela de 1/3 correspondente à prestação de serviços extraordinários, instituída pela Lei Estadual nº 6.794/76.

O acórdão recorrido entendeu incabível a pretensão, ao argumento de que a gratificação pleiteada já foi incorporada aos proventos de inatividade do impetrante, na forma do que dispõe a legislação atinente à espécie, ou seja, tendo sido ele reenquadrado como engenheiro civil de primeira classe (Lei nº 7.122/79 e LC nº 21/84), passou a perceber vencimentos equivalentes a uma jornada semanal de trabalho de 40 horas, sendo-lhe, em consequência, vedado o vencimento de determinadas gratificações (art. 3º, parágrafo único, Lei nº 7.122/79), dentre as quais está a de serviços extraordinários, de vez que o novo quadro as incorporou aos estípidios recebidos tanto pelos funcionários ativos como pelos inativos.

A meu ver, o aresto recorrido não merece reforma alguma. A tese por ele defendida está em perfeita consonância com a legislação que rege a espécie e com a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal, de que é exemplo o aresto colacionado no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, do qual destaco o voto do Sr. Ministro Rafael Mayer, *verbis*:

“Manifesta é a divergência entre os julgados em confronto. Assentes ambos em idênticos pressupostos, divergem nas teses jurídicas com que solucionadas as controvérsias, admitida pelo acórdão rescindendo, e negada pelo acórdão paradigma, a ocorrência de violação ao art. 102, § 2º, da Constituição, pelas pertinentes decisões da instância ordinária, de igual teor.

Tem o acórdão embargado que a manutenção, nos proventos de aposentadoria dos Embargantes, da gratificação por serviços extraordinários, extinta e absorvida por superior remuneração nos termos da Lei estadual 7.122, ofende o preceito constitucional, pois não poderiam incorporar aos proventos gratificação a que já não fazia jus na atividade. Entretanto, o acórdão paradigma entende que “a lei posterior, impeditiva da prestação de serviços extraordinários, tendo só efeito *ex nunc*, não retroage jamais para desfalar o patrimônio do aposentado”, e que, percebida em atividade e por isso incorporada à sua futura aposentadoria, “não caracteriza o excesso vedado pela Constituição”.

Conheço, portanto, dos embargos, e no entanto os rejeito, para que fique adotado o entendimento do venerável acórdão

embargado, em cujo sentido se vem firmando a orientação de ambas as Turmas do Supremo Tribunal.

Com efeito, a gratificação por serviços extraordinários, conferida pela Lei Estadual nº 6.794, ainda que com a determinação de incorporar-se aos proventos da aposentadoria após três anos de percebida, resultou extinta pelas Leis Estaduais nºs 7.074 e 7.122, que instituiu novo regime de trabalho e novos níveis salariais, mais elevados e absorventes daquela. Sem que mais a percebessem ao tempo da aposentação, e sem que configurasse direito adquirido, o seu cômputo, como parcela dos proventos, importa, de modo iniludível, em que os estipêndios da inatividade excedam a remuneração percebida na atividade, numa flagrante violação do art. 102, § 2º, da Constituição.

Rejeito, portanto, os embargos.” (fls. 322/323)

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.514-0 — PR — (92.0003220-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus. Recte.: Generoso Marcondes Ferreira. Advs.: Octávio Ferreira do Amaral Neto e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Impdo.: Secretário de Estado da Administração do Paraná. Recdo.: Estado do Paraná. Advs.: Ubirajara Ayres Gasparin e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 23.09.92 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Pádua Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.591-9 — TO

Relator: *Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Transbrasiliiana Transportes e Turismo Ltda.*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins*
Impetrado: *Secretário de Viação e Obras Públicas — SEVOP, do Governo do Estado do Tocantins*
Recorrido: *Estado do Tocantins*
Advogados: *José Perdiz de Jesus e outro*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. EXPLORAÇÃO DE LINHA. AUTORIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO.

Hipótese em que, tachados que foram de insuficientes os serviços prestados pela concessionária-recorrente, deveria a autoridade impetrada proceder na forma do disposto no art. 6º, § 3º, do Decreto Estadual nº 408/90, ouvindo a impetrante em 15 dias, com outros 30 para corrigir a deficiência antes de qualquer outra decisão ou medida administrativa.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, em dar provimento ao recurso. Votaram com o relator os Ministros Pádua Ribeiro, Hélio Mosimann e Peçanha Martins. Impedido o Ministro José de Jesus.

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de dezembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Adoto o do acórdão recorrido: (lê — fls. 137/139).

Acrescento que a segurança foi denegada, entendendo o Tribunal *a quo* legal o ato impugnado.

No recurso sustenta a recorrente que o ato coator inobservou o art. 6º, § 3º, do Decreto Estadual nº 408/90, regulamentador do Transporte Coletivo Rodoviário Intermunicipal de Passageiros, além de afrontar o disposto nos arts. 175 e 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Sem contra-razões, subiram os autos, opinando o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso — fls. 184/186.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Srs. Ministros, caso análogo apreciei no RMS nº 1.674-2, também oriundo do Estado do Tocantins, em que figuravam como impetrante a ora recorrente e recorrida a Empresa de Transportes Princesa do Tocantins Ltda. Eis a ementa do acórdão, publicado no DJ de 16.11.92:

“MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. EXPLORAÇÃO DE LINHA. AUTORIZAÇÃO CONCEDIDA A TÍTULO PRECÁRIO. CELEBRAÇÃO POSTERIOR DE CONTRATO DE CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO.

Hipótese em que, tachados que foram de insuficientes os serviços prestados pela concessionária-recorrente, deveria a autoridade impetrada proceder na forma do disposto no art. 6º, § 3º, do Decreto Estadual nº 408/90, ouvindo a impetrante em 15 dias, com outros 30 para corrigir a deficiência, antes de qualquer outra decisão ou medida administrativa.

Recurso provido.”

Adotando os mesmos fundamentos do voto que então proferi, cuja íntegra leio e junto por cópia, dou provimento ao recurso.

ANEXO

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.674-2 — TO

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A recorrente, concessionária do serviço público por força de contratos celebrados com a

Secretaria de Viação e Obras Públicas do Estado do Tocantins explora, nessa unidade da Federação, o transporte coletivo intermunicipal de passageiros, operando em diversos trechos, consoante comprovado nos autos, dentre os quais o compreendido entre as cidades de Palmas e Gurupi.

Referido trecho, por autorização do Sr. Secretário daquela pasta, foi também entregue a exploração à “Empresa de Transporte Princesa do Tocantins Ltda.”, mediante autorização a título precário pelo prazo de um ano, posteriormente fixado em 10 anos, através de contrato de concessão celebrado entre essas partes, conforme se verifica às fls. 122/123.

Na impetração a recorrente buscou invalidar o primeiro ato; a uma, porque aquela autorização significava intromissão nas linhas, que, por concessão, explora; a duas, porque contrariava ela normas do Regulamento do Serviço Rodoviário Intermunicipal de Transporte Coletivo de Passageiros do Estado (Decreto Estadual nº 408/90); a três, porque com a prática da concorrência ruínosa fragmentado seria o mercado de passageiros, ferindo, em consequência, o disposto no art. 175 da Constituição Federal; e, finalmente, apoiada em precedentes jurisprudenciais, sustentou que o ato combatido desrespeitou o benefício que detém concernente ao **privilégio de zona**, também conhecido como princípio de **preferência**, que reclamava a sua indispensável e prévia notificação no processo de estabelecimento da nova linha questionada.

O acórdão recorrido não reconheceu qualquer eiva de ilegalidade no ato objurgado, sustentando inexistir o alegado direito à exclusividade na exploração “por ausente qualquer disposição em tal sentido no contrato de concessão, mesmo porque a ordem econômica vigente fez ruir por terra qualquer ato que vise à eliminação da concorrência e a instituição de monopólios e oligopólios, diante do princípio da supremacia do interesse público”.

Após asseverar “que a litisconsorte de há muitos anos também vem prestando seus serviços no ramo de transporte coletivo nesta região”, o acórdão recorrido consigna, *verbis*:

“... Ademais, se a norma estadual que regula a matéria, no caso o Decreto nº 408, de 30/03/90, prevê que, em caso de insuficiência de transporte, a empresa será notificada para regularizar o problema em 30 dias, sob pena de elevar-se o número de concessionárias, é evidente que se entrevê a possibilidade de haver mais de uma concessionária na mesma linha” — fls. 132.

Penso que, na hipótese, aí reside o *punctum saliens* da questão, não dilucidada pelo acórdão. Deveras, com propriedade, acentua o recorrente em suas razões (fls. 142/143):

“... Para que V. Exas. tenham a cabal noção do tema, é de fulcral significação alertar que a norma básica de regência do Transporte Coletivo Rodoviário Intermunicipal de Passageiros do Estado do Tocantins se acha condensada no seu Regulamento, aprovado pelo Decreto Estadual nº 408/90, de 30.03.90, que, de modo bem cristalino, prevê em que hipótese, e somente nela, se dá a possibilidade de fragmentar linhas já em execução, derivadas de Contratos de Concessão.

Há um procedimento a ser obedecido, há necessidade da comprovação irrefutável de certos pressupostos, e nada disso se observou.

Para a compreensão, transcreve-se o artigo 6º, *caput*, e o § 3º do aludido Regulamento, *verbis*:

“Art. 6º — Os serviços poderão atender de forma qualitativa e quantitativa a seus mercados e, para verificação desse entendimento, a SEVOP procederá controle permanente de sua qualidade e ao exame dos dados estatísticos referentes aos horários realizados e relativos a, no mínimo, 6 (seis) meses consecutivos.”

“§ 3º — Constatada insuficiência quantitativa ou qualitativa no atendimento ao mercado, a SEVOP notificará o responsável para, no prazo de 15 (quinze) dias, supri-la ou oferecer justificção, ou, rejeitada pela SEVOP a que houver sido apresentada, esta assinalará novo prazo de 30 (trinta) dias para o interessado suprir a insuficiência constatada, sob pena de, se se tratar de insuficiência de transporte, ser elevado o número de transportadoras para compartilhar o atendimento do mercado, obedecidos os critérios de implantação de serviços previstos neste Regulamento.”

Fez-se *tabula rasa* da disposição, o que traz à tona flagrantemente a bipolaridade para a concessão da segurança: A ILEGALIDADE E O ABUSO DO PODER.

De uma penada, sem cumprir a norma, sem sequer ouvir a impetrante, ora recorrente, se permitiu pela via de algumas “AUTORIZAÇÕES”, que outra empresa entrasse na exploração das linhas. Em boa hora a Constituição Federal de 1988, consagrou, de vez, a noção da subordinação integral ao *due process of law* em qualquer situação conforme está no inciso LV do artigo 5º:

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes.”

Nada disso foi observado pela autoridade coatora, nenhuma ciência foi dada à impetrante, ora recorrente, pelo contrário, nas informações prestadas, há todavia, uma confissão explícita em dois aspectos modais:

1º. Que a concessão da impetrante, ora recorrente é legal, normal, e que está vigente; e

2º. Que ao litisconsorte necessário foi dada, PASMEM-SE, autorizações a título precário para atender à demanda do mercado de passageiros.

Isto tudo, em desacordo com os preceitos legais já citados.”

Com percuciência, em abono da tese esposada pela recorrente, obtém-se o parecer exarado pelo culto Subprocurador-Geral da República, Dr. Eduardo Weaver de Vasconcellos Barros, *in verbis* (fls. 171/172):

“A digna autoridade impetrada, por sua vez, justifica seu ato a partir das deficiências, segundo ela, notórias do serviço prestado pela impetrante.

Nesse passo teria a Autoridade impetrada violado, efetivamente, o direito de defesa da impetrante, eis que, tendo seus serviços inquinados de deficientes, como justificativa da autorização da concorrência ou da suplementação dos mesmos serviços por outra empresa, teria, necessariamente, que ser ouvida, em 15 dias, com outros 30 dias para corrigir a deficiência, antes de qualquer outra decisão ou medida administrativa.

Isto porque parece lesivo aos superiores interesses da segurança e transparência dos negócios públicos que a Autoridade possa a seu exclusivo critério autorizar terceiros a explorar serviço concedido em concorrência ruínosa com o atual concessionário sem se estabelecer, ainda que no plano administrativo, contraditório esclarecedor da questão, uma vez que não parece configurado um ato discricionário da administração.

Formado esse contraditório, e apurada a efetividade do mau serviço ou a vantagem para o público da concorrência, não tem o concessionário, tão-só em razão de seu título, direito de impedir a extensão da concessão a terceiros.

Consigne-se que a concorrência não é por si só, tampouco, garantia de qualidade do serviço público concedido, até porque,

em muitas situações, a garantia do bom serviço tem, como ponto de partida, a exclusividade na concessão, e, como estabilizador, a fiscalização permanente por parte do poder concedente.

O que se estabelece hoje como garantia fundamental é o direito (o dever) ao contraditório, derrubando o poder arbitrário e os privilégios irrazoáveis do sistema anterior.

Lesado, tanto o direito contratual, quanto a norma constitucional, que assegura o direito de ampla defesa, seja nos processos judiciais, seja nos processos administrativos, conforme garante o inciso LV do notável artigo 5º da Constituição Federal de 1988, não vejo como negar a ordem que assegure o direito de contraditório com a impetrante, antes da outorga a terceiros da exploração de serviços concorrentes, sem embargo do reconhecimento da coexistência, paralela, dos direitos do concessionário de demonstrar a inviabilidade econômica da concorrência e do Estado de estabelecer a exploração concorrente de serviços públicos.”

Do exposto, dou provimento ao recurso para que se proceda, anuladas as autorizações concedidas à litisconsorte, a processo de concorrência ou de suplementação dos serviços, observado o devido processo legal.”

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.591-9 — TO — Relator: Exmo. Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Transbrasiliana Transportes e Turismo Ltda. Advogados: José Perdiz de Jesus e outro. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Impdo.: Secretário de Viação e Obras Públicas — SEVOP, do Governo do Estado do Tocantins. Recdo.: Estado do Tocantins.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro-Relator (em 16.12.92 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Ministros Pádua Ribeiro, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Impedido o Ministro José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.