

MANDADO DE SEGURANÇA E RECURSOS

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 106 — PR
(Registro nº 89109685)

Relator p/acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Relator originário: *O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Oadi Jorge Barbosa*

Recorridos: *Tribunal de Justiça do Paraná e Estado do Paraná*

Impetrado: *Governador do Estado do Paraná*

Advogados: *Drs. José Torquato Tillo e outro e Edgard Felipe Dantas Pimentel e outros*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. INCORPORAÇÃO.

I — Correto o v. acórdão que indeferiu a pretensão do impetrante, tocante à incorporação aos proventos de aposentadoria de gratificação de função como representante do Ministério Público perante o Conselho Penitenciário, por falta de lei que expressamente autorizasse esta incorporação.

II — Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de fevereiro de 1991 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator p/ Acórdão.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: OADI JORGE BARBOSA, ao se aposentar, requereu fizesse integrar em seus proventos, gratificação que, na atividade, percebia, por participar, como membro do Conselho Penitenciário Estadual.

Não obtendo sucesso administrativamente, socorreu-se da via judicial, impetrando Mandado de Segurança contra o Estado do Paraná.

Ainda dessa vez não obteve sucesso, sendo indeferida a segurança pleiteada. Interposto o presente recurso com vista a se modificar a decisão *a quo*.

Nesta instância a douta SGR manifestou-se favoravelmente à pretensão do recorrente.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Estou em que a douta SGR analisou e apontou a solução jurídica adequada para o caso.

Tomando o parecer como razões de decidir, transcrevo-o no essencial — (fls. 103/106):

“Pretende o recorrente incluir nos seus proventos de aposentadoria a gratificação que percebia como membro do Conselho Penitenciário do Estado do Paraná.

2. O ven. ac. denegou a pretensão por entender que tal gratificação, por ser paga em razão do trabalho que se executa, *pro labore faciendo*, cessado este, deixa de existir o direito a ela.

Decidiu, ainda, que não havendo determinação expressa de incorporação de tal gratificação aos vencimentos, ela não pode se integrar aos proventos da aposentadoria.

3. O recurso é ordinário e se lhe aplica o princípio: *Tantum devolutum quantum appellatum*, atinente à apelação, isto por força do disposto no art. 105, II, *b*, da CF/88.

4. O ven. ac. recorrido tem razão quando definiu a espécie de gratificação percebida pelo recorrente quando no desempenho da função de membro do Conselho Penitenciário.

5. Trata-se de gratificação percebida por trabalho executado, tanto é assim que o conselheiro percebe a gratificação por sessão a que compareça efetivamente.

Veja-se a propósito, que o Dec. 22.484/71, do Estado do Paraná, mandou aplicar ao Conselho Penitenciário o disposto no art. 14 e seu parágrafo único, do Dec. 20.538/70, do mesmo Estado (fls. 33).

Dizem referidos dispositivos, a fls. 32:

“Art. 14 — O Conselho Diretor do FUNRESPOL reunir-se-á, obrigatoriamente, uma vez por semana, podendo realizar uma reunião extraordinária por mês, sempre com a presença mínima de 2/3 de seus conselheiros.

Parágrafo único — Cada conselheiro receberá a importância de 30% (trinta por cento) do salário mínimo vigente na Capital do Estado, por sessão em que comparecer efetivamente”.

6. Assim, como se vê, embora posteriormente esta gratificação venha sendo paga à base de dois e meio salários mínimos, ela continuou a ter a mesma natureza do chamado *jeton* ou gratificação pelo efetivo comparecimento à sessão.

7. Porém, não é a natureza da gratificação que excluiria sua integração aos proventos. O que a excluiria seria a expressa vedação legal ou estatutária.

No entanto, consultando-se os diplomas anexados nos autos e examinados todos os argumentos em contrário, tanto os contidos nas informações, no ven. acórdão e na impugnação ao recurso ordinário, não se descobre tal proibição. Ao contrário, reforça a posição do recorrente o disposto no art. 15, combinado com o art. 172, I e II, da Lei 6.174/70, do Estatuto dos Funcionários Cíveis do Estado do Paraná.

Diz o art. 15:

“Art. 15. A função gratificada é vantagem acessória ao vencimento do funcionário, não constitui emprego e é atribuí-

da pelo exercício de encargos de chefia, assessoramento, secretariado e outros para cujo desempenho não se justifique a criação de cargo em comissão”.

Reza o art. 172:

“Art. 172. Conceder-se-á a gratificação:

I — de função:

VII — pela participação em órgão de deliberação coletiva;”.

8. Ora, se o recorrente percebia uma das gratificações previstas no art. 15, porque ali estão incluídas todas as gratificações criadas ou a serem criadas para atenderem a qualquer espécie de encargo ali não expressamente nomeado, é lógico que a gratificação pelo desempenho da função de membro do Conselho Penitenciário, se inclui entre aquelas criadas para atender os encargos não arrolados, expressamente, no transcrito art. 15.

9. Como não há, de outra parte, proibição à integração aos proventos, o ven. ac. que denegou a incorporação da referida gratificação atingiu o direito adquirido do impetrante, formado nos exatos termos do art. 140, III, do citado Estatuto, o qual se estende ao recorrente por força do disposto no art. 72 da Lei 5.489 de 25/9/68, Estatuto do Ministério Público do Paraná, que, neste particular, repete a norma inscrita no art. 96 da Lei 1.341/51, Lei Orgânica do Ministério Público da União”.

Correto o parecer. Nada que se lhe possa acrescentar.

Nestes termos, dou provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, vou acompanhar, a exemplo do Sr. Ministro Geraldo Sobral, o Eminentíssimo Ministro-Relator, reservando-me, para em outra oportunidade, melhor examinar a matéria.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. Se o Conselho Penitenciário se renova de quatro em quatro anos, a cada ges-

tão governamental, é evidente que pode o Ministério Público mudar seu representante no Conselho. Não podemos incorporar uma gratificação ao vencimento de quem servir por período de quatro ou até menos anos.

Não tendo base legal, peço vênia ao Eminentíssimo Ministro Relator para acompanhar o Eminentíssimo Ministro Garcia Vieira.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente. Acho que no caso *sub judice* não se tem direito a esta incorporação, por não existir base legal.

Peço vênia para poder discordar, porque acho que aí precisava-se de uma lei que expressamente autorizasse esta incorporação.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Senhor Presidente, pedindo vênia ao Eminentíssimo Ministro-Relator, retifico o meu voto, porque também tenho dúvidas se, quando estive no Conselho, houve a incorporação desta gratificação. Acho que, apenas, houve *jeton*. Destarte, com a devida vênia do Eminentíssimo Ministro-Relator, acompanho o Sr. Ministro Garcia Vieira.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: *Data venia* do Sr. Ministro-Relator, também entendo que na espécie seria necessária regra expressa concedendo a gratificação.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 106 — PR — (89109685) — Relator p/ Acórdão: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Relator originário: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recte.: Oadi Jorge Barbosa. Recdos.: Tribunal de Justiça do Paraná e Estado do Paraná. Impdo.: Governador do Estado do Paraná. Advs.: Drs. José Torquato Tillo e outro e Edgard Felipe Dantas Pimentel e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Relator, negou provimento ao recurso (em 18.02.91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus, Garcia Vieira e Armando Rollemberg. Lavrará o acórdão o Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 202 — PA
(Registro nº 89.130331)

Relator: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Maria José Lobato Rossy*

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

Impetrados: *Procurador-Geral da Justiça do Estado do Pará e Colégio de Procuradores*

Advogados: *Drs. Roberto Mendes Ferreira e outros*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE. COTEJO DE PROVAS. PROCEDIMENTO INCOMPATÍVEL COM A NATUREZA DA AÇÃO.

No mandado de segurança é imprescindível a demonstração de prova pré-constituída, pois o direito líquido e certo pressupõe fatos indubitados, comprovados de plano.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar a preliminar e no mérito negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Segurança impetrada pela DR^a MARIA JOSÉ LOBATO ROSSY contra atos praticados pelo DR. PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA e pelo Egrégio COLÉGIO DE PROCURADORES DO ESTADO, visando a anulação da punição imposta à impetrante, pelos seguintes fatos:

— como Promotora Pública do Termo Judiciário de Capitão Poço, na Comarca de Ourém, recebeu processo por crime eleitoral, oferecendo denúncia em 23.04.84;

— no crime, envolvendo políticos locais, viu sua tentativa de apuração dos fatos delituosos pressionada no sentido do não oferecimento da denúncia, culminando com uma determinação, da Procuradora de Justiça, Chefe da Secretaria do Ministério Público local, no sentido de que a ora impetrante devolvesse os autos;

— o oferecimento da denúncia após tal ordem implicou na expedição da Portaria nº 195/85, que redundou em punição da ora impetrante, por descumprimento de ordem superior e por invasão da jurisdição de outro Promotor que estaria em exercício no local;

— tal punição culminou com a exclusão da ora impetrante da lista de promoções, conforme documento de fls. 16.

As informações das autoridades ditas coatoras, em resumo, falam do incabimento do mandado de segurança contra ato disciplinar e, no mérito, defendem a legalidade da punição (fls. 73/81).

O Tribunal de Justiça iniciou por conhecer da segurança, asseverando apreciáveis pelo Judiciário os aspectos que dizem da legalidade do ato administrativo. No mérito, denegou a segurança ao argumento de que a autora não atendera a diversos pedidos de devolução dos autos e, também, porque ela não poderia ter funcionado nos autos sem designação do Procurador-Geral da Justiça, este que já havia designado outro Promotor para funcionar na sede da Comarca de Ourém (fls. 129).

Inconformada, recorreu a impetrante com as razões de fls. 130/136, postas no sentido da existência de direito líquido e certo em ver anulado o ato punitivo. Lembra fatos, provados nos autos, que conduzem ao equívoco do acórdão recorrido.

O recurso extraordinário interposto, indeferido na origem, foi, no STF, convertido em recurso ordinário (fls. 144).

Já o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, preliminarmente, afirma a intempestividade do recurso e, no mérito, aduz inexistência de direito líquido e certo, opinando pelo não conhecimento do recurso (fls. 151/152).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, preliminarmente, considero o recurso tempestivo. Na realidade, o acórdão recorrido foi publicado no DO de 31.03.88 e o recurso foi interposto no dia 19.04.88 (fls. 193 v. e 140).

Ocorre que o dia 31.03.88 foi uma quinta-feira e, então, o prazo só começaria a contar no dia seguinte, dia 1º.04.88. Neste dia foi feriado — Paixão do Senhor. Então, o prazo só começou a contar no dia 04.04.88, a segunda-feira seguinte. O prazo, assim, esgotar-se-ia no dia 18.04.88, numa segunda-feira. Ocorre, ainda, que o feriado do dia 21.04.88 foi antecipado para o dia 18.04.88, dia do final do prazo. Tal informação me foi dada pelo envio da cópia da Portaria nº 257, de 15.04.88, do Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, e se encontra em meu poder. Assim, finalmente, o prazo esgotar-se-ia no dia 19.04.88, exatamente quando a ora impetrante deu entrada no seu recurso (fls. 130).

Rejeito, pois, a preliminar de intempestividade do recurso.

No mérito, a requerente pede a segurança “para ser anulada a punição ilegal” que lhe foi aplicada, pois em consequência dessa “injusta e iníqua punição” teve seu nome excluído da lista de promoções.

A rigor, não caberia mandado de segurança quando se trata de ato disciplinar, salvo se praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial. É o que diz o art. 5º, inciso III, da Lei nº 1.533/51.

Na espécie ataca-se um ato administrativo de natureza disciplinar, não se falando em incompetência da autoridade que o praticou, nem em preterição da formalidade considerada indispensável ou ainda violação a preceito legal autorizador da imposição de pena. Nenhuma irresignação surgiu nesse sentido, como se vê do acórdão impugnado: “A requerente, considerando injusta a punição, não reclama qualquer inobservância de formalidade essencial, nem alega cerceamento de defesa.

O processo foi instaurado para apuração da falta funcional cometida pela impetrante, por descumprimento consciente e deliberado de ordem dada àquela Promotora, transmitida à mesma pela Procuradoria de Justiça, dirigente da Secretaria Geral do Ministério Público, no sentido de que pela mesma fosse apresentado ao Procurador-Geral da Justiça, para exame, processo criminal em tramitação na comarca de Ourém que tinha sido encaminhado à Promotora de Capitão Poço com provável irregularidade, já que no mesmo estava funcionando, por designação, o Promotor de Justiça de Ourém.

O processo resultou da desobediência da impetrante ao deixar de encaminhar os autos ao Dr. Procurador-Geral de Justiça, no estado em que se encontrava, sem a denúncia.

O processo sumário tramitou e no final foi encaminhado ao Procurador-Geral de Justiça que concluiu impondo à impetrante a pena de advertência prevista no artigo 134, inciso I, da Lei Complementar nº 1, de 1º de novembro de 1982, que foi comunicada à Promotora, reservadamente, nos termos do artigo 135 da mesma lei.

Mas, ainda que se tempere o rigorismo da lei, segundo orientação mais moderna da doutrina e da jurisprudência, para apreciar a injustiça do ato administrativo, quando envolve ilegalidade — pois a restrição da lei é incompatível com a amplitude constitucional (Min. Carlos Velloso, *in* MS e Ação Popular, Hely Lopes Meirelles, pág. 25) — ainda assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão destacado por Theotonio Negrão (CPC, 21ª ed., pág. 944), “não cabe ao Juiz cotejar a prova, para concluir, em última análise, pela injustiça da pena disciplinar” (RTJ, 108/1.317).

Imprescindível seria, portanto, a demonstração de prova pré-constituída das situações e fatos que embassam o direito líquido e certo da requerente, sem exame minucioso da matéria probatória. Direito líquido e certo, como se sabe, pressupõe fatos incontroversos, indubitáveis: é direito comprovado de plano (Hely L. Meirelles), por isso é que não há instrução probatória no mandado de segurança.

Para se avaliar o direito líquido e certo a proteger seria preciso verificar se a representante do Ministério Público desrespeitou deliberadamente a lei ou ordem expressa do Procurador-Geral.

Pois bem. Procurando evidenciar o seu direito, a agora recorrente transcreve na inicial as declarações que prestou no processo sumário a que respondeu, reproduzindo depois o depoimento prestado pela Juíza de Direito da Comarca, concluindo que as provas naquele processo desmentem a versão da autoridade, reduzindo às verdadeiras proporções as

declarações da testemunha Benedito Marques da Rocha, advogado e irmão de um dos co-réus, cujo depoimento reputa como de tal desvalia (fls. 4 a 11).

Colocada nestes termos a impetração, não havia mesmo como se reconhecer, em sede de mandado de segurança, direito malferido, muito menos líquido e certo. Mesmo que se louve o zelo da digna Promotora de Justiça no cumprimento dos deveres funcionais, coibindo a perniciosa interferência política no exercício das suas atribuições, a matéria comporta mais ampla discussão e exame de provas, confrontando-se as declarações prestadas, em processo contraditório, adequado à ação de procedimento comum.

Se a existência do direito for duvidosa, se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais (MS e Ação Popular, Hely L. Meirelles, 13ª ed., pág. 14).

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, trata-se de caso em que a Promotora Maria José Lobato Rosa insurgem-se contra atos praticados pelo Dr. Procurador-Geral da Justiça que resultou numa punição àquela Promotora.

A alegação da Promotora é a de que havia sido punida porque oferecera denúncia contra políticos, e que, na verdade, a sua punição seria objeto de uma perseguição.

Pedi vista dos autos. O Eminentíssimo Ministro Hélio Mosimann, no seu voto, elucida todas as questões suscitadas. Voto com o Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Presidente): Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 202 — PA — (89.130331) — Rel.: Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Maria José Lobato Rossy. T. Origem: Tribunal de Justiça

do Estado do Pará. Impdos.: Procurador-Geral da Justiça do Estado do Pará e Colégio de Procuradores. Advs.: Drs. Roberto Mendes Ferreira e outros.

Decisão: “Após o voto do Sr. Ministro-Relator, rejeitando a preliminar, no que foi acompanhado por toda a Turma, e no mérito, negando provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro Peçanha Martins. Aguardam os Srs. Ministros Américo Luz e Ilmar Galvão” (24.04.91).

“Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Peçanha Martins, a Turma, por unanimidade, rejeitou a preliminar e no mérito, negou provimento ao recurso” (em 19.06.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz e Ilmar Galvão.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 272 — SP
(Registro nº 90.0001346-1)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Livraria e Papelaria Saraiva S/A*

T. Origem: *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*

Impetrado: *Juiz Federal da 5ª Vara-SP*

Litisconsorte: *União Federal*

Advogados: *José Carlos Graça Wagner*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO SUBJETIVO DA PARTE — PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS (ARTIGO 7º, INCISO II, DA LEI 1.533/51).

Satisfeitos os pressupostos essenciais, a parte tem direito subjetivo à concessão da liminar pleiteada. Revestida de caráter imperativo, o juiz deve conceder a medida sem sujeitá-la a qualquer exigência, sob pena de torná-la ineficaz.

Recurso provido para reformar a decisão ataca-da. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Recurso Ordinário impugnando decisão do Egrégio TRF da 3ª Região em mandado de segurança de sua competência originária.

A LIVRARIA E PAPELARIA SARAIVA S/A impetrou mandado de segurança contra o Delegado da Receita Federal de São Paulo que lhe impusera o pagamento de correção monetária, instituída pela Lei 7.738/89, sobre o Imposto de Renda, requerendo o deferimento de liminar assegurando-lhe efetuar o pagamento das parcelas restantes do IR sem qualquer atualização e de não ser autuado pela autoridade fiscal em relação à diferença devida (fls. 33/52).

O MM. Juiz Federal da 5ª Vara-SP concedeu a liminar, condicionando-a, entretanto, ao depósito integral do valor impugnado (fl. 47).

Irresignada, a impetrante intentou nova segurança, agora, contra o mencionado ato judicial (fls. 2/28).

Prestadas as necessárias informações (fls. 96/98); devidamente contestado pela União (fls. 107/115) e oferecido parecer contrário à sua concessão pelo Ministério Público Federal (fls. 117/119), o *mandamus* foi denegado, por maioria, pelo Egrégio TRF, integrando o acórdão a declaração de voto (vencido) do Exmo. Juiz AMÉRICO LACOMBE (fls. 123/133).

Ainda inconformada, a impetrante interpôs o presente ordinário escorado no art. 105, II, *b*, da CF (fls. 138/153), que foi devidamente impugnado pela União (fls. 160/163) e regularmente processado.

Distribuído inicialmente ao Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO (fls. 165), após parecer favorável ao seu provimento do douto Subprocurador-Geral da República (fls. 166/171), coube-me relatá-lo, por sucessão (fl. 173), o que ora faço.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O v. acórdão recorrido negou a segurança pleiteada por entender, em apertada síntese, que a concessão de liminar “não constitui o reconhecimento de um direito subjetivo da impetrante”, ficando “a critério do juiz, se lhe parecerem relevantes os fundamentos da impetração”, deferir a medida acautelatória de possíveis danos. “Como providência cautelar serve ao processo e não o direito da parte”, não se cuidando “de questionar a existência de direito do impetrante à liminar, mas sim irreparabilidade do dano a ele causado” com a denegação. Exigindo o depósito, o juízo singular “procurou manter o equilíbrio das partes, dando-lhes tratamento isonômico.”

Sem desmerecer esses argumentos, entendo que a matéria foi tratada com raro brilhantismo no voto (vencido) do eminente Juiz Américo Lacombe e no parecer do douto Subprocurador-Geral A. F. BARROS E SILVA DE SOUZA, dos quais destaco os seguintes trechos:

“

A respeito da natureza constitucional da liminar, escreveu CLÓVIS BEZOS:

“Entretanto, muito embora não exista a previsão constitucional expressa da liminar, salta aos olhos que a mesma é absolutamente inerente ao próprio remédio constitucional, que, destinado à proteção de direito contra ato ilegal de autoridade, tornar-se-ia letra morta caso não se coibisse desde logo a ilegalidade, como nas hipóteses em que os efeitos do ato lesivo de direito viessem a ocasionar a irreversibilidade da lesão, pela demora no trâmite processual. Disso decorre, inelutavelmente, a conclusão da previsão constitucional **implícita** da liminar, pois não se poderia compreender tivesse pretendido o Constituinte prever um meio de defesa de direito eficiente algumas vezes e inócuo em determinadas circunstâncias.” (a Liminar em Mandado de Segurança — Limites à Discricionariedade do Juiz *in* Revista Brasileira de Direito Processual, ed. Forense, vol. 31, p. 34).

8. Daí porque, como ensina GALENO DE LACERDA,

“a liminar na segurança se reveste de caráter imperativo para o juiz” (Comentários ao Código de Processo Civil — vol. VIII, tomo I, Forense — 1984 — 2ª Edição, p. 186).

E também, como assevera com precisão HELY LOPES MEIRELLES,

“A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem os seus pressupostos” (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, *Habeas Data* — RT — 1989 — 13ª Edição — p. 51).

9. Não é por outra razão que o extinto Tribunal Federal de Recursos chegou à conclusão de que, presentes os pressupostos do art. 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, “surge para a parte o **direito subjetivo** à liminar (MS nº 119.422-SP — Rel. Min. Carlos Mário Velloso e MS nº 150.721-SP — Rel. Min. Carlos Mário Velloso *in* DJU de 26.06.89 — p. 11.104), Também o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 371-DF, tendo como Relator o Min. Carlos Mário Velloso, já reconheceu que “quando ocorrentes ambos os pressupostos da medida liminar, inscritos no art. 7º, II da Lei nº 1.533, de 1951,... tem o impetrante direito subjetivo àquela medida” (1ª Seção — *in* DJU de 28.05.90, p. 4.717).

10. Portanto, ao contrário do que vem afirmado no voto vencedor do acórdão recorrido, presentes os pressupostos inscritos no art. 7º, inc. II, da Lei 1.533/51, a parte tem direito subjetivo à liminar.”

.....
“A liminar no mandado de segurança é uma garantia constitucional, de modo que não pode ficar sujeita a condição que, na prática, lhe torna ineficaz, ainda que estabelecida a pretexto de manter o equilíbrio das partes. Ou estão presentes os requisitos previstos no art. 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, e a parte o direito subjetivo de obter a liminar, sem qualquer condição, ou não estão presentes os pressupostos pertinentes e a liminar não pode ser concedida. Não há meio termo.” (fls. 168/171).

.....
“A exigência de depósito, garantidor da liminar em mandado de segurança, é uma medida em tudo e por tudo excepcio-

nal. Está se tornando rotina! Está se tornando regra, aquilo que deveria ser exceção.”

.....
“A Lei 1.533, de 31.12.51, em seu art. 7º, longe de exigir depósito, determina que o Juiz suspenda “o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”.

Assim, além de não exigir garantia, a lei impõe uma obrigação cogente ao juiz: suspender o ato impugnado quando relevante o fundamento e puder resultar a ineficácia da medida.

Que o fundamento é relevante, não há que se duvidar. Tanto o é que a liminar foi concedida. Além disso, estamos diante de uma lei votada em procedimento legislativo oriundo de uma medida provisória. Posto que tal irregularidade não tenha sido levantada pela Impetrante, nada impedirá ao Juiz considerar a questão. Não tenho dúvidas que as medidas provisórias são ilegítimas para iniciar procedimento de lei tributária. Para não me alongar, reporto-me ao magnífico estudo da Profª Misabel de Abreu Machado Derzi (Medidas Provisórias — Sua absoluta Inadequação à Instituição e Majoração de Tributos; *in* Rev. de Direito Tributário 45/130)”.
.....

Reporto-me aqui a citação do ilustre Galeno Lacerda, trazida à colação no brilhante voto da Juíza Lúcia Figueiredo, no Processo nº 86/89, para demonstrar as diferenças entre as liminares em mandado de segurança e em medidas cautelares, ressaltando a observação de que no mandado de segurança o Juiz estará obrigado a concessão da liminar, se presentes os pressupostos.” (fls. 131/132)

Por tudo isso, conheço do recurso e lhe dou provimento para reformar o aresto atacado, concedendo a segurança nos termos do pedido.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. Acompanhei a formação da jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos, no particular. Assim, não havendo motivo para modificar meu ponto de vista, acompanho o Eminentíssimo Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 272 — SP — (90.0001346-1) — Rel.: Min. Peçanha Martins. Recte.: Livraria e Papelaria Saraiva S/A. T. Origem: TRF da 3ª Região. Impetrado: Juiz Federal da 5ª Vara-SP. Litisconsorte: União Federal. Adv.: José Carlos Graça Wagner.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (19.6.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Ilmar Galvão, José de Jesus e Hélio Mosimann. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 406 — SP (Registro nº 90.0003936-3)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrentes: *Mauro Bocatelli Júnior e outro*

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

Impetrado: *Governador do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Walter de Almeida Campos, José Paulo Carvalho Braga e Paulo Édson de Oliveira*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE ESTABILIDADE. ART. 19, § 2º, DO ADCT. RECURSO IMPROVIDO.

1 — Não adquire estabilidade, sendo exonerável *ad nutum*, o servidor admitido em caráter temporário e excepcional para exercer funções e cargos em comissão.

2 — O § 2º, do art. 91 do ADCT, exclui da garantia instituída no *caput* do artigo os ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão.

3 — Recurso conhecido a que se nega provimento para manter a decisão impugnada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos 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 anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: MAURO BOCATELLI JR. e SAID PACHÁ recorrem da decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo que denegou a segurança por eles impetrada contra o Exmo. Sr. Governador daquele Estado, objetivando suas reintegrações no serviço público.

Aviam o recurso com amparo no art. 105, inc. II, letra *b*, da CF, alegando que o acórdão laborou em equívoco, pois foram dispensados em flagrante desrespeito à condição de estábilítarios, direito líquido e certo adquirido por força do art. 19 do ADCT.

O apelo foi devidamente contra-arrazoado (fls. 152/158), manifestando-se o MP estadual pelo seu improvimento (fls. 160/161).

Remetido a esta Corte e originariamente distribuído ao Exmo. Ministro CARLOS VELLOSO (fl. 165), após parecer desfavorável da Subprocuradoria-Geral da República (fls. 166/169), coube-me relatar o recurso, por sucessão, em virtude da nomeação do referido Ministro para o Egrégio STF (fl.171).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): A pretensão dos impetrantes lastreia-se, basicamente, no art. 19 do ADCT que, segundo eles, lhes teria assegurado a estabilidade no serviço público, direito líquido e certo impeditivo da concretizada dispensa *ad nutun*.

Incontroverso, porque declarado desde a inicial e repetido nas razões recursais, que os recorrentes foram admitidos “a título precário e em caráter excepcional”.

A precariedade e a excepcionalidade, típicas de cargos em comissão — por eles sempre exercidos, como fartamente comprovado nos autos — jamais lhes poderiam conferir a alegada estabilização. Aliás, o § 2º do invocado art. 19 do ADCT preceitua:

“O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do *caput*, exceto se se tratar de servidores”.

Vê-se, destarte, que o próprio dispositivo em que os impetrantes buscam escorar o *mandamus* não lhes favorece, sendo indevidas as inferências dele retiradas, como alertado no parecer do outro Subprocurador-Geral.

Acresce, ainda, não ter o v. acórdão incorrido em equívoco ao afirmar, à luz da exuberante prova, que os impetrantes “exerciam funções-atividades, de natureza permanente, correspondentes a cargos em comissão” (fls. 139/140). Leciona o renomado LOPES MEIRELLES:

“Cargo em comissão é o que só admite provimento em caráter provisório. Destina-se às funções de confiança dos superiores hierárquicos. A instituição de tais cargos é permanente, mas o seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função.”

E mais adiante:

“É por isso que os nomeados em comissão e os admitidos na forma do art. 37, IX, da Constituição, cujos vínculos empregatícios têm sempre um caráter provisório, jamais adquirem estabilidade.” (Dir. Adm. Brasileiro, 16ª Ed., 1991, págs. 357 e 377).

Ora, reconhecido pelos impetrantes que foram admitidos em caráter temporário e excepcional, para exercerem funções-atividades de assistência técnica, e não tendo provado que ocupassem cargo de provimento efetivo, outra sorte não poderia ter o mandado senão aquela decretada pelo aresto impugnado.

Vale assinalar o sofisma da assertiva dos recorrentes de “que o disposto no art. 37, II, da Constituição, é uma exceção ao estatuído no art. 19 das suas Disposições Transitórias”. (fl. 146).

Muito pelo contrário, para a aquisição da estabilidade prevista no art. 41 da CF, a regra é a contida no seu art. 37, II; a exceção é a estabelecida no art. 19 do ADCT, com a ressalva feita no § 2º deste dispositivo.

Por tudo isso, conheço do recurso e lhe nego provimento, para manter a decisão recorrida.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, tendo o Eminentíssimo Relator esclarecido que os interessados exerciam cargo em comissão, acompanho S. Exa., por conformar-se o caso ao § 2º do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. Acompanho o Eminentíssimo Relator, com os esclarecimentos dados pelo Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, acompanho o Relator com muita tranquilidade, porque o voto de S. Exa. se afina com dois outros processos julgados nesta Turma, de que fui Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 406 — SP — (90.0003936-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins. Rectes.: Mauro Bocatelli Júnior e outro. T. Origem: Tribunal de Justiça de São Paulo. Impdo.: Governador do Estado de São Paulo. Recdo.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Walter de Almeida Campos e José Paulo Carvalho Braga.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”. (2ª Turma — 14/8/91).

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

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 437 — BA
(Registro nº 9000048320)

Relator: *O Senhor Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Lânia Linhares Correia*

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

Impetrado: *Secretário de Administração do Estado da Bahia*

Advogados: *Ronilda Noblat e outros*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. HABILITAÇÃO PARA O CARGO APÓS A INSCRIÇÃO.

Se o edital que rege o concurso exige a apresentação dos documentos de habilitação dos candidatos só após aprovados, quando da convocação para nomeação ou posse, não se pode desclassificar o concorrente que, à época da inscrição, não tinha ainda o diploma de graduação em universidade.

Ademais, a conclusão do curso ocorre quando do encerramento das atividades curriculares, com a colação de grau, servindo o diploma apenas para comprovar essa condição e assegurar ao concluinte os direitos e prerrogativas legais dela decorrentes.

Recurso provido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 09 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): LÂNIA LINHARES CORREIA impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário de Administração do Estado da Bahia, que a desclassificou do Concurso Público realizado para a área de saúde, em razão de só ter a candidata impetrante apresentado o diploma de conclusão do curso de medicina, quando da entrega dos documentos necessários à investidura do cargo.

A segurança foi denegada pelas Egrégias Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça da Bahia, nos termos da decisão cujo acórdão encontra-se assim ementado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. HABILITAÇÃO PARA O CARGO NA DATA DA INSCRIÇÃO.

Se o edital do concurso estabelece, como condição para a inscrição, a habilitação profissional de médico, o fato de postergar a juntada da documentação para após o resultado das provas, não deixa de ensejar a desclassificação do candidato aprovado que só colou grau após o prazo das inscrições.

Segurança denegada”. (Fls. 37).

Inconformada, a impetrante interpôs recurso ordinário contra o v. aresto denegatório do *writ*, alegando, fundamentalmente, que a exigência de habilitação correspondente no cargo pleiteado (diploma de médica), “somente seria objeto de comprovação na fase de convocação do candidato aprovado, para admissão no cargo”, e afinal concluindo que o ato de desclassificação violou direito líquido e certo da recorrente, a reclamar a prestação legal de *writ* (fls. 44/53).

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se favorável ao provimento do recurso (fls. 59/60).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): A questão apreciada no v. acórdão recorrido consiste em saber se a impetrante do mandado de segurança denegado, candidata aprovada em concurso público, pode ser desclassificada, em virtude de só ter apresenta-

do o diploma de médica na oportunidade marcada para apresentação dos documentos necessários à nomeação para o cargo.

No aresto recorrido entendeu-se que “o fato de postergar a juntada da documentação para após o resultado das provas, não deixa de ensinar a desclassificação do candidato aprovado que só colou grau após o prazo das inscrições”.

A controvérsia há de ser deslindada à luz das normas estabelecidas no edital do concurso. Com efeito, ao estabelecer de forma genérica, as exigências para a inscrição no concurso, o edital relacionou entre elas a de que possuísse o candidato habilitação para o cargo (item 6). Em seguida, o ato editalício assim dispôs mais especificamente.

“*Omissis*. 7. Para inscrever-se, o candidato deverá preencher o requerimento de inscrição fornecido nos locais indicados no item 3 deste capítulo, apresentar Cédula de Identidade e pagar a taxa correspondente ao cargo. (*Omissis*). 8. As exigências especificadas anteriormente, nos itens 5 e 6 e seus subitens, deverão ser comprovadas pelos candidatos habilitados nas provas quando convocados. 9. A falta de apresentação dos documentos aludidos, nos itens 5 e 6 e seus subitens, no prazo fixado quando da convocação, importará na desclassificação do candidato.” (*Omissis*). (Fls. 9).

Da simples leitura destas disposições, é fácil concluir que, no ato da inscrição, além de preencher o requerimento, o candidato deveria apresentar a cédula de identidade e pagar a taxa correspondente ao cargo, ficando de atender as exigências dos itens 5 e 6, entre estas a relativa habilitação para o cargo, quando convocados, isto é, se aprovados.

Ora, foi assim que ocorreu no caso presente: a candidata apresentou os documentos exigidos para se inscrever, obteve a inscrição, e posteriormente, depois de aprovada em 3º lugar, foi desclassificada, na oportunidade de apresentar os demais documentos necessários à investidura no cargo, em consequência de só então ter trazido a comprovação de ser diplomada em medicina.

A insubsistência do ato atacado no mandado de segurança pode ser deduzida do próprio voto condutor da decisão recorrida, quando a digna Relatora afirma “que, no caso, o edital protelou a apresentação de documentos indispensáveis ao exercício das profissões, para uma fase seguinte à publicação da relação de aprovados.” E acrescenta: “Entretanto, o edital não dispensou o candidato de, na data da inscrição, já possuir a habilitação profissional para o cargo, tanto que assim estabeleceu, no Título IV, itens 5 e 6” (fls. 41).

Fosse dessa forma e como sustenta a autoridade impetrada nas suas informações (fls. 21/22), *conditio sine qua non* para a inscrição possuir a candidata, naquela oportunidade, o título de médica, devidamente registrado no Conselho respectivo, não teria ela conseguido inscrever-se no concurso, concorrendo às provas e obtendo a aprovação, para afinal ser desclassificada.

Neste caso, estou de acordo com o entendimento manifestado pelo ilustre Representante do Ministério Público do Estado, ao opinar sobre a concessão da segurança impetrada:

Omissis. A nosso sentir, a conclusão do curso não se deu ao ensejo da diplomação, mas à data em que foram encerradas as atividades compreendidas no currículo correspondente ao curso. A partir desse momento o concluinte deixa de ser um simples estudante, por haver adquirido então a condição de portador de um curso completo na categoria de médico, veterinário, nutricionista ou odontólogo. O diploma apenas comprova essa condição e assegura ao concluinte os direitos e prerrogativas legais, dessa condição decorrentes, cabendo ao registro, no respectivo Conselho, disciplinar o exercício da profissão” (*Omissis*). (fls. 34).

Como se encontra consignado na decisão recorrida (fls. 42) “o curso foi concluído no primeiro semestre de 1988” (fls. 42). Assim, embora a recorrente ainda não tivesse o diploma de médica ao inscrever-se para o concurso, por isso que só expedido posteriormente, apresentou esta prova de habilitação em tempo hábil, conforme exige o edital. A sua desclassificação, por não ter cumprido esta exigência, portanto, configura a violação de direito líquido e certo, a ser amparado em mandado de segurança.

Demais disso, adoto a mesma linha de entendimento esposada no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, segundo a qual, desde o momento em que a candidata, logo em seguida à aprovação, apresentou o respectivo diploma em tempo hábil, seria “uma demasia desclassificá-la, por não estar em jogo fato de substância do ato, mas formalidade evidentemente acessória em tal contexto” (fls. 60).

Ante o exposto, meu voto é no sentido de dar provimento ao recurso, para o fim de reformar o acórdão recorrido e conceder a segurança, tornando sem efeito o ato de desclassificação da recorrente do concurso a que se submetera.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, no TFR já era tranqüilo o entendimento de que a prova de escolaridade deveria ser

feita por ocasião da posse, e não da inscrição. No caso, a situação ainda é mais favorável à impetrante, porque, como diz o Eminentíssimo Ministro-Relator, quando da inscrição ela já havia terminado o curso; não tinha os documentos em mãos.

S. Exa. está com inteira razão; por isso o acompanho.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 437 — BA — (9000048320) — Rel.: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte: Lânia Linhares Correia. Impdo.: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Impdo.: Secretário de Administração do Estado da Bahia. Advs.: Ronilda Noblat e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator (julgado em 09/10/91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Gomes de Barros, Pedro Acioli e Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



MANDADO DE SEGURANÇA Nº 444 — DF (Registro nº 9059232)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Impetrantes: *Deodato Batista Fabrício e Oswaldo Callai*

Impetrado: *Ministro de Estado do Exército*

Advogados: *Drs. Eloi Rosin Stoffels e outro*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA. PROMOÇÕES. CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. EFEITOS FINANCEIROS. ART. 8º, ADCT E ART. 4º, DA EC 26/85.

I — Do confronto do art. 4º, da EC 26/85, e a interpretação fixada pelo Tribunal, o art. 8º, do ADCT, contém uma pequena parte do alcance daquela norma restritiva, ao passo que esta é ampla e consagra em si mesma a própria natureza de ato administrativo.

II — O art. 8º, do ADCT, que concede a anistia, asseguradas as promoções na inatividade ao posto “a que teriam direito se estivessem em serviço ativo”, acrescenta que há necessidade de serem “respeitadas as características e peculiaridades das carreiras e observados os respectivos regimes jurídicos.”

III — Não se aplicam aos anistiados as características, as peculiaridades e o regime jurídico atinentes ao critério subjetivo de merecimento e escolha e ao objetivo de curso de formação, mas aplicam-se-lhes o critério objetivo de antigüidade, por estarem na inatividade.

IV — As vantagens devidas são apenas aquelas inerentes às promoções, com efeito financeiro a partir da promulgação da Constituição.

V — Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, deferir parcialmente o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de dezembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Cuida-se de segurança impetrada por Deodato Batista Fabrício e outro, com a finalidade de serem promovidos na carreira militar, conforme discriminam seu pedido.

Em análise do pedido, a douta SGR analisou, sucintamente a *quaes-tio* assim tendo historiado — fls. 215:

1) ingressaram nas fileiras do Exército Brasileiro, respectivamente em 1953 e 1958, tendo galgado a graduação de 3º

Sargento, quando foram afastados da Força, em decorrência de atos excepcionais;

2) foram beneficiados sucessivamente pela Anistia de 1979 e 1985, tendo sido promovidos, na inatividade, à graduação de Subtenente;

3) sobrevivendo a CF de 1988, pela letra do artigo 8º do ADCT, julgaram-se beneficiados, sem restrições, salvo as de permanência e de idade-limite, e requereram à autoridade impetrada a promoção ao posto de Capitão, com os consectários legais, tendo sido desatendidos.

Daí porque requerem a presente segurança para obterem judicialmente o que administrativamente não conseguiram.

Ao final opina pelo indeferimento da segurança.

As informações da autoridade apontada coatora repousam às fls. 193 *usque* 205.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Na assentada em que foi julgado o MS nº 257-DF, proferi voto-vista no seguinte teor:

“7 — No precedente de minha lavra a que se refere o impetrante, procurei objetar o alcance daquele ato, porque, como já disse, o art. 8º, do ADCT, não é norma e nem preceito é um ato constitucional.

8 — O voto que expressei naquela oportunidade foi buscando o alcance do artigo e, agora, neste voto-vista, diante das preocupações da autoridade impetrada, fui buscar os precedentes do Tribunal acerca da interpretação dada ao art. 4º da Emenda Constitucional 26/85, sobretudo porque a ela aludem as informações e o Ministério Público Federal.

9 — Ao volver sobre este tema se fez necessário conferir se havia repetição de mandados de seguranças com os mesmos impetrantes, buscados no arquivo do Tribunal e nos precedentes citados.

10 — Mas, não encontrei duplicidade de pedidos, ao passo que verifiquei já existir no Tribunal interpretação fixada ao art.

4º, da EC 26/85, daí porque inicialmente faço transcrever o seu teor:

‘Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

§ 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

§ 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no *caput* deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

§ 3º Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teria direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes’.

11 — Quanto a esta norma, o Plenário do Tribunal fixou-se o alcance do § 3º, do art. 4º, da EC 26/85, nas coordenadas básicas de que ali não se conferiu “aos anistiados mais direitos do que antes possuíam” e que “não se previu aí a promoção dos beneficiados pela anistia ao posto ou graduação que poderiam atingir se estivessem em atividade, e sim aquilo a que teriam direito, se não houvessem sido transferidos para a reserva.”

12 — Fixou-se essa tese a partir do julgamento do MS 115.109-DF, *in* DJ 15.10.87, no qual acentuou o Relator que:

‘No mérito, penso que a interpretação dada ao § 3º do artigo 4º da Emenda 26/85, pela digna autoridade impetrada, está correta.

Estavam ambos na reserva remunerada com a graduação de 3º Sargento. Após a referida Emenda Constitucional, por aplicação da anistia, foram parcialmente atendidos em sua pretensão, tendo sido contemplados, com escala sobre as graduações intermediárias, a Subtenentes. Daí por diante, para ingresso no Quadro Auxiliar de Oficiais (QAO), teriam os impetrantes que preencher os requisitos previs-

tos nos regulamentos vigentes, como consta expressamente da ressalva constante da parte final do § 3º do art. 4º da Emenda Constitucional em anexo. Entre esses requisitos, o Regulamento aprovado pelo Dec. 90.116, de 29.8.84, alterado pelo de nº 92.962, de 21.7.86, estipula o critério de merecimento e a idade máxima de 53 anos, 11 meses e 29 dias, na data da promoção. Note-se que essas exigências já constavam do Dec. 90.116/84, art. 4º, anterior à anistia, seja quanto ao merecimento, seja quanto à idade, ainda mais reduzida.

O segundo impetrante, OSVALDO SILVA, atingiu a idade-limite em 13.8.85 (fls. 90). E, com relação a ambos, “se estivessem em serviço ativo” (exigência expressa da Emenda Constitucional), seria imprescindível para o ingresso no Quadro Auxiliar a apuração do merecimento, por critérios regulamentares, aferidos na esfera administrativa, a qual não pode ser simplesmente suprimida ou substituída pelo Poder Judiciário.

Não tinham, pois, se na ativa, direito líquido e certo às promoções até o posto de Capitão, no Quadro Auxiliar de Oficiais. Como a anistia concede-lhes somente “as promoções... ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo” (§ 3º do art. 4º da EC 26/85), a conclusão a que chego é que, por via de consequência, não se lhes conferiu, com a anistia, mais direito do que antes possuíam. Em outras palavras: se antes não possuíam direito líquido e certo ao ingresso no Quadro de Oficiais, continuam nessa mesma situação, após a anistia.

Diferente seria se tivessem sido colhidos pela punição quando já preenchidas as condições regulamentares para a promoção, o que não é o caso, como se demonstrou.’

13 — Nessa linha, o impetrante deveria à data da punição estar preenchendo as condições regulamentares para a promoção, interpretação portanto restritiva.

14 — Agora, por outro lado, se faz mister que transcreva o disposto no art. 8º e § 1º, do ADCT, para confronto, a fim de que se possa verificar se a interpretação a ser dada ou a firmada no precedente de que fui Relator se ajusta à “medida de interesse público, editada por generosa inspiração política e jurídica, para assegurar a paz social, apagando da memória do

País fatos considerados delituosos, em determinado momento histórico-condicionado. Assim, quer na esfera administrativa, quer na aplicação judiciária, as leis de anistia devem ter a interpretação mais ampla possível para que suas normas assumam adequação, eficácia e grandeza “*in AC 83.735-RJ, in DJ 28.02.85, apud voto Min. Carlos Velloso, no MS 113.488-DF, in DJ 19.09.88.*”

15 — Como disse antes, o texto constitucional do art. 8º, do ADCT, é do seguinte teor:

‘Art. 8º É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

§ 1º — O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.’

16 — Do texto, fazendo o confronto com o da EC 26/85, art. 4º, e a interpretação fixada pelo Tribunal, vislumbro que o art. 8º, do ADCT, contém uma pequena parte do alcance daquela norma restritiva, ao passo que esta é ampla e consagra em si mesma a própria natureza de ato administrativo.

17 — A atual disposição constitucional não é restritiva, é ampla e não sambarca a interpretação fixada pelo Tribunal nos precedentes de que mencionei.

18 — Mantenho o meu entendimento que espousei no MS 109-DF, *in DJ 02.10.89*, que foi nessa linha.

19 — A teor do art. 8º do ADCT, a anistia é concedida a todos aqueles que foram atingidos por atos de exceção, institucionais ou complementares em decorrência de motivação exclusivamente política.

20 — Esse ato constitucional, porque assim entendo, afirma que ficam “asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo”.

21 — A clareza do ato não deixa dúvidas acerca do direito às promoções do impetrante.

22 — Verifico que existem as seguintes categorias de militares: a) militar da ativa; b) militar da reserva remunerada e c) militar na inatividade.

23 — A autoridade impetrada afirma que a promoção haveria de proceder a aferição de certos requisitos objetivos e subjetivos, além do curso de formação de Sargentos.

24 — O art. 8º, do ADCT, que concede a anistia, asseguradas as promoções na inatividade ao posto “a que teriam direito se estivessem em serviço ativo”, acrescenta que há necessidade de serem “respeitadas as características e peculiaridades das carreiras e observados os respectivos regimes jurídicos.”

25 — Entendo que é melhor verificar o alcance dessas expressões constantes do artigo 8º, que no seu todo quer dizer que a anistia é concedida, está concedida, e ficam asseguradas as promoções na inatividade ao posto, graduação ou cargo, só que o artigo coloca três condicionantes ao serem dadas as promoções, quais sejam, ao serem realizadas ditas promoções não de ser respeitadas as características da carreira; não de ser respeitadas as peculiaridades da carreira; e há de ser observado o regime jurídico da carreira.

26 — Pois, para isso, há necessidade que a autoridade impetrada ao fazer as promoções na inatividade observe as características, as peculiaridades e o regime jurídico da carreira do militar na inatividade, e só, nada mais.

27 — A autoridade administrativa pelo conteúdo do art. 8º, do ADCT, está impedida de trazer ou invocar normas das carreiras dos militares da ativa ou da reserva remunerada, para serem aplicadas aos militares na inatividade.

28 — Ao obedecer às características, às peculiaridades e ao respectivo regime jurídico, se o impetrante estivesse na atividade, as promoções ao posto de Capitão se dariam pelo critério objetivo de antigüidade e cursos de formação e pelo critério subjetivo de merecimento e escolha.

29 — No caso o impetrante esteve fora da carreira militar por força de um ato de exceção, daí não se lhe aplicam as características, as peculiaridades e o regime jurídico atinentes ao critério subjetivo de merecimento e escolha e ao objetivo de curso de formação, mas aplicando-se-lhe o critério objetivo de antigüidade, por estar na inatividade.

30 — Alude, ainda, o seguinte: “respeitadas as características e peculiaridades das carreiras” e, no caso, a carreira de que fez parte o impetrante é a do Quadro de Acesso, ou seja, o chamado QOA e QOE, que ao máximo os seus postulantes só chegam ao posto de Capitão, por promoção, e na inatividade, com os proventos de Major, acompanhando pois os paradigmas.

31 — Os paradigmas, que para o caso entendo devam ficar bem demonstrados, foram apresentados e delineados pelo impetrante, pois, assim já me manifestei no MS 109-DF, *in* DJ 02.10.89.

32 — Por outro lado, o § 1º desse artigo assegura os efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição de 1988.

33 — Ora, esses efeitos financeiros são aqueles decorrentes das promoções.

34 — As vantagens a que fez jus são apenas aquelas advindas das promoções e não genericamente como quer o impetrante.”

Não discrepa do precedente trazido à colação o presente pedido. As razões são as mesmas, e assim defiro a segurança tão-somente para assegurar aos impetrantes as promoções aos postos pleiteados, restritas as vantagens inerentes às promoções, com efeitos financeiros a partir da promulgação da CF de 1988.

É como voto.

VOTO (VENCIDO)

EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, embora vencido nessa questão, vou manter-me nessa posição até que a matéria venha a ser examinada em instância superior.

Denego a segurança, nos termos de votos anteriormente proferidos.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. A exemplo do Sr. Ministro Ilmar Galvão, tenho sido voto-vencido nessa matéria.

Como ainda não há razão para modificar meu entendimento, peço vênua aos Eminentes Colegas para acompanhar o Ministro Ilmar Galvão.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Senhor Presidente, peço vênua para acompanhar também o Sr. Ministro Ilmar Galvão e farei juntar voto idêntico.

ANEXO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 253 — DF (Registro nº 8900120697)

Relator: *Ministro Vicente Cernicchiaro*

Impetrante: *Alvim de Oliveira Rodrigues*

Impetrado: *Ministro de Estado do Exército*

VOTO

“O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Senhor Presidente, o impetrante alega direito decorrente da Constituição da República de 1988, especificamente o art. 8º do ADCT.

Segurança distribuída aos 3 de novembro de 1989 (fls. 2). Ataca o indeferimento de sua pretensão, cujo despacho foi publicado no Diário Oficial da União de 13 de outubro de 1989, conforme esclarecem as informações da autoridade coatora (fls. 97), comprovadas pelos documentos de fls. 108/109 e 111/112. Postulara administrativamente no dia 24 de fevereiro de 1989 (fls. 108).

Evidencia-se, entre a decisão administrativa e o ingresso em juízo, transcorreram menos de trinta dias.

Indiscutível a tempestividade.

O art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias concedeu anistia a quem:

a) no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foi atingido, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares;

b) abrangido pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961;

c) atingido pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969.

Em conseqüência, teria “asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos”.

Esse dispositivo, como de regra qualquer outro, impõe interpretação lógico-sistemática.

A anistia, notadamente no referido dispositivo da Constituição de 1988, foi ampla, buscando reparar qualquer sanção decorrente de “motivação exclusivamente política”.

O instituto, por sua natureza, impõe interpretação que se considerem dois aspectos; um restritivo, no sentido de que sendo excepcional, deve ser considerado restritivamente; outro finalístico, vale dizer, alcançar, respeitadas os marcos normativos, todas as hipóteses enquadráveis no dispositivo.

Além disso, não se pode desprezar o princípio da isonomia. Na espécie, conferir tratamento mais benéfico ao anistiado em detrimento de colega que continuou no cargo público, emprego, posto ou graduação.

A anistia visou a reparar injustiça. Não teve o propósito, é lógico, de cometer outra injustiça, dando tratamento privilegiado ao seu beneficiário.

Em outras palavras, repõe-se, conforme o art. 8º, a situação e se reconhece o direito como se não houvesse a interrupção do exercício.

No caso dos autos, a promoção reclamada obedece ao critério de merecimento. Em conseqüência, interferem dados subjetivos, aferíveis individualmente e em confronto com os colegas. Nesses termos, impossível aferir merecimento fora do exercício da atividade.

Na espécie, projeta-se situação excepcional, qual seja, a anistia, que gera a presunção de tal exercício.

Cumprido, então, mentalizar se essa presunção se ajusta ao caso concreto, ou seja, se todos os colegas foram promovidos. Em sendo negativa a resposta, a isonomia repele, por ficção, contemplar o anistiado. Outra conclusão conferiria privilégio, incompatível com a lei da anistia. Se, ao contrário, todos os colegas de turma galgaram a promoção, por efeito legal (e só por isso), ter-se-ão como reais as exigências que, concretamente, deveriam ser satisfeitas pelo Impetrante.

Nas informações a ilustre autoridade coatora não informou que na turma do postulante ainda restam colegas na expectativa de promoção. Extrai-se a conclusão que todos ascenderam na carreira.

Aqui, e só por isso, é válido invocar a ficção de satisfazer os requisitos do merecimento. A pensar-se contrariamente, jamais o anistiado seria beneficiado porque, com a sua retirada da atividade, não pôde, porque lhe foi impedido, demonstrar satisfazer os requisitos subjetivos à promoção.

O invocado art. 8º volta-se para garantir as promoções “na inatividade”. Acrescenta o § 1º, *verbis*:

“O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.”

Confiro a seguinte interpretação a esta norma: a *lex mater* buscou, esquecendo a sanção, o que é próprio da anistia, colocar o anistiado no posto que teria alcançado, caso não houvesse sido afastado compulsoriamente.

A Constituição, assim como não garantiu o retorno do militar à ativa, expressamente, proibiu qualquer percepção de vantagem patrimonial, em caráter retrooperante.

Somente a partir da promulgação da atual Carta Magna, evidentemente, considerada a situação por ela gerada, fluirão efeitos financeiros.

O pedido do Impetrante, além da promoção, pretende vantagens pecuniárias, como indenizações (fls. 23, 4, b), gratificação de tempo de serviço, correspondente a 8 (oito) quinquênios (fls. 24, 4.2).

Concedo a segurança, em parte, ou seja, para reconhecer o direito à promoção. Incabível, porém, qualquer efeito financeiro anterior à Constituição de 1988.

Sem honorários de advogado (Súmula 512, STF).”

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 444 — DF — (9059232) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Impetrantes: Deodato Batista Fabrício e Oswaldo Callai. Impetrado: Ministro de Estado do Exército. Advogados: Drs. Eldi Rosin Stoffels e outro.

Decisão: A Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Ilmar Galvão, José de Jesus e Vicente Cernicchiaro, deferiu parcialmente o mandado de segurança (em 11.12.90 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Américo Luz, Garcia Vieira e Hélio Mosimann votaram com o Sr. Ministro Relator. O Sr. Ministro Geraldo Sobral não compareceu à sessão por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 452 — CE (Registro nº 90.0005120-7)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Recte.: *Raimundo Cabral de Lima*

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

Impdo.: *Juízo de Direito da 10ª Vara Cível de Fortaleza — CE*

Litis.: *Ophelia Mascarenhas Façanha — Espólio*

Advogados: *Drs. Maria José Bentes Pinto e Pedro Maia*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL.

1 — A ação mandamental não tem o condão de substituir recurso próprio.

2 — A via estreita do *mandamus* exige comprovação documental do direito líquido e certo, tido por violado.

3 — Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro BUENO DE SOUZA, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: RAIMUNDO CABRAL DE LIMA interpôs recurso ordinário constitucional contra v. acórdão que denegou mandado de segurança, impetrado originariamente perante o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, contra ato judicial que determinou a intimação do impetrante, ora recorrente, para desocupar o imóvel que ocupa na qualidade de sublocatário, por força de sentença proferida em ação de despejo com trânsito em julgado.

O recorrente impetrou o *mandamus* sob a alegação de que a mencionada coisa julgada não produz efeitos quanto à sua pessoa, porquanto não figurou no pólo passivo da ação de despejo, eis que não é sublocatário do imóvel, mas sim locatário.

Por sua vez o v. acórdão recorrido indeferiu o *writ* à míngua de comprovação de direito líquido e certo; e, bem assim, de não ser o mandado de segurança sucedâneo da via recursal adequada (fls. 67/71).

Daí o presente recurso ordinário com fundamento no artigo 105, inciso II, letra *b*, da Constituição Federal, onde o recorrente reprisa seus argumentos contra a ilegalidade da ordem de desocupação (fls. 73/80).

Nesta instância, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral, José Ribamar de Castro Viana, opina pelo desprovimento do recurso (fls. 90/92).

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, leio o tópico do parecer a que venho de aludir, do ilustre Subprocurador-Geral da República, José Ribamar de Castro Viana, de fls. 90/92 dos autos, e que ajuda a compreender a hipótese:

“Ação de mandado de segurança intentada por Raimundo Cabral de Lima contra o ato do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito

da 10ª Vara Cível de Fortaleza, Ceará, que, nos autos de ação de despejo proposta pelo Espólio de Ophelia Mascarenhas Façanha contra CIAM — Comércio e Indústria de Artefatos de Madeira Ltda., determinou a intimação do impetrante para desocupar a casa em que reside, situada na Rua 24 de maio, nº 1.555, bem como um terreno vizinho.

Alegou o impetrante que não é sublocatário de CIAM — Comércio e Indústria de Artefatos de Madeira Ltda., mas locatário do espólio de Ophelia Mascarenhas Façanha, motivo por que a coisa julgada da ação de despejo não produz nenhum efeito com relação ao impetrante.

Pediu o impetrante fosse liminarmente sustada a ordem de despejo emanada da autoridade apontada como coatora e, no mérito, confirmada a liminar para determinar sua permanência no imóvel em que reside até o trânsito em julgado da sentença a ser prolatada na ação declaratória de nulidade da sentença, movida pelo impetrante contra o espólio de Ophelia Mascarenhas Façanha. (fls. 2 a 5).

Denegou-se a segurança sob o fundamento de ausência de direito líquido e certo a proteger, ficando o acórdão resumido na seguinte ementa:

“EMENTA: Não se toma conhecimento do mandado de segurança, se não se evidenciam os pressupostos de sua admissibilidade, e, ainda, pretendendo-se validá-lo, como sucedâneo da via recursal adequada, prevista na legislação adjetiva vigente o que é defeso, segundo a orientação jurisprudencial dominante. Inadmissível cogitar-se de matéria de prova que implica em dilação probatória, pois, que o âmbito de “cognição especial” de *mandamus* diz respeito a prova pré-constituída”. (fls. 67).

Recorreu o impetrante. (fls. 73 a 80).

Não comprovou o impetrante sua qualidade de locatário do imóvel em que reside. Pelo contrário, os documentos que instruíram a inicial indicam que o impetrante era sublocatário de CIAM — Comércio e Indústria de Artefatos de Madeira Ltda. (fls. 31).

A falta de prova de locação entre o impetrante e a proprietária do imóvel, Ophelia Mascarenhas Façanha, ou seu espólio, torna ilíquido e incerto o alegado direito do impetrante de não ser atingido pela coisa julgada da referida ação de despejo.

Em face do exposto, somos por que se negue provimento ao recurso.”

E, assim, examinando o assunto pelo parecer que venho de reproduzir, tenho para mim que caberia acrescentar que, de fato, o impetrante, agora recorrente, bem poderia valer-se, se fosse o caso, contra a decisão que o afeta, de recurso de terceiro interessado, o que não o fez. De qualquer maneira, o êxito da sua pretensão dependeria substancialmente de que pudesse provar o fato certo e o seu direito líquido de locatário da empresa do espólio de Ophelia. Essa prova, eminentemente documental para os fins e para as restrições próprias do procedimento de mandado de segurança, não foi sequer ensaiada, como foi esclarecido no parecer a que me reporto.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 452 — CE — (90.0005120-7) — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: Raimundo Cabral de Lima. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Impdo.: Juízo de Direito da 10ª Vara Cível de Fortaleza-CE. Litis.: Ophelia Mascarenhas Façanha — Espólio. Advogados: Drs. Maria José Bentes Pinto e Pedro Maia.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (em 03.09.91 — 4ª Turma)

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Barros Monteiro.

Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Athos Carneiro e Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro FONTES DE ALEN-CAR.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 453 — CE (Registro nº 90.0005121-5)

Relator para o Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros*
Relator Originário: *O Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrentes: *José Maciel Braúna e outros*

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

Recorrido: *Secretário de Segurança Pública do Estado do Ceará*

Advogados: *Drs. Paulo Napoleão Gonçalves Quezado e outros*

EMENTA: “ADMINISTRATIVO — CARGO PÚBLICO — EDITAL QUE NÃO ADMITE SERVIDOR DENUNCIADO EM PROCESSO CRIMINAL.

O edital não pode vedar a matrícula em curso preparatório de ascensão funcional a servidor público, pelo fato de ele, sem estar condenado, responder a processo criminal.

Recurso que se provê, para conceder Mandado de Segurança.”

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 09 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Trata-se de recurso em mandado de segurança impetrado por JOSÉ MACIEL BRAÚNA e SALVIANO DE PÁDUA SALDANHA FREIRE contra o Exmo. Sr. SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ, por terem sido impedidos de participar de curso interno para formação de delegados da Polícia Civil.

O *mandamus* foi denegado na instância *a quo* (folhas 63/64), donde o recurso ordinário (folhas 66/68).

Subindo a este Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela manutenção do acórdão hostilizado (folhas 75/77).

Vieram-me conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Ajuizaram os impetrantes a presente ação por haverem sido obstados em sua pretensão de freqüentar o curso de preparação de delegados da Polícia Civil, devido a estarem respondendo, à época, a duas ações criminais, o primeiro (denunciado como sujeito às penas dos artigos 129 e 319 do Código Penal — folha 24), e um processo-crime, o segundo (por homicídio qualificado — Código Penal, artigo 121, § 2º, II e IV — folha sem numeração entre a 35 e a 36).

Alegam basicamente os recorrentes que o edital para habilitação ao curso (folhas 12/15 e 28/29) criou o impedimento com base na Lei Estadual nº 10.784, de 17 de janeiro de 1983, artigo 57, VII, o qual já teria sido revogado pela Lei Estadual nº 10.839, de 27 de setembro do mesmo ano.

Sustentam também que essa restrição feriria o artigo 5º, LVII, da Constituição de 1988, segundo o qual “ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Quanto à primeira alegação, bem andou o parecer do Procurador-Geral da Justiça:

“Não está evidente nem expresso este fundamento, pois o Edital não faz qualquer referência a nenhuma norma, até porque o dispositivo revogado abrangia situação diversa, ou melhor, não se reportava às condições para ingresso especificamente ao Curso de Especialização citado, mas às condições de acesso ou transferência de pessoal da polícia civil” (folha 59).

Além do mais, há certas irregularidades formais no processo. A cópia do texto da Lei nº 10.784/83, que os autores afirmam revogada (folha 06), não está completa, isto é, com o texto completo da lei. Já a cópia da Lei nº 10.839/83, que teria revogado a primeira, está quase que completamente ilegível (folhas 07/08). Tudo isto compromete o exato esclarecimento dos fatos, em prejuízo da ação, que exige prova pré-constituída.

Por seu turno, os editais hostilizados (folhas 12/15 e 28/29) estão com rasura no número e com datas apostas manualmente, além de não ter autenticação o primeiro.

Quanto ao segundo argumento, há que ressaltar que o artigo invocado não vigia por ocasião do ajuizamento do pedido, nem, muito menos, quando da feitura dos editais, donde não se lhes aplica.

Porém, mesmo que assim não fora, cabe citar o parecer do Ministério Público Federal:

“Assim, dados os princípios rígidos que presidem as relações da Administração com seus servidores, dentre os quais sobressai a figura do “resíduo administrativo”, são perfeitamente válidas as restrições impostas — notadamente quando visam a impedir a subida a posições hierárquicas mais relevantes — aos servidores que, mesmo sem incorrerem na tipicidade penal, não apresentarem, porém, antecedentes escorreitos, reputação ilibada. A existência concomitante de denúncia penal ou mesmo a condenação, mais do que o sinal caracterizador da infração, constituirá isto sim, apenas, em “plus” a agravá-la e contra-indicar a permanência no serviço público” (folha 76).

Assim sendo, nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, parece-me que, quando a Constituição, quando o Direito Positivo exige como requisito para investidura em um cargo a reputação ilibada, ele o faz de forma expressa, como é a hipótese da investidura no cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Nessa hipótese, se pende alguma denúncia, talvez até um inquérito criminal, é de se admitir que haja uma recusa válida, uma recusa jurídica, mas na hipótese trata-se de simples matrícula em um curso, e não há sequer denúncia.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator) (Aparte): Os autos não afiançam essa circunstância, mas é presumível que ambos estejam respondendo a um processo criminal já com denúncia oferecida, senão tratar-se-ia de inquérito e não de ação penal.

O SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Mesmo em sendo processo, parece-me que há de prevalecer, na hipótese, aquele preceito que diz que todo cidadão, toda pessoa humana, é inocente até que seja convencido judicialmente, através da condenação, do contrário.

Por isso, peço vênia ao Eminentíssimo Ministro DEMÓCRITO REINALDO, para discordar, dando provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO

O SR. MINSITRO PEDRO ACIOLI: Observa-se dos autos que os impetrantes foram impedidos de freqüentar o curso tão-somente pela existência do processo criminal; ao admitir tal circunstância, importaria considerá-los, *a priori*, culpados e, assim, punidos, o que, na verdade, é vedado pela Constituição Federal, artigo 5º, inciso LVII, o qual estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Segundo se extrai do referido artigo, só se admite existência de culpa após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Os impetrantes respondem apenas a processo-crime e, enquanto não forem condenados por sentença transitada em julgado, são admitidos como inocentes.

Com essas ligeiras considerações, acompanho o Eminentíssimo Ministro Gomes de Barros.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, pelo que entendi do voto do Eminentíssimo Ministro-Relator, aos impetrantes foi permitido fazer a primeira parte do concurso, isto é, sem submeter às provas, e, como foram aprovados, passaram a freqüentar o curso que é ministrado logo depois dessas provas. Posteriormente, foram impedidos de continuar freqüentando o curso, pelo fato de estarem sendo processados criminalmente.

Se houvesse alguma dúvida anterior à atual Constituição, ela deixa de existir depois do disposto no art. 5º, inciso LVII, que diz o seguinte: (lê)

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Ora, impedir que uma pessoa participe de um curso ou que se submeta a um concurso só pelo fato de estar sendo processada, é vedado pela Constituição, mesmo porque a pessoa pode ser absolvida durante o curso.

Peço vênias ao Eminentíssimo Ministro-Relator para acompanhar o Eminentíssimo Ministro Gomes de Barros.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 453 — CE — (90.0005121-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Rectes.: José Maciel Braúna e outro. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Impdo.: Secretário de Segurança Pública do Estado do Ceará. Advs.: Paulo Napoleão Gonçalves Quezado e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, deu provimento ao recurso. Vencido o Exmo. Sr. Ministro-Relator que lhe negava provimento.

Lavrará o acórdão o Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. (1ª Turma — 9/10/91).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Gomes de Barros, Pedro Acioli e Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 505 — RJ (Registro nº 9065216)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Recorrente: *Lourival da Motta Franco*

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

Impetrado: *Presidente do Conselho da Magistratura*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Francisco Antonio Fabiano Mendes e outros e Sérgio Ferraz*

EMENTA: SERVENTIA EXTRAJUDICIAL — EFETIVAÇÃO DO SUBSTITUTO DO TITULAR. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 208, EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 22, DE 29.06.82.

I — O art. 208 da Constituição Federal então vigente, ao disciplinar que “fica assegurada a efetivação no cargo de titular,... aos que contem ou venham a contar cinco anos na mesma serventia”, quis evitar que se computasse o tempo de substituição em serventias diversas e não que o substituto, que serviu durante os cinco anos, naquela condição, estivesse, ao depois, jungido à mesma serventia.

II — Precedentes.

III — Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: LOURIVAL DA MOTTA FRANCO, Serventuário da Justiça, impetrou junto ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mandado de segurança contra ato emanado do col. Conselho da Magistratura que confirmou a decisão do Eminentíssimo Desembargador Corregedor da Justiça, negando-lhe a efetivação na Titularidade do Cartório da 4ª Vara de Órfãos e Sucessões da Comarca da Capital.

Aduziu o impetrante, ao seu pro, o que preceitua o art. 208 da Constituição Federal então vigente, com a redação que lhe dera a Emenda Constitucional nº 22, de 29.06.82, assim posta:

“Art. 208. Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que, investidas na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983.”

Diz, concluindo, que preencheu tais requisitos por isso que fazia jus à efetivação, como pretendido.

O colendo Tribunal, ao decidir a controvérsia, denegou a ordem restando o v. aresto assim ementado:

“Serventia do foro judicial. Vacância do cargo de titular. Para fazer jus à efetivação deve o substituto estar lota-

do na serventia onde a vacância se opera, além de, naturalmente, atender às demais exigências para o favor constitucional.” (fls. 146).

Irresignado, o impetrante interpôs o presente Recurso Ordinário sustentando que o v. aresto, contra o qual investe, negou vigência ao art. 208 da Constituição Federal e malferiu o direito adquirido porque “o art. 208 da CF não exige que, para fazer jus ao direito à efetivação, esteja o substituto exercendo, na serventia declarada vaga, suas funções. Contenta-se, a norma constitucional, com a substituição — esta sim na mesma serventia — durante cinco anos. E esse requisito, o recorrente o preenche, visto que, reconhecido à f. 146, item 1, “permaneceu cinco anos e dois dias como substituto do titular da serventia da 4ª Vara de Órfãos e Sucessões da Capital.”

Lê-se no art. 208 da Carta da República:

“Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983.”

Não exige, o art. 208 da Carta Constitucional, que, ao tempo da vacância, esteja o favorecido — o impetrante — ainda no exercício da substituição. Contenta-se, ele, com o exercício das funções de substituto, na mesma serventia, por cinco anos. Antes de mais nada, a questão é lógica: se o art. 208 exige que o substituto exerça, por cinco anos, a substituição, para deferir-lhe o direito à titularidade, não faria sentido exigir que, no momento da vacância, ainda estivesse ele na substituição. Isso porque então não seriam necessários, tão-só, 5 anos na substituição, mas sim tantos anos quantos faltassem para a aposentadoria do titular.” (fls. 162).

E conclui, assim:

“O v. acórdão acrescentou condição nova para a efetivação na titularidade da serventia: a permanência do substituto, na mesma serventia, não apenas por 5 anos, mas por tantos anos quantos se fizessem necessários, até a aposentadoria do titular. Logo, o intérprete exigiu mais do que a lei exige, impondo nova condição para exercício do direito.

A Constituição não prevê que o serventuário esteja no exercício da substituição, no momento da aposentadoria do titular. Pelo contrário, o art. 208 alcança não só os casos em que os cinco anos já estivessem completos, quando da edição da EC

22, mas também aquelas situações de fato ainda em curso. Ou o serventuário (este o caso dos autos) já contava todo o lustro, ou viria a completá-lo até 31.12.83. Ora, se ao serventuário que não tinha cinco anos de substituição, quando da edição do art. 208 (nova redação dada pela EC 22), foi permitido completá-los, até 31.12.83, para ter direito à titularidade, com maior razão gozará da proteção constitucional o serventuário que, em 1982, já contava os 5 anos completos.” (fls. 163).

Refere, também, a seu favor, parecer da lavra do saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES (fls. 163/164).

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em o seu parecer, opina pelo desprovimento do recurso.

Em seguida, o recorrente enviou Memorial onde refere decisões do egrégio Conselho da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, mudando de orientação para declarar que estão incluídos, na disposição do art. 208 da CF, “aqueles que, embora não estivessem na função, na data da vacância, a tenham exercido por um quinquênio completado anteriormente a 31.12.1983”.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Estou em que assiste razão ao recorrente. Com efeito, o texto constitucional aludido, *id est*, art. 208 da Constituição Federal então vigente, não fez a distinção anteriormente feita pelo Colendo Conselho da Magistratura. A confusão, parece-me, decorre da equivocada apreensão da *mens legis* do indigitado texto. É que ao dispor o legislador que “fica assegurada a efetivação no cargo de titular,... aos que contem ou venham a contar cinco anos de exercício na mesma serventia”, quis evitar que se computasse o tempo de substituição em serventias diversas e, não, que o substituto, que serviu durante os 5 (cinco) anos, nessa condição, estivesse, ao depois, ligado à mesma serventia. A respeito, essa colenda Primeira Turma, julgando o RMS nº 268-RS (9013399), de que foi relator o eminente Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, proveu, à unanimidade, o recurso do postulante, louvando-me eu em secundar tal voto. Nesse paradigma que pude colher, o Escrivão Substituto **não estava na mesma Serventia**. E mais, nem estava ele no exercício da função, a dizer, Serventia, eis que exercendo mandato eletivo (Prefeito). Veja-se o que pôde expressar a douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu Pa-

recer, o que foi adotado, como razão de decidir, no voto do eminente Relator, *verbis*:

“Se, como sustentam as Informações, aliás, sem acolhida expressa no v. acórdão recorrido, o recorrente passou algum tempo afastado da Serventia, o período desse afastamento, por legalmente autorizado — já que se deu para o exercício de mandato político, como Prefeito Municipal — não pode ser deduzido de seu exercício na Serventia; se, ainda assim, operar-se tal dedução, nenhum óbice causará à sua efetivação, porque aquele licenciamento ocorreu somente a partir de 15.08.82 (Certidão de fls. 17), quando o recorrente já havia completado os cinco (5) anos exigidos pela EC nº 22, que é de 29.06.82.

Assim, também sob esse aspecto, razão assiste, ao recorrente, para ver reconhecido seu direito à efetivação, como Titular, no Tabelionato da Comarca de Sarandi-RS.

Isto posto, e tendo em vista que aquele Tabelionato encontrava-se vago à data da promulgação da EC nº 22, de 1982, nosso parecer — na conformidade do que decidiu o Excelso Pretório no citado RE 109.037-RS — é pelo provimento do recurso, a fim de que, concedida a segurança, o impetrante, ora recorrente, seja, afinal, efetivado, como Titular da aludida Serventia, o que poderá ser feito, como requerido, expedindo-se ato no qual se declare insubsistente a remoção impugnada e, ao mesmo tempo, a efetivação do impetrante no aludido cargo, ou, ainda, se assim o preferir a autoridade impetrada, mediante ato específico de nomeação do recorrente, tudo, obviamente, após o trânsito em julgado da decisão que lhe venha a reconhecer o direito à pretendida efetivação.”

Assim, não vejo porque vislumbrar o julgador mais do que pretendeu o legislador. Aliás, repise-se: O próprio Colendo Conselho da Magistratura já não faz a distinção que antes fez, no caso do ora recorrente, como nos dá conta, dent’outros, o seguinte decisório, referido pelo ilustre patrono do recorrente, em o seu Memorial, assim ementado:

“Serventia extrajudicial. Vacância. Efetivação de substituto. Art. 208 da CF com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 22/82. Na disposição do art. 208 da CF sobre a efetivação de substitutos estão incluídos aqueles que, embora não estivessem na função, da data da vacância, a tenham exercido por um quinquênio completado anteriormente a 31.12.83. Recurso provido”. (Processo nº 549/87, Relator: Desembargador ARRUDA GUERREIRO”.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso, como pedido.
É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: A matéria, ao que me parece, já é do conhecimento da Egrégia 1ª Turma.

Em sessão anterior, ainda com a composição diferente, já havíamos-nos pronunciado sobre a matéria e hoje estamos renovando o julgamento.

Acompanho o voto do Eminentíssimo Ministro-Relator.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, o dispositivo constitucional exige apenas que o substituto tenha completado cinco anos de substituição, não exige que ele esteja em exercício. Tinha certas dúvidas porque essa hipótese levantada pelo Dr. Subprocurador, de que poderia ter um, dois ou três substitutos, não pode acontecer, porque existe uma coisa que se chama prescrição. É claro que, se entrasse um outro que completasse cinco anos, o que ficou no período anterior não teria mais que mover uma ação, porque estaria atingido pela prescrição, nos termos do Decreto-lei nº 20.919/32, e não aconteceria essa hipótese. Como o dispositivo constitucional não exige que ele esteja em exercício, acompanho o voto do Eminentíssimo Ministro-Relator.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Senhor Presidente. Pedi vista dos autos, após o voto do nobre Ministro Relator e do Ministro GARCIA VIEIRA que o acompanhou, por ter dúvida, naquela ocasião, sobre se o impetrante preenchia os pressupostos configuradores do direito à investidura no cargo de Escrivão da 4ª Vara de Órfãos e Sucessões da Comarca da Capital.

Ao exame detido dos autos, cheguei à idêntica conclusão do Relator, porquanto a norma Constitucional que beneficiou o impetrante não exige, de forma expressa e nem implícita que, por ocasião da vacância de cargo, esteja, o substituto, no exercício da serventia em que se deu a

vaga. Basta, de acordo com a dicção da regra constitucional, que “o substituto, investido na forma da lei, conte cinco (5) anos de exercício na função substitutiva e na mesma serventia.”

Admitindo-se, para argumentar, que o dispositivo da Lei Maior exigisse, de forma implícita, que, por ocasião da vacância da serventia, estivesse, o impetrante, no exercício da substituição, ainda assim, ao meu entender, esse requisito estaria preenchido pelo servidor recorrente. É que, permanecendo, ainda, em exercício na Escrivania da 1ª Vara de Órfãos e Sucessões da capital, o impetrante continua em atividade na mesma serventia. Realmente, o termo serventia inscrito no dispositivo constitucional não tem, como entendeu o Tribunal *a quo*, um sentido estrito e limitado, a ponto de significar o cargo de Escrivão, o Cartório ou a Escrivania da 4ª Vara de Órfãos e Sucessões. Por **serventia** entende-se o serviço da mesma natureza, o conjunto de atribuições de uma mesma classe ou categoria ou, por fim, a soma de serviços correspondentes às obrigações de um mesmo grupo de serventuários. Neste sentido, como entendem os doutrinadores, em uma Comarca, todos os Escrivães constituem uma mesma classe e compõem uma mesma serventia, o mesmo ofício de justiça, porque todos eles exercem uma mesma função, a do Escrivanato; todos os oficiais de justiça, outra classe de serventuários, compõem uma serventia; todos os distribuidores outra serventia. Portanto, se o Escrivão de uma Vara se transfere para o cargo de Escrivão de outra de numeração diferente, ele continua na mesma serventia, na mesma classe, no mesmo ofício, com as mesmas atribuições, exercendo a mesma função — o Escrivanato. Este é o escólio de De Plácido e Silva ao definir serventia, na linguagem forense e administrativa, “como sendo ofício ou a função de quem serve num ofício público”. (Vocabulário jurídico, pág. 1.437). Ofício, destarte, é o conjunto de serviços ou de atribuições de uma mesma classe de servidores. Neste sentido, todos os Escrivães exercem uma mesma função, e pertencem ao mesmo ofício. Impossível é concluir-se que cada Escrivão exerce um ofício diferente, ou uma função pública também diversa. Em suma, serventia é o conjunto de serviços de uma mesma classe, de um mesmo ofício, com as mesmas atribuições e igual função no âmbito dos auxiliares da justiça. Estando, pois, o impetrante, no exercício da serventia da 1ª Vara de Órfãos, ao tempo em que se deu a vaga de Escrivão da 4ª Vara de Órfãos e Sucessões, ele atende aos requisitos ínsitos no preceito constitucional invocado, pois, foi encontrado no exercício de igual ofício, de consequente, na mesma serventia de justiça — isto é, na Escrivania de uma mesma Comarca. Não há, assim, como se lhe negar a efetivação no cargo que postula, estreitando excessivamente a compreensão e o sentido da regra constitucional de excessão. Convicto de que se dá, ao texto consti-

tucional, a melhor interpretação, não há como divergir do voto do eminente Ministro Relator, que adoto, em sua inteireza.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 505 — RJ — (9065216) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Recte.: Lourival da Motta Franco. T. Origiem.: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Impdo.: Presidente do Conselho da Magistratura. Recdo.: Estado do Rio de Janeiro. Advs.: Drs. Francisco Antonio Fabiano Mendes e outros e Sérgio Ferraz.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso. (em 25.09.91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pedro Acioli, Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 664 — RN (Registro nº 90.10617-6)

Relator Originário: *Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro*

Relator p/ Acórdão: *Sr. Ministro Américo Luz*

Recte.: *Carlos Jussier Trindade Santos*

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

Impdo.: *Governador do Estado do Rio Grande do Norte*

Recdo.: *Estado do Rio Grande do Norte*

Advs.: *Romildo Fernandes Gurgel e outros e Jalles Costa*

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCURADOR JURÍDICO DA JUNTA COMERCIAL DO RIO GRANDE DO NORTE. EXONERAÇÃO. CARGO. NATUREZA. ESTABILIDADE EXCEPCIONAL. ART. 19 DO ADCT.

Na espécie, preenchido pelo recorrente o requisito dos cinco anos de continuidade de serviço públi-

co exigidos pelo *caput* do art. 19 do ADCT, é de se lhe reconhecer o direito à estabilidade excepcional assegurada pelo referido dispositivo constitucional, pelo que não poderia ser exonerado do cargo efetivo para o qual foi nomeado.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Trata-se de Recurso em Mandado de Segurança convertido a partir de Recurso Extraordinário (CF, art. 105, II, b) pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (fls. 382/383).

Recorre CARLOS JUSSIER TRINDADE SANTOS do v. acórdão do Tribunal de origem denegando mandado de segurança impetrado contra ato do Governador do Estado do Rio Grande do Norte que exonerou o impetrante do cargo de Procurador Jurídico da Junta Comercial daquele Estado. O acórdão possui a seguinte ementa:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADOR JURÍDICO DA JUNTA COMERCIAL. DENEGAÇÃO.

I — Os atuais cargos de procurador jurídico da Junta Comercial do Estado, com a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 5.551/87, pelo Supremo Tribunal Federal, voltaram a possuir natureza comissionada, podendo os seus eventuais titulares serem demitidos *ad nutum*.

II — Fere a ordem jurídica a nomeação para cargo efetivo sem a exigência de prévia seleção por concurso público, cabendo à administração, em obséquio à regra da autotutela, anular os seus próprios atos quando manchados pela eiva da ilegalidade.

III — A estabilidade do art. 19 do ADCT não atinge os titulares em cargos em comissão, bem assim exige que o lapso temporal de cinco anos contínuos de serviço, prestado antes da promulgação da Carta Magna atual, seja em favor da entidade perante a qual pretende o servidor estabilizar-se.

IV — Segurança denegada.” (fls. 231).

O Recorrente sustenta que era ocupante de cargo criado nos termos da Lei nº 3.715, de 10.11.68, através da Resolução nº 09/86, de 20.10.86, do Conselho de Vogais da Junta e homologado pelo Decreto governamental nº 9.705, de 11.12.86. Tais diplomas legais não definiram expressamente a natureza efetiva do cargo, mas, de acordo com a doutrina e jurisprudência, no silêncio da lei, o cargo deve ser considerado efetivo. Apenas o decreto de nomeação denomina o cargo como sendo “em comissão”, mas que os decretos de nomeação devem subordinar-se à forma e condição de provimento prescritos na legislação.

Alega ainda que: “O art. 19 do ADCT da nova Carta veio justamente normalizar tais situações, legitimadas com a estabilidade excepcional. Para obtê-la, o cargo ocupado pelo interessado teria que ser de natureza efetiva, não importando, ademais, que tivesse sido nomeado sem concurso, sendo necessário também satisfazer a exigência de cinco anos de serviço público continuado. Por conseguinte, não houve contrariedade a nenhum dispositivo legal ou constitucional...” (fls. 250).

Contra-razões às fls. 374/381.

Parecer do Ministério Público (fls. 388/391) opinando pelo provimento do recurso fundamentando: “Em mandado de segurança onde se discutia matéria idêntica à dos presentes autos, o Egrégio Tribunal de Justiça considerou o cargo de Procurador Jurídico da Junta Comercial do Estado como efetivo, em acórdão confirmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no RE 121.535-6, julgado em 21 de agosto do ano corrente, sendo Relator o eminente Ministro Octávio Gallotti, cujas notas taquigráficas seguem em anexo, e às quais nos reportamos.” (fls. 389).

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O Direito, na experiência, não é somente norma. Compreende também o fato.

No caso dos autos, o fato é o seguinte:

O Impetrante, ora Recorrente, foi nomeado para o cargo de Procurador Jurídico da Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Norte, criado pelo Decreto nº 8.705, no dia 14 de janeiro de 1987 (fls. 60). O Decreto de nomeação menciona que o cargo é em comissão.

A Lei nº 5.551, de 16 de janeiro de 1987, dispôs no art. 3º:

“Os atuais cargos de Procurador da Junta são providos em caráter efetivo, por livre nomeação do Governador do Estado, com remuneração e vantagens idênticas às de Procurador de 3ª Classe da Procuradoria-Geral do Estado, devendo como tal serem apostilados os títulos dos respectivos ocupantes, ficando nulos e sem efeito quaisquer atos em desacordo com as presentes disposições.” (fls. 63).

O Impetrante não prestou concurso de provas e títulos para o referido cargo.

O Supremo Tribunal Federal, na Representação nº 1.390-1 — Rio Grande do Norte — declarou a inconstitucionalidade da mencionada lei (fls. 73). A respectiva ementa traduz conclusão própria de tal declaração:

“O efeito da decisão que julga procedente a Representação é a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade da norma impugnada, não lhe cabendo analisar e definir situações individuais dos ocupantes de cargos previstos na lei invalidada ou em legislação pretérita.”

Postos esses aspectos, passe-se à adequação normativa.

O Impetrante foi nomeado antes da edição da Lei nº 5.551/87, precisamente, na véspera.

Não lhe aproveita, portanto, em nada, a referida lei, notadamente com a declaração de inconstitucionalidade.

Lei inconstitucional *ex radice* é inválida porque editada afrontando norma que lhe é superior. Os efeitos dessa declaração são *ex tunc*, alcançando, pois, todas as situações jurídicas constituídas sob sua proteção.

Do art. 3º, da Lei nº 5.551/87, extrai-se a conclusão que os cargos de Procurador da Junta foram considerados de “caráter efetivo”, porém, inexplicavelmente, de o provimento ser “por livre nomeação do Governador do Estado.”

A Lei Estadual nº 3.715/65, ao transformar a JUCERN em autarquia, determinou:

“Art. 39 — Todos os cargos e empregos do Quadro de Pessoal da Junta serão providos mediante concurso público de provas e títulos, realizado pela própria autarquia.” (fls. 236).

Restou incontroverso que o Recorrente, de duas uma:

a) foi nomeado para cargo em comissão, podendo ser exonerado, sem nenhuma censura, a qualquer momento; ou

b) nomeado para cargo de provimento efetivo, sem o prévio concurso público de provas e títulos.

Faço essa alternativa porque os autos não informam a criação do cargo, antes da Lei nº 5.551/87.

O v. acórdão, por seu turno, extraiu a conclusão de o ser em comissão porque a referida lei estatuiu que seria provido em caráter efetivo. Afirmou: se assim é, evidente, antes não tinha esse caráter, sendo, pois, de nomeação precária. Cumpre considerar, prossigo, não havendo ressalva, trata-se de cargo de provimento efetivo, que é a regra na espécie.

De qualquer modo, o acolhimento do pedido, diante da Constituição da República de 1988, a teor do art. 19, ADCT, exigem-se os seguintes requisitos:

a) exercício na data da promulgação da Lei Maior;

b) há pelo menos cinco anos continuados;

c) não admitidos na forma do art. 37 da Constituição.

O Recorrente, evidenciada a irregularidade da nomeação, foi exonerado.

Entendo, “cinco anos continuados” significa exercício no mesmo cargo. A *Lex Mater* fechando os olhos às irregularidades, passou esponja nas situações anteriores, e contemplou os servidores com a estabilidade. Evidentemente, para socorrer quem, há pelo menos um lustro, vinha exercendo a atividade.

Não comungo da interpretação liberal de ser possível a soma de tempo em vários cargos. Não diviso a mera presença no serviço público, mas a presença no mesmo cargo.

Ainda que se adote outra orientação, *data venia*, impossível fazer, como pretende o Recorrente, contar tempo de mais de uma atividade.

O v. acórdão recorrido registra na fundamentação:

“O tempo de serviço apresentado pelo Impetrante na JUCERN não atinge cinco anos antes de 05.10.89, mas, tão-só, 1 (hum) ano, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias. Almeja, para perfar o lustro do art. 19 do ADCT, computar intervalos de labor prestados a pessoas jurídicas de direito público diversas, tais como a Universidade Federal do Rio Grande do Norte (15 anos, 4 meses e 17 dias), a União Federal (Ministério do Exército, 1

ano, 7 meses e 19 dias) e o Município de Natal (3 anos, 5 meses e 27 dias) e a Companhia de Desenvolvimento Industrial (3 anos, 10 meses e 14 dias) o que tenho por algo flagrantemente inadmissível.” (fls. 243).

A certidão de fls. 181/181-v. abona esses dados cronológicos.

Com efeito, como o Recorrente foi nomeado aos 14 de janeiro de 1987 para Procurador Jurídico da Junta Comercial, aí esteve apenas 01 ano, 10 meses e 28 dias.

O tempo de serviço no Ministério do Exército terminou no dia 03.08.63. Na Prefeitura de Natal, aos 18.03.71. Em consequência, não satisfaz a exigência de “pelo menos cinco anos continuados”.

Resta considerar o tempo na Universidade. A certidão, embora indique o período final aos 30.11.86, acrescenta que não houve exoneração.

Ainda que inexista a interrupção, esse tempo será inaproveitável para o fim pretendido pelo Recorrente, a teor do próprio art. 19 da ADCT, cujo § 3º é imperativo:

“O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.”

Assim, tempo de exercício como professor não pode ser ponderado.

Ainda que se afaste esse obstáculo, outro, *data venia*, impede acolha-se o pedido.

Se esse tempo foi contado, e o está sendo, para o magistério, “não constando sua exoneração” (fls. 181), é lógico, inviável contagem de tempo concomitantemente para a Universidade e a Junta Comercial. *Bis in idem* impossível.

Gostaria de fazer um adendo. A matéria exposta pelo advogado não foi de fato e sim contrariedade ao voto. Citado o parecer do Doutor Saulo Ramos, como Consultor-Geral da República, cuja conclusão se encontra às fls. 166, diversa da aqui apresentada.

O ilustre Consultor-Geral da República afirmou que “se computam os tempos, para efeito do art. 19, qualquer cargo, emprego em órgão da União Federal, Estado, do Distrito Federal e territórios.” Quanto a isso, meu voto diz expressamente que não seguia essa orientação liberal. O ponto central da minha conclusão é que o impetrante está querendo somar, ao mesmo tempo, percebendo vantagens como professor, para tempo de quinquênio e outros, e também para obter a estabilidade, quando o § 3º do art. 19 expressamente exclui os professores.

Sendo assim, parece-me, *data venia* não prospera a *soit disant* matéria de fato.

VOTO — VISTA (VENCIDO, EM PARTE)

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: O Dr. Carlos Jussier Trindade Santos impetrou mandado de segurança contra ato praticado pelo Governador do Estado do Rio Grande do Norte, que o exonerou do cargo de Procurador Jurídico da Junta Comercial.

São as seguintes, em resumo, as razões da impetração:

Foi nomeado, em 14-1-87, para o cargo de Procurador, assumindo no dia seguinte; pela Lei nº 5.551/87 os cargos de Procurador passaram a ser considerados de provimento efetivo; STF declarou inconstitucional a Lei nº 5.551, *in abstracto*, não implicando aquela decisão na análise e definição de situações individuais dos ocupantes dos cargos; a exoneração ocorreu em 08-02-89; sustenta o impetrante ser de natureza efetiva o seu cargo, pouco importando ter constado no ato de nomeação a qualificativa de comissionado; a representação de inconstitucionalidade não afetou a Lei nº 3.715/68, com base na qual foi criado o cargo; está o requerente amparado pelo artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que lhe assegura estabilidade.

Com a negativa de liminar, informou a autoridade apontada coatora: não é efetivo o cargo de Procurador de Junta, tanto que não foi prestado concurso público; declarada inconstitucional a Lei nº 5.551/87 a decisão serviu de embasamento para o ato combatido; não houve afronta ao artigo 19 do ADCT, já que não satisfeito o requisito dos cinco anos continuados de exercício.

O Tribunal local, por maioria de votos, denegou a segurança (fls. 231 e 244).

Daí o recurso extraordinário (fls. 245 e 295) convertido em ordinário por despacho do Presidente do Egrégio Tribunal (fls. 382/383).

Trazendo o feito a julgamento, o eminente relator, Ministro Vicente Cernicchiaro, proferiu seu voto, negando provimento ao recurso, o que, pela complexidade da matéria, fez-me pedir vista dos autos para melhor examinar a espécie.

Passo a decidir, pelo meu voto.

No Tribunal de Justiça a negativa da segurança consubstancia-se na seguinte ementa:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADOR JURÍDICO DA JUNTA COMERCIAL. DENEGAÇÃO.

I — Os atuais cargos de procurador jurídico da Junta Comercial do Estado, com a declaração de inconstitucionalidade.

dade da Lei Estadual nº 5.551/87, pelo Supremo Tribunal Federal, voltaram a possuir natureza comissionada, podendo os seus eventuais titulares serem demitidos *ad nutum*.

II — Fere a ordem jurídica a nomeação para cargo efetivo sem a exigência de prévia seleção por concurso público, cabendo à administração, em obséquio à regra da autotutela, anular os seus próprios atos quando manchados pela eiva da ilegalidade.

III — A estabilidade do art. 19 do ADCT não atinge os titulares em cargos em comissão, bem assim exige que o lapso temporal de cinco anos contínuos de serviço, prestado antes da promulgação da Carta Magna atual, seja em favor da entidade perante a qual pretende o servidor estabilizar-se.

IV — Segurança denegada.” (fls. 231).

O primeiro ponto, portanto, a perquirir, para solução da controvérsia, é a resposta à indagação sobre a natureza do cargo: efetivo ou em comissão? Sim, porque se o cargo é em comissão o seu ocupante não adquire estabilidade. Se é efetivo, condição da estabilidade, cabe uma outra indagação: o seu ocupante seria também estável?

Trouxe o eminente Subprocurador-Geral da República, em sua manifestação, acórdão do Supremo Tribunal, confirmando a decisão recorrida, em que se discutia matéria idêntica a dos presentes autos, quando o Tribunal de Justiça considerou o cargo de Procurador Jurídico da Junta Comercial do Estado como efetivo. A situação é a mesma — concluiu o eminente parecerista — e em face da igualdade de situações, opinou pelo provimento do recurso (fls. 388 e 391).

Com efeito, o outro impetrante, Hemetério Fernandes Gurgel, exonerado de cargo idêntico, pelos mesmos motivos, pelos mesmos considerandos, notadamente porque o cargo era de provimento em comissão (fls. 57 e 74), teve deferida a segurança, como se lê nos fundamentos dos votos majoritários:

“A questão principal trazida à colação diz respeito a se situar o cargo de Procurador do Impetrante, como cargo efetivo ou de provimento em comissão.

Entendemos que o cargo do impetrante sempre foi efetivo. O cargo para ser em comissão deve ser, pela lei, assim estabelecido, se a lei silencia, o cargo é efetivo. O impetrante, na inicial, citou as melhores lições:

De Carlos Medeiros e Silva, conceituado Consultor Jurídico do DASP (no DOU de 19-07-49, pg. 10.294), *in verbis*:

“Na ausência de cláusula legal declarando o cargo de provimento em comissão, ou de acordo com a linguagem menos precisa, da Constituição, de provimento em confiança, de livre nomeação e demissão, se deve entender que o mesmo é de provimento efetivo”.

Convém salientar que a Divisão de Pessoal do DASP, adotou o entendimento jurídico do insigne jurista Carlos Medeiros e Silva. Assim, não se pode dizer que o cargo é em comissão porque a lei não declarou, taxativamente, que o cargo era efetivo. Concordo com este entendimento.

O silêncio da lei quanto à natureza do cargo, deixa evidente tratar-se de cargo efetivo, pois somente para o cargo em comissão a especificação legal autoriza a sua qualificação.

Diante desta certeza jurídica, torna-se indubitável que o cargo em que foi exonerado o impetrante era, como o é, cargo efetivo.

Para reforçar esta certeza, valem as anotações, ou apostilas, no título de nomeação do impetrante, de onde se vê que o seu cargo é efetivo.” (fls. 395/396).

Aplicou a Justiça local, ainda, àquele caso, o art. 19 do ADCT.

Por força de recurso do Estado do RN, o processo subiu ao STF que, decidindo, assim ementou:

“Estabilidade. Art. 19, e seu § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988. Dispositivos não contrariados, porquanto afastada pelo acórdão, perante consistente interpretação da lei estadual, a natureza, de cargo em comissão, daquele exercício pelo funcionário.” (fls. 392).

O voto do eminente Ministro Octávio Gallotti, acolhido pela unanimidade dos seus pares, deixou claro:

“Na verdade, a assertiva de contrariedade do art. 19, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, torna-se inconsistente, nesta Instância, por vir atrelada ao pressuposto (necessário ao êxito da tese) de que seria de provimento, em comissão, o cargo de Procurador Jurídico da Junta Comercial. Mas essa característica do cargo foi recusada, pelo acórdão, com base em consistente exegese da legislação estadual (especialmente da Lei nº 3.715-68).

O mesmo sucede com relação à suposta ofensa ao art. 97, § 1º, da Carta Política de 1967, que adviria da declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 5.551/87, do Rio Gran-

de do Norte, perante aquela norma constitucional. Mas, tendo sido estabelecido vínculo efetivo, sob a égide de lei anterior, permanece a investidura sobranceira aos efeitos da decisão do Supremo Tribunal, na Representação nº 1.390.

A douta Procuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 483/5, admite que era de provimento efetivo o cargo ocupado pelo Recorrido, mas opõe, ao reconhecimento da estabilidade constitucional, a glosa de parcelas de tempo de serviço, relativas a emprego em sociedade de economia mista, em assistência a parlamentares, e nas fileiras da Aeronáutica Militar (cert. de fls. 99).

Acontece, porém, que essa questão não foi, em absoluto, ventilada no acórdão recorrido, nem suscitada na interposição do extraordinário. O que neste se alega, para fundamentar a asserção de contrariedade do § 2º do art. 19 (não do *caput* desse dispositivo do ADCT), é a natureza comissionada do cargo em apreço (afastada pelo Tribunal *a quo*, perante o exame da lei estadual). Não a imprestabilidade de períodos do tempo de serviço anterior, matéria inovada pelo Ministério Público Federal.

Ante o exposto, não conheço do Recurso Extraordinário” (RE 121.536-6-RN, 21-8-90). (pág. 404/405).

Em consequência, reconheceu a Corte Maior, que o cargo era efetivo e, como tal, não teria pertinência o § 2º, do artigo 19 do ADCT (exclui da estabilidade excepcional os cargos em comissão), não examinando o STF a hipótese da soma de parcelas de tempo de serviço para garantia da estabilidade.

Ressalvando ponto de vista pessoal, pois a conclusão a que fui chegando é de que há pelo menos sérias dúvidas a respeito do provimento do cargo, no caso concreto aqui sob julgamento, tanto que, não bastasse a clareza do título de nomeação (fls. 59), logo após a Lei nº 5.551, que considerou efetivos os cargos, o requerente exibiu o título para averbação como efetivo (fls. 60-v), numa autêntica confissão de que até então era comissionado; mas ressalvando a convicção pessoal, curvo-me à decisão da Suprema Corte — o cargo é efetivo —, como, aliás, também concluiu aqui o voto do eminente relator, proclamando: — “cumpre considerar, prossigo, não havendo ressalva, trata-se de cargo de provimento efetivo, que é a regra na espécie”.

Da mesma forma, endosso os argumentos do voto proferido pelo relator, ao descartar a aplicabilidade do artigo 19, *caput*, do ADCT, porque se pretende, para tanto, somar tempo de cargos e entidades diferen-

tes. Diz o voto, neste particular: “Entendo, ‘cinco anos continuados’ significa exercício no mesmo cargo. A *Lex Mater*, fechando os olhos às irregularidades, passou esponja nas situações anteriores, e contemplou os servidores com a estabilidade. Evidentemente, para socorrer quem, há pelo menos um lustro, vinha exercendo a atividade.

Não comungo da interpretação liberal de ser possível a soma de tempo em vários cargos. Não diviso a mera presença no serviço público, mas a presença no mesmo cargo.

Ainda que se adote outra orientação, *data venia*, impossível fazer como pretende o Recorrente, contar o tempo de mais de uma atividade”.

Cumpra assinalar que o § 3º do art. 19 da ADCT, no meu entendimento, não tem pertinência.

As decisões referidas nos autos e nos memoriais foram todas prolatadas sob a égide das Constituições anteriores (de 1946 e 1967), onde os dispositivos, embora consagrem fórmulas de estabilidade excepcional, extraordinária, diferem na sua redação e na sua abrangência. A Carta de 67, basta cotejar, falava em **serviço público**, enquanto a atual foi mais restritiva, referindo-se a cinco anos continuados. Bem a propósito, em estudo publicado na Revista de Direito Administrativo, vol. 174, págs. 239 a 242, de outubro/dezembro de 1988, sob o título “A Estabilidade na Disposição Transitória da Constituição”, o Professor Raimundo Nonato Fernandes fez as seguintes observações:

“A exemplo das Constituições de 1946 (Ato das Disposições Transitórias, art. 23) e 1967 (art. 177, § 2º), a Constituição de 05 de outubro de 1988 também concedeu, aos servidores públicos não-concursados, com pelo menos cinco anos de serviço, o direito de permanência na função, mas em termos não exatamente idênticos aos dos textos anteriores (Ato das Disposições Transitórias, art. 19, §§ 1º e 2º).”

Estabelcendo as diferenças nos textos das diversas Constituições, arremata o mestre:

“4. A Constituição atual colocou a questão nos seguintes termos: a) A estabilidade concedida é no serviço público, não no cargo ou emprego;

b) São beneficiados os servidores da administração direta, das autarquias... excluídos os ocupantes de cargo, função ou emprego de confiança ou, de qualquer modo, passíveis de exoneração, e os professores de nível superior;

c) O período de cinco anos há de ser continuado e, portanto, prestado à mesma entidade pública, sendo computável o

afastamento para o exercício de cargo, função ou emprego de confiança;

d) o servidor estabilizado não fica dispensado de concurso público...

5. Como se vê, há duas mudanças importantes, em relação às Constituições anteriores: a primeira, quando se exclui a efetivação no cargo ou emprego, ainda dependente de ulterior concurso, e a **segunda**, quando se exige a continuidade do período de cinco anos, que equivale, assim, a efetivo exercício e não a tempo de serviço público, definido pelo art. 40, do § 3º, do texto permanente como abrangente do trabalho prestado a quaisquer entidades públicas, no âmbito federal, estadual ou municipal.

6. A estabilidade concedida afasta-se do conceito tradicional, prevalente não só na doutrina como na jurisprudência” (pág. 240).

Efetivamente, sendo o dispositivo de caráter excepcional, transitório, anômalo, de favor, premiativo — ainda que de reconhecida eficácia plena e imediata — não comporta interpretação ampliativa, caso em que teria sido consignada a mesma expressão ampla das Constituições passadas. Arranhou-se o mesmo princípio da moralidade tão judiciosamente insculpido pela própria Carta no seu art. 37. (O Servidor Público na Constituição de 1988, de Ivan Barbosa Rigolin, pág. 209).

A história se repete, criando-se, assim, um círculo vicioso. Uma Constituição proíbe o ingresso pelo concurso, a proibição não é observada e a Constituição subsequente sacramenta a admissão feita ao arripio da anterior (Wolgran Junqueira Ferreira, Comentários, vol. 3, pág. 1.236).

Daí o cuidado na interpretação do dispositivo, não se admitindo, aí sim, lei que restrinja seu alcance ou condicione sua eficácia (Celso A. B. de Mello, *in* MS nº 21.101-6-DF, STF, 19-10-90, Min. Celso de Mello).

Concluindo-se, então, que o servidor-recorrente é **efetivo** mas não **estável** — a efetividade representa o menos e a estabilidade o mais — não poderia ser simplesmente exonerado como o foi. Só mediante a observância das normas legais é que se poderia proceder à exoneração. É ainda Rigolin quem esclarece: “Inobstante o baralhamento, propositado ou não, mas agora definitivo, dos conceitos jurídicos; continua a efetividade sendo atributo do cargo estatutário de provimento efetivo” (pág. 144). “O funcionário efetivo está protegido contra a livre exoneração ou demissão (Súmula 21, STF), mas não contra a extinção do cargo (Súmu-

la 22), de que só estável, nessa hipótese, conserva as respectivas vantagens” (CF, art. 41, § 3º) — RDA, 174/241, citada. “Os efetivos, assevera com sua autoridade Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 14ª ed., pág. 381) não são exoneráveis *ad nutum*, qualquer que seja o tempo de serviço no cargo, porque a nomeação com esse caráter traz ínsita a condição de permanência enquanto bem ocorrem à Administração. Somente através de apuração judicial ou administrativa, em que se comprove motivo ensejador de dispensa, é que se legitima a desinvestidura do funcionário efetivo.”

Reside aqui, neste ponto, *data venia*, a divergência fundamental do meu voto com o do eminente relator. Considero o ato de exoneração, tal como praticado, uma vez reconhecida a condição de efetividade pelo STF, ilegal, merecendo o impetrante, nesta parte, a proteção do *mandamus*.

Registro, finalmente: não há que se confundir o julgamento deste recurso com o interposto por Donaldto Santos de Carvalho (RMS nº 663-RN — Min. Vicente Cernicchiaro, 19-11-90). Naquele não restou dúvida de que a nomeação foi para o cargo de Procurador Jurídico, em comissão (fls. 74 e 85) e ali o impetrante desejava ser efetivado no cargo, o que acabou não conseguindo.

Dou, por tudo isso, parcial provimento ao recurso.

É o meu voto.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: O recorrente, Dr. CARLOS JUSSIER TRINDADE SANTOS, pleiteia nestes autos o provimento do apelo, buscando a reforma do acórdão exarado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, que ostenta a seguinte ementa:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADOR JURÍDICO DA JUNTA COMERCIAL. DENEGAÇÃO.

I — Os atuais cargos de procurador jurídico da Junta Comercial do Estado, com a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 5.551/87, pelo Supremo Tribunal Federal, voltaram a possuir natureza comissionada, podendo os seus eventuais titulares serem demitidos *ad nutum*.

II — Fere a ordem jurídica a nomeação para cargo efetivo sem a exigência de prévia seleção por concurso público, cabendo à Administração, em obséquio à regra da

autotutela, anular os seus próprios atos quando manchados pela eiva da ilegalidade.

III — A estabilidade do art. 19 do ADCT não atinge os titulares em cargos em comissão, bem assim exige que o lapso temporal de cinco anos contínuos de serviço, prestado antes da promulgação da Carta Magna atual, seja em favor da entidade perante a qual pretende o servidor estabilizar-se.

IV. Segurança denegada.”

O recurso extraordinário foi convertido em ordinário pelo despacho de fls. 382/383, do qual destaco:

“Alega que o v. acórdão recorrido “negou direito líquido e certo à estabilidade excepcional do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 e à reintegração no cargo de Procurador Jurídico da Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Norte (Constituição Federal, art. 41, §§ 1º e 2º)”.

2. Trata-se de decisão denegatória de mandado de segurança.

O art. 105, II, *b*, da Constituição Federal, dispõe:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I — ... (*omissis*);

II — Julgar, em recurso ordinário:

a) ... (*omissis*);

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão”.

Evidente, assim, que, com a nova ordem constitucional, cabível é o recurso ordinário e não o extraordinário.

3. Isto posto:

a) Converto o recurso extraordinário interposto em ordinário, admitindo-o, conseqüentemente;

b) Dê-se vista ao recorrido para responder, em que pese a manifestação de fls. 374/381;

c) Publique-se.”

Na sessão desta Turma, em 17.12.90, após o voto do Relator, eminente Ministro VICENTE CERNICCHIARO, negando provimento ao recurso, pediu vista o preclaro Ministro HÉLIO MOSIMANN, que con-

cluiu pelo provimento parcial, ocasião em que, também eu, solicitei vista (Sessão de 10.04.91).

A divergência entre os dois votos acima referidos está em que o Ministro-Relator considera o cargo ocupado pelo Recorrente na Junta Comercial do Estado como sendo de provimento em comissão, conquanto o Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN o considere de provimento efetivo, aduzindo (página 04 do voto):

“Ressalvando ponto de vista pessoal, pois a conclusão a que fui chegando é de que há pelo menos sérias dúvidas a respeito do provimento do cargo, no caso aqui sob julgamento, tanto que, não bastasse a clareza do título de nomeação (fls. 59), logo após a Lei nº 5.551, que considerou efetivos os cargos, o requerente exibiu o título para averbação como efetivo (fls. 60-v.), numa autêntica confissão de que até então era comissionado; mas ressalvando a convicção pessoal, curvo-me à decisão da Suprema Corte — o cargo é efetivo —, como, aliás, também concluiu aqui o voto do eminente relator, proclamando: — “cumpre considerar, prossigo, não havendo ressalva, trata-se de cargo de provimento efetivo, que é a regra na espécie”.

S. Exa., Ministro HÉLIO MOSIMANN, obtemperou, todavia:

“... endosso os argumentos do voto proferido pelo relator, ao descartar a aplicabilidade do artigo 19, *caput*, do ADCT, porque se pretende, para tanto, somar tempo de cargos e entidades diferentes.”

E a fls. 06/07 do seu douto pronunciamento argumentou:

“Concluindo-se, então, que o servidor-recorrente é **efetivo** mas não **estável** — a efetividade representa o menos e a estabilidade o mais — não poderia ser simplesmente exonerado como o foi. Só mediante a observância das normas legais é que se poderia proceder à exoneração. É ainda Rigolin quem esclarece: “Inobstante o baralhamento, propositado ou não, mas agora definitivo, dos conceitos jurídicos; constituía a efetividade sendo o atributo do cargo estatutário de provimento efetivo” (pág. 144). “O funcionário efetivo está protegido contra a livre exoneração ou demissão (Súmula 21, STF), mas não contra a extinção do cargo (Súmula 22), de que só estável, nessa hipótese, conserva as respectivas vantagens” (CF, art. 41, § 3º) — RDA, 174/241, citada. “Os efetivos, assevera com sua autoridade Hely Lopes Meireles (Direito Administrativo Brasileiro, 14ª ed., pág. 381) não são... .. do funcionário efetivo”.

Reside aqui, neste ponto, *data venia*, a divergência do meu voto com o do eminente relator. Considero o ato de exoneração, tal como praticado, uma vez reconhecida a condição de efetividade pelo STF, ilegal, merecendo o impetrante, nesta parte, a proteção do *mandamus*.

Registro, finalmente: não há que se confundir o julgamento deste recurso com o interposto por Donaldo Santos de Carvalho (RMS nº 663-RN — Min. Vicente Cernicchiaro, 19.11.90). Naquela não restou dúvida de que a nomeação foi para o cargo de Procurador Jurídico, em comissão (fls. 74 e 85) e ali o impetrante desejava ser efetivado no cargo, o que acabou não conseguindo.”

O recorrente socorreu-se de Pareceres de consagrados juristas, dentre os quais constam dos autos os seguintes: professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (fls. 92 a 127) e ALFREDO BUZAID (fls. 163/173). Ambos, respondendo aos itens da Consulta formulada, concluíram que:

“I — O cargo de Procurador Jurídico da Junta Comercial em que foi provido o Consulente era e é cargo de provimento efetivo, sendo incogitável atribuir-lhe a natureza de cargo em comissão;

II — A segunda nomeação do Consulente constituiu-se em ato inexistente, írrito, de nenhum efeito, mas, ainda que assim não fora, seria irrelevante para caracterizar ou identificar a natureza do cargo em questão, em nada concorrendo para infirmar-lhe a tipologia de cargo de provimento efetivo;

III — A declaração de inconstitucionalidade, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, da Lei nº 5.551, de 16.01.87, proferida à vista da Representação nº 1.390-1, não acarretava nenhum efeito sobre o cargo ou a situação jurídica do Consulente, os quais, em face desta, permanecem, de direito, inalterados;

IV — O art. 19 das Disposições Transitórias da Constituição de 1988 tem aplicação imediata. Assim, se o Consulente, à data da promulgação da Lei Maior contava cinco anos continuados de serviço público, não podia ser exonerado, pois seu direito à estabilização se perfez com o só preenchimento dos requisitos constitucionais, prescindindo de qualquer declaração administrativa;

V — O direito que o Consulente postula é defensável por mandado de segurança. Preenche os requisitos de liquidez e certeza e não demanda instrução probatória para sua exibição.”

Vieram às minhas mãos, também, Pareceres dos Professores JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO, PAULO BONAVIDES e IVAN BARBOSA RIGOLIN, acompanhando Memorial do Recorrente, todos com as mesmas conclusões dos anteriormente mencionados, quanto a responderem aos quesitos formulados da mesma maneira com que o fizeram os Professores BANDEIRA DE MELLO e ALFREDO BUZAID.

Pedindo respeitosamente vênias aos prolores dos votos até agora proferidos, divirjo integralmente do Ministro-Relator e, em parte, do Ministro MOSIMANN, no aspecto em que S. Exa. endossa o daquele, “ao descartar a aplicabilidade do artigo 19, *caput*, do ADCT, porque se pretende, para tanto, somar tempo de cargos e entidades diferentes”.

A propósito desse aspecto, o Professor ARRUDA ALVIM preleciona:

“Ora, se por um lado, como já frisamos, deve-se dar ao *caput* do art. 19 do ADCT interpretação com vistas a dar ao mesmo o maior rendimento possível, por outro lado, também, com vistas a esse maior e exato rendimento, por uma questão de lógica e coerência, devem-se interpretar as exceções ao mesmo o mais restritamente possível, prevenindo-se e assegurando-se, assim, a regularização de um maior número possível de situações ilegais, objetivo maior do poder constituinte.

Assim, quando o § 3º, do art. 19 diz que “o disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior...”, deve-se entender que OS PROFESSORES UNIVERSITÁRIOS, DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS, NÃO ADMITIDOS POR CONCURSO, AINDA QUE CONTEM COM MAIS DE CINCO ANOS DE SERVIÇO, NÃO ADQUIREM A ESTABILIDADE EXCEPCIONAL NO SERVIÇO PÚBLICO.

Entretanto, NÃO PRETENDE O IMPETRANTE ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL, COMO PROFESSOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. ESTA SIM É VEDADA PELO § 3º, DO ART. 19 DO ADCT.

A pretensão do Impetrante é ver reconhecida sua estabilidade, por força do citado art. 19, NO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL, como ocupante do **cargo efetivo** de Procurador Jurídico da Junta Comercial.

Pretende, sim, o Impetrante, para o gozo desse benefício, que se compute, como prova incontestável e para que se chegue aos cinco anos continuados de serviço exigidos pelo *caput* do art. 19, que valha como pressuposto para o tempo de serviço

público estadual, o tempo de serviço público federal, na Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Em nenhum momento o aproveitamento desse tempo de serviço, nesses termos, foi vedado no referido art. 19 do ADCT. O que seria impossível, como já se frisou, seria pretender-se estabilidade no serviço público federal, pelo exercício de cargo de professor de nível superior. É ISTO QUE SE ENTENDE DO § 3º, DO ART. 19, E SÓ ISTO. QUALQUER INTERPRETAÇÃO MAIS ABRANGENTE DESSA EXCEÇÃO, IMPORTARIA EM RESTRINGIR INDEVIDAMENTE AS HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO CONSTITUCIONAL.

Releva notar que não dispõe a respeito, o citado artigo, de qualquer exigência outra, para usufruir do benefício da estabilidade, além da circunstância de o beneficiário ter sido servidor público por cinco anos consecutivos.

Entender-se, por exemplo, que esses cinco anos de serviço deveriam ter sido prestados no mesmo cargo, implicaria restringir a norma constitucional, em negar direitos, contrariando e limitando, o sentido finalístico da norma e os valores encampados e preservados por ela.

Evidentemente, o direito à estabilidade, na espécie, se apresenta como exceção às exigências consubstanciadas no próprio corpo de Constituição Federal, mas haurida ela dos direitos e garantias individuais.

E por ser uma regra geral, que outorga direitos em oposição às regras comuns, reclama o art. 19, do ADCT, interpretação que confira maior eficácia à estabilidade, não impondo à aquisição desse direito, óbice ou requisitos a mais do que os introduzidos na mesma norma constitucional.

A própria autoridade coatora chega a admitir que essa seja a correta interpretação do § 3, do art. 19, ao afirmar, em suas informações:

“É claro que, se um professor houvesse deixado a Universidade para assumir um cargo público estadual poderia contar o tempo de serviço público federal, com o estadual para efeito da estabilidade prevista no art. 19, do ADCT” (item 16, p. 11).

Ora, se a própria Constituição Federal, como vimos, permite a cumulação de cargos públicos remunerados, quando um deles for o de professor, a exigência da autoridade coatora, de que o Impetrante tivesse abandonado o cargo de professor para

que pudesse beneficiar-se da estabilidade excepcional é, no mínimo, inconstitucional. Essa pretendida interpretação do art. 19 do ADCT colidiria, frontalmente, com o art. 37, XVI, *b* da Constituição Federal, o que seria inadmissível, obviamente.

Portanto, também o requisito de cinco anos continuados de serviço público encontrava-se preenchido pelo Impetrante quando da promulgação da Constituição Federal em 4 de outubro de 1988.”

Em igual diapasão, sustenta o Professor PAULO BONAVIDES:

“Preenche-se o requisito constitucional dos cinco anos de continuidade, verificados na data da promulgação da lei básica, computando o tempo de serviço prestado em cargos distintos e em entidades diferentes, seja da União, do Estado-membro ou do Município, da administração direta, autarquias e fundações públicas. O que se mensura é unicamente o tempo de exercício. A referência constitucional não estabelece laços nem dependências que importem restrições; requer tão-somente tempo de serviço público, de modo lato e genérico, prestado aos entes que nomeia, com a continuidade estatuída. Exigência temporal, dir-se-ia até meramente aritmética ou quantitativa, que uma vez atendida confere ao servidor a estabilidade excepcional do art. 19, já referido.

Ora, o Consulente, com vinte e cinco anos de magistério na Universidade Federal do Rio Grande do Norte, preencheu o requisito básico daquele artigo, comprovando continuidade de exercício no serviço público, em inteira conformidade com as exigências ali formuladas.”

Afina-se com o mesmo raciocínio o Professor IVAN BARBOSA RIGOLIN, neste tópico que transcrevo:

“... não parece possível outra conclusão senão a de que basta que seja contínuo no tempo o exercício quinquenal de qualquer servidor daqueles níveis ou daquelas entidades, somando-se todo e qualquer tempo permanente para que o benefício constitucional se implemente para os servidores;

.....

“Estabilidade não diz respeito propriamente a um ou a outro cargo, mas pura e tão-somente ao serviço público.”

.....

“Uma única aparente restrição, que não existia na Carta de 1967, é aquela prevista no § 3º do art. 19 do ADCT, relativa aos Professores de nível superior. Ocorre que esta polêmica e aparente restrição ainda não pode ser considerada aplicável nem implementada, pois está condicionada aos “termos da lei” segundo a Constituição, a qual lei não foi ainda editada. Assim sendo, não serve como argumento, ainda, no sentido de que foi menos benevolente a Carta de 1988 ao servidor que a de 1967, nessa questão de estabilização excepcional de Professores.”

Em conclusão para o quesito, no sentido acima explicitado, parece-nos evidentemente ampliado o rol de benefícios e beneficiários da estabilização excepcional, aquele da Carta de 1988, com relação à anterior Constituição de 1967.”

Afinal, no Recurso Extraordinário nº 89.376-SP, de que foi relator o ínclito Ministro MOREIRA ALVES, 2ª Turma, (RTJ 95/767), decidiu-se em consonância à seguinte ementa:

“A jurisprudência do STF se firmou no sentido de que, para a composição do quinquênio exigido pelo § 2º do art. 177 da Constituição de 1967, **se deve computar o tempo de serviço prestado a diferentes pessoas jurídicas de direito público interno**”.

Para o meu entendimento, após paciente exame da espécie, concluo que o impetrante foi nomeado para cargo efetivo e desfruta de estabilidade assegurada nos termos da interpretação correta do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988.

Dou, portanto, provimento integral ao recurso.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, apesar deste julgamento ter sido iniciado antes de minha posse neste Tribunal, sinto-me inteiramente à vontade para julgar. Não só por ter estado presente às sessões posteriores, mas, sobretudo, pela clareza do voto-vista proferido por V. Exa.

Bastaria, por exemplo, saber que é a própria autoridade coatora quem admite a soma dos tempos de serviço, inclusive de professor. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é, também, pacífica. E é do espírito desta Constituição a ampliação da contagem do tempo de

serviço. Assim, há de se considerar como de serviço efetivo não só o prestado diretamente a órgão público, mas também o consagrado às entidades previdenciárias. O alcance desta nova Constituição, *data venia* do Eminentíssimo Ministro Relator, é maior que o da Constituição de 1967, ao tempo em que foi proferida aquela decisão do Supremo Tribunal Federal.

Concordo com o voto de V. Exa. Defiro a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 664 — RN — (90.10617-6) — Rel. Originário: Min. Vicente Cernicchiaro. Rel. p/ acórdão: Min. Américo Luz. Recte.: Carlos Jussier Trindade Santos. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Impdo.: Governador do Estado do Rio Grande do Norte. Recdo.: Estado do Rio Grande do Norte. Advs.: Romildo Fernandes Gurgel e outros e Jalles Costa.

Decisão: “Após o voto do Sr. Ministro-Relator, negando provimento ao recurso, pediu vista ao Sr. Ministro Hélio Mosimann. Aguardam os Srs. Ministros Américo Luz e Ilmar Galvão.” (2ª Turma — 17.12.90).

“Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Hélio Mosimann dando parcial provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro Américo Luz. Aguarda o Sr. Ministro Ilmar Galvão.” (2ª Turma — 10.04.91).

“Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Américo Luz, a Turma, por maioria, vencido *in totum* o Sr. Ministro-Relator e, em parte, o Sr. Ministro Hélio Mosimann, deu provimento integral ao recurso. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Américo Luz.” (2ª Turma — 19.06.91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Américo Luz, Ilmar Galvão e Peçanha Martins.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 667 — RJ

(Registro nº 90.107539)

Relator: Sr. Ministro Hélio Mosimann

Recorrentes: Antônio Vilela Correia Dias e outro

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*
Impetrado: *Secretário da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro*
Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*
Advogados: *Drs. Mirian Servia Magalhães e Roberto Benjo*

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. DETETIVES-INS-
PETORES DA POLÍCIA CIVIL DO RIO DE JANEIRO.
ASCENSÃO AO CARGO DE DELEGADO. MANDADO
DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO
E CERTO.**

**Reservadas que foram as vagas para eventual
preenchimento, se constatada a presença do direito
postulado pelos impetrantes, não há falar-se em di-
reito líquido e certo à sustação do concurso público,
que visa preencher vagas restantes.**

Manutenção do acórdão denegatório da segurança.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os 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 retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de mandado de segurança interposto por ANTONIO VILELA CORREIA DIAS e outro, ocupantes do cargo de Detetive-Inspetor da 1ª Classe da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, contra o ato do Exmo. Sr. Secretário de Estado do Rio de Janeiro, contra ato do Exmº Sr. Secretário de Estado da Polícia Civil que determinou a realização de concurso público para os cargos de Delegado e Escrivão de 3ª Classe, pretendendo seja suspenso *initio litis* o referido concurso, até que sejam os requerentes acessados ao cargo a que se acham com direito.

Alegam, em resumo, que a realização do concurso público para o referido cargo vem lhes ferir direito líquido e certo, pois em sendo eles Detetives-Inspetores de 1ª Classe e preenchendo todos os requisitos exigidos por lei, já poderiam ter sido alçados ao cargo ora pretendido, entendendo assim que a Administração Pública não poderia promover um concurso público sem antes realizar os acessos devidos. Pedem, por fim, a suspensão das provas do concurso em referência até que sejam acessados ao cargo a que têm direito.

O Egrégio Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado denegou segurança, pela inexistência de ilegalidade ou abuso de poder no ato questionado, estando o julgado assim ementado:

“EMENTA: Mandado de Segurança objetivando a suspensão de concurso público para o cargo de Delegado de Polícia de 3ª Categoria, impetrado por Detetives-Inspetores. Tendo sido garantido aos Detetives-Inspetores com mais de dez anos de exercício, portadores de diploma de bacharel em direito, a reserva de vagas e possibilidade de ascensão ao cargo de Delegado de Polícia, não há abuso por parte de autoridade que determina a abertura de concurso para preenchimento do restante das vagas. Inexistência de prejuízo ao direito líquido e certo dos impetrantes.” (fls. 87).

Inconformados, os recorrentes interpuseram recurso ordinário, fundado no art. 105, II, letra *b*, da Constituição Federal, sustentando, em suas razões de fls. 99/102, que, preenchendo todos os requisitos para ascender ao cargo de Delegado de Polícia, na condição de Detetives-Inspetores da Polícia Civil, na forma do disposto na Lei Estadual 621/82, já relacionados entre os que tinham condições ao acesso ora perseguido, foram prejudicados, eis que as vagas que poderiam ser preenchidas por elas foram destinadas a concurso externo.

Contra-razões às fls. 104/108.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 121/123, ao argumento de inexistir qualquer ilegalidade ou abuso de poder no ato que determinou a abertura de concurso externo, ressaltando expressamente (fls. 31) a metade das vagas para processo seletivo interno, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente: com inteira razão o acórdão recorrido, pois, na verdade, os impetrantes

pleitearam inicialmente apenas a suspensão do concurso externo para Delegado e Escrivão, até que fossem acessados ao cargo a que se julgam com direito. À toda evidência, não poderiam, agora, inovar o objeto da postulação, em sede de recurso ordinário constitucional, para tentar fazer crer que mais abrangente fosse o pedido, ou seja, o reconhecimento, neste pleito, do propalado direito à ascensão.

Na realidade, as vagas para eventual preenchimento, se demonstrado o direito, estão, segundo as próprias informações e como se vê do edital de abertura do concurso (fls. 31), garantidas, já que se reservou a metade para a seleção interna, uma vez satisfeitos os requisitos, caso a caso.

Com essa ressalva, não há falar-se em lesão a direito, muito menos líquido e certo a justificar o mandado de segurança.

Então, não constando nada mais no pedido inicial do que a sustação do concurso, não merece reparo o acórdão recorrido.

Nego, pois, com este voto, provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 667 — RJ — (90.107539) — Rel.: Sr. Ministro Hélio Mosimann. Rectes.: Antônio Vilela Correia Dias e outro. T. Origem.: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Impdo.: Secretário da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Recdo.: Estado do Rio de Janeiro. Advs.: Drs. Mirian Servia Magalhães e Roberto Benjo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 12.06.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz e Ilmar Galvão.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



MANDADO DE SEGURANÇA Nº 713 — DF

(Registro 9000137780)

Relator: *O Senhor Ministro Demócrito Reinaldo*

Impetrantes: *Alicete Fernandes Nogueira da Silva, Maria de Nazaré de Melo Silva e João Batista Nogueira Delvaux*

Impetrados: *Ministro de Estado do Exército e Diretor Patrimonial do Ministério do Exército em Brasília*

Advogados: *Ely Barradas dos Santos*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. IMÓVEL FUNCIONAL. SERVIDORES CIVIS DE MINISTÉRIOS MILITARES.

Os imóveis funcionais, administrados pelas Forças Armadas e ocupados por servidores civis, foram incluídos na autorização legal concedida para o Poder Executivo alienar (art. 1º da Lei nº 8.025, de 1990), por força do disposto no § 2º do artigo 1º do Decreto nº 99.266, de 28 de maio de 1990.

Segurança concedida, para determinar que a autoridade impetrada encaminhe à Secretaria de Administração Federal da Presidência da República (SAF/PR) a documentação pertinente ao imóvel, a fim de que seja examinado o pleito dos impetrantes de acordo com a legislação aplicável à espécie.

Precedentes desta egrégia Corte.

Decisão unânime.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deferir o mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator):
ALICETE FERNANDES NOGUEIRA DA SILVA, MARIA DE NAZARÉ

DE MELO SILVA e JOÃO BATISTA NOGUEIRA DELVAUX, funcionários públicos, ocupantes de imóveis funcionais administrados pelo Ministério do Exército, impetraram mandado de segurança contra ato omissivo do Ministro de Estado do Exército, que tem se negado a encaminhar os processos de opção de compra dos referidos imóveis ocupados regularmente pelos impetrantes.

Alegam os impetrantes, em síntese, que são legítimos ocupantes dos imóveis, sendo a eles assegurada a opção de compra, de acordo com a legislação que regulamenta a matéria. E que, nessa condição, manifestaram seu direito de opção, restando então ao Ministério do Exército “encaminhar as fichas cadastrais dos imóveis juntamente com a ficha cadastral dos ocupantes, devidamente preenchidas, à SF/PR, para os procedimentos competentes, com vistas à alienação dos referidos imóveis aos impetrantes...” (fls. 2).

Aduzem, ainda, que, ao invés de fazer o encaminhamento dos requerimentos e respectivas fichas cadastrais, o Exmo. Sr. Ministro de Exército permitiu que os documentos protocolizados naquele Ministério permanecessem arquivados, trazendo sérios prejuízos aos impetrantes, impedindo-os assim de ter assegurado o direito líquido e certo de obter o processamento normal, objetivando a alienação dos imóveis (fls. 3).

A liminar foi indeferida (fls. 36).

Prestadas as informações, a autoridade impetrada ressaltou, inicialmente, que o diploma legal invocado pelos impetrantes “não assegurou aos ocupantes desses imóveis a sua aquisição, havendo somente, em razão, de sua vigência, mera expectativa de direito”. De outra parte, não nega a condição de servidores públicos civis dos impetrantes, mas afirma que “a alienação desses bens está condicionada à verificação, pela Administração, da conveniência e oportunidade de sua adoção”, encontrando-se o assunto a depender de normas regulamentares da Lei nº 8.025/90, que trata da matéria (fls. 41/47).

Ao se manifestar, a douta Subprocuradoria-Geral da República fez a juntada de cópia de parecer, no qual foi examinada pretensão idêntica, inclinando-se pela concessão da ordem circunscrita aos limites reconhecidos no precedente indicado (fls. 81/88).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): No presente mandado de segurança, trata-se de saber, essencialmente, se é

autorizada a alienação, sob a forma de venda, dos imóveis funcionais administrados pelas Forças Armadas e ocupados por servidores civis.

À luz das disposições legais que regulamentam a espécie, a questão tem sido examinada por esta Egrégia Seção, firmando-se entendimento manso e pacífico. Na apreciação do MS nº 746-DF, em que fui Relator, tive a oportunidade de assim me manifestar:

“Com efeito, a Lei nº 8.025, de 12 de abril de 1990, estabeleceu no seu artigo 1º, § 2º, I, *in verbis*:

“Art. 1º — É o Poder Executivo autorizado a alienar, mediante concorrência pública e com observância do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, os imóveis residenciais de propriedade da União situados no Distrito Federal, inclusive os vinculados ou incorporados ao Fundo Rotativo Habitacional de Brasília — FRHB.

(Omissis)

§ 2º Não se incluem na autorização a que se refere este artigo, os seguintes imóveis:

I — os residenciais administrados pelas Forças Armadas, destinados à ocupação por militares;

(Omissis)

O Decreto nº 99.266, de 28 de maio de 1990, ao regulamentar o referido diploma legal, estatuiu no § 2º do artigo 1º o seguinte:

“Omissis

§ 2º Incluem-se entre os imóveis a serem vendidos os administrados pelas Forças Armadas, ocupados por servidores civis.”

Ao confronto dos dispositivos legais citados, sem maior esforço de interpretação, é possível deduzir que: primeiro, a regra geral é a de que o Poder Executivo está autorizado a alienar os imóveis residenciais da União situados no DF, observadas as condições previstas no art. 1º da Lei nº 8.025/90; segundo, estão excluídos da autorização, entre outros casos explicitados no § 2º do art. 1º da mesma lei, os residenciais destinados à ocupação de militares; e finalmente, incluídos entre os imóveis a serem vendidos os administrados pelas Forças Armadas, mas ocupados por servidores civis, conforme determinou o Decreto nº 99.266/90, dentro dos limites de sua natureza de ato regulamentador.

É certo, portanto, que os imóveis administrados pelas Forças Armadas, ocupados por servidores civis, poderão ser vendidos,

não sendo possível entender como legítimo qualquer ato que crie obstáculo ao encaminhamento de pleito ou documentos necessários ao exame da pretensão de quem deseja habilitar-se a essa espécie de aquisição.”

Na mesma oportunidade, trouxe à colação o acórdão proferido no MS 656-DF (DJ 25.03.91), Relator o Eminentíssimo Ministro GARCIA VIEIRA, cuja ementa é a seguinte:

**“IMÓVEL FUNCIONAL — SERVIDORES CIVIS DE
MINISTÉRIOS MILITARES.**

Os imóveis residenciais administrados pelas forças armadas não destinados à ocupação por militares estão incluídos na regra geral da venda autorizada (art. 1º, § 1º do Decreto nº 99.266/90). Segurança concedida para determinar que a digna autoridade coatora encaminhe os expedientes protocolados no Ministério da Aeronáutica à SAF/PR, com as devidas informações cadastrais dos imóveis ocupados pelos impetrantes, para efeito de alienação aos legítimos ocupantes.”

A hipótese de que se cuida é idêntica às que foram examinadas precedentemente. Na verdade, a autoridade impetrada, além de não contestar a categoria de servidores civis dos impetrantes, alega, para justificar a retenção dos processos, o fato de se encontrarem as Forças Armadas na dependência de normas regulamentares da Lei 8.025/90, aduzindo ainda que os imóveis são de vital importância para a Força Terrestre. Não refuta, entretanto, a alegação segundo a qual tem obstaculizado a ação dos impetrantes, no sentido de ver examinadas, pelos órgãos competentes, as propostas de aquisição dos imóveis ocupados, conforme lhes faculta a legislação específica.

Na mesma linha de entendimento desta Egrégia Corte e de acordo com o douto parecer do Ministério Público, concedo a segurança, determinando que a autoridade coatora remeta os requerimentos e respectivos documentos de instrução à Secretaria de Administração da Presidência da República, para apreciação das opções de compra dos imóveis, de acordo com a legislação aplicável à espécie.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 713 — DF — (90.0013778-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Impetes: Alice Fernandes Nogueira da Silva, Maria de Nazaré de Melo Silva e João Batista Nogueira Delvaux. Impdos.:

Ministro de Estado do Exército e Diretor Patrimonial do Ministério do Exército em Brasília. Adv.: Ely Barradas dos Santos.

Decisão: “A Seção, por unanimidade, deferiu o mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” (1ª Seção — 29/10/91).

Os Srs. Ministros Gomes de Barros, Américo Luz, Pádua Ribeiro, José de Jesus, Garcia Vieira e Hélio Mosimann votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 775 — SP
(Registro nº 90.13705-5)

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

Recorrente: *Dedini Equipamentos Elétricos Ltda.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Impetrado: *Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo*

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

Advogados: *Drs. Antônio Pardo Gimenes e outros, Daniel Carajescov*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. EFEITOS. RESOLUÇÃO SF 12/89 DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Toda vez que o ato administrativo, por sua natureza, produzir efeitos concretos e imediatos, perde ele sua característica de ato normativo.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de novembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: DEDINI EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS LTDA. impetrou Mandado de Segurança contra ato do Sr. Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo, consubstanciado na Resolução nº 12/89 que fixou o valor da Unidade Fiscal do Estado de São Paulo — UFESP — para o mês de março de 1989, considerando que a variação acumulada do IPC de janeiro e fevereiro daquele ano teria sido de 76,41%, tudo em desconformidade com o estabelecido no artigo 113, da Lei nº 6.374/89.

O E. Tribunal de Justiça, por sua 17ª Câmara Civil, julgou a Impetrante carecedora da segurança, acolhendo a preliminar de ilegitimidade passiva.

Inconformada, interpôs Recurso Ordinário, com apoio no artigo 105, II, *b*, da Constituição Federal, sustentando que a Resolução em causa, baixada pelo Sr. Secretário da Fazenda do Estado, constitui ato de efeitos concretos, perfeitamente individualizado, que foi praticado independentemente da participação de outro órgão ou pessoa da Administração Pública.

Regularmente processados, os autos foram encaminhados a esta Corte, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

VOTO — PRELIMINAR (VENCIDO)

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): A r. decisão recorrida julgou a Impetrante carecedora da segurança, por ilegitimidade passiva *ad causam*.

Entendo que tal decisão não se insere no conceito de “decisão denegatória”, do artigo 105, II, *b*, da Constituição Federal, uma vez que foi extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC, e da decisão que extingue o processo, outro é o recurso.

Em favor deste entendimento, o RMS nº 82/MG, DJ 19.02.90, relator o Sr. Ministro Gueiros Leite, assim ementado:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO INDEFERITÓRIA DE MANDADO DE SEGURANÇA. RESTRIÇÃO AO CABIMENTO.

1 — O recurso em mandado de segurança só cabe quando a decisão no *writ* for denegatória (CF, art. 105, II, *b*) entendendo-se como tal a que entrega prestação jurisdicional negativa ou que julga sem atender ao pedido.

2 — A decisão indeferitória, que simplesmente extingue ou tranca o processo, não é recorrível ordinariamente, mas através do REsp, *ex vi* do art. 105, III, *b* e *c*, da CF, que se entende combinadamente com o princípio genérico da recorribilidade, que abrange tanto as decisões de mérito (positivas ou negativas), como aquelas meramente terminativas do processo (CPC, art. 162, *caput*, § 1º).

3 — Recurso do qual não se conhece, mas que retorna à origem para ser processado e examinado como especial.”

Pelo exposto, não reconheço do recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 775 — SP — (90.0013705-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus. Recte.: Dedini Equipamentos Elétricos Ltda. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Antonio Pardo Gimenes e outros; Daniel Carajescov.

Decisão: “Após o voto do Sr. Ministro-Relator (José de Jesus), não conhecendo do recurso, pediu vista o Sr. Ministro Hélio Mosimann. Aguardam os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz e Pádua Ribeiro.” (2ª Turma — 04/09/91).

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

VOTO — VISTA (PRELIMINAR)

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, por votação unânime, em mandado de segurança, decretou a extinção do feito, sem julgamento do mérito, interpôs a impetrante **recurso ordinário**, com base no art. 105, II, b, da CF.

Processado o recurso, dele não conhecia o eminente relator porque cabível seria somente o recurso especial.

É que, segundo o dispositivo constitucional, o recurso ordinário só teria cabimento **quando denegatória a decisão**.

Pedi vista para melhor examinar o sentido da expressão empregada no texto da Carta Magna.

Cabe, realmente, o recurso ordinário, como foi interposto, *data venia*.

Apesar de algumas manifestações discordantes (José da Silva Pacheco, *in* “O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas”, pág. 202), doutrina e jurisprudência, de um modo geral, dão como cabível o recurso ordinário.

Para o Ministro Carlos Velloso, “quando a decisão for denegatória, há quem queira distinguir entre decisão que denega a pretensão, assim o direito pleiteado, e decisão que julga o autor carecedor da ação de segurança, ou não conhece do *writ*, por inexistência de direito líquido e certo, argumentando que somente a primeira estaria sujeita ao recurso ordinário. A distinção, entretanto, não tem procedência, pois a decisão que julga o autor carecedor da ação de segurança é decisão que denega a segurança (Sálvio de Figueiredo Teixeira, Mandados de Segurança e de Injunção, Saraiva, 1990, pág. 119. Ademais, a Constituição, que é lei geral, não utiliza a terminologia processual com o rigor que seria exigido da lei processual específica” (Recursos no Superior Tribunal de Justiça, 1991, pág. 28).

Neste Tribunal, não é outro o sentido da jurisprudência majoritária (Rec. em MS nº 163-SP, rel. Min. Costa Lima, em 21.03.90; Rec. em MS nº 224-PB, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, em 06.06.90). E no Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da Constituição, o eminente Min. Celso de Mello (MS Agr. Regimental nº 21.112-1-PR, em 07.06.90), assim se manifestou:

“A locução constitucional — “quando denegatória a decisão” — tem sentido amplo, pois não só compreende as deci-

sões dos Tribunais que, apreciando o *meritum causae*, indeferem o pedido de mandado de segurança, como também abrange aquelas que, sem julgamento do mérito, operam a extinção do processo” (JSTF 143/107).

Em face do exposto, meu voto, na preliminar, é para **conhecer do recurso ordinário**, *data venia*.

VOTO — MÉRITO

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. EFEITOS. RESOLUÇÃO SF 12/89 DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Toda vez que o ato administrativo, por sua natureza, produzir efeitos concretos e imediatos, perde ele sua característica de ato normativo.

Recurso provido.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): A doutra Décima Sétima Câmara Civil do Colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação convergente, julgou a Impetrante carecedora da segurança com extinção do processo, sem exame de mérito, por entender ser a autoridade indicada como coatora, parte ilegítima.

Assim o fez acolhendo a preliminar levantada pelo Sr. Secretário da Fazenda neste e em caso assemelhado, julgado pela mesma Câmara, (MS nº 146.289-2-SP do qual foi relator o Sr. Desembargador Oetterer Guedes), de cujo julgamento participou o eminente relator desta impetração, Desembargador Hermes Pinotti, por este transcrito em seu voto condutor, nestes termos:

“A preliminar de ilegitimidade de parte argüida pela autoridade impetrada é de inteira procedência.

Ora, autoridade coatora é a pessoa que ordena a prática do ato questionado. Destarte, o coator, à evidência, não é o Sr. Secretário da Fazenda mas, isto sim, o Chefe do Posto Fiscal responsável pela área onde se situa o estabelecimento da impetrante.

Serve como uma luva, a decisão transcrita nos autos, quando afirmado que, admitida a deslocação da competência, todos os mandados de segurança poderiam ser dirigidos à instância superior, subtraindo-se o ato da apreciação da autoridade judiciária competente.

Manifestamente parte ilegítima o Sr. Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo.”

Data venia, a mim me parece que a espécie em exame não é bem assim.

A Impetrante, conforme claramente expôs na inicial e demonstrou, tem débitos vencidos e levantados pelos agentes do Fisco Estadual, que para solvê-los firmou com o BANESPA contrato de abertura de crédito, para pagamento do débito, cuja correção monetária a Secretaria utiliza-se da tabela constante do documento nº 6 (fl. 26), cuja atualização mensal se faz com base na variação da UFESP, e como esta no mês de março (Resolução nº 12 do Secretário da Fazenda) estabelece um valor com inclusão de índice que a impetrante entende indevido, ajuizou a presente ação.

De outra parte, essa Resolução está assim redigida:

“O Secretário da Fazenda

Considerando que foi extinta a Obrigação do Tesouro Nacional pelo artigo 15 da Medida Provisória 32, de 15.1.89, que, aprovada pelo Congresso Nacional transformou-se na Lei Federal nº 7.730, de 31.01.89,

Considerando que foi criada, pelo artigo 113 da Lei Estadual nº 6.374, de 1º.03.89, Unidade Fiscal do Estado de São Paulo — UFESP, com o valor de NCz\$ 6,17 em 1º.01.89, atualizável pela variação do Índice de Preço ao Consumidor — IPC.

Considerando que a variação acumulada no IPC nos meses de janeiro e fevereiro foi de 76,41%,

Considerando que a Unidade Fiscal do Estado de São Paulo — UFESP — passa a ter eficácia a partir da data da publicação da Lei Estadual nº 6.374, ou seja, a partir de 02.03.89, resolve:

Art. 1º — O valor da UFESP para o mês de março de 1989 é de NCz\$ 10,88.

Art. 2º — A Coordenação da Administração Tributária divulgará mensalmente o valor da UFESP para fins das aplicações previstas em lei.

Art. 3º — Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Ora, sem dúvida, essa Resolução ao entrar em vigor, produz efeitos concretos e imediatos, por tratar-se de correção mensal sobre os débitos para com a Fazenda.

Na espécie em exame, a correção fixada atinge, de pronto, o débito da Impetrante, razão pela qual dou provimento ao recurso para que a douta Câmara julgadora examine o mérito da impetração, como bem entender.

VOTO — MÉRITO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, em se tratando de lançamento por homologação, que exige antecipação de pagamento, resulta que a portaria, realmente, produz efeito concreto.

Nestes termos, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 775 — SP — (90.0013705-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus. Recte.: Dedini Equipamentos Elétricos Ltda. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Antonio Pardo Gimenes e outros; Daniel Carajescov.

Decisão: “Renovado o julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.” (2ª Turma, 18/11/91).

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

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 830 — ES

(Registro nº 91.0001792-2)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Recte.: *Financiadora Bradesco S/A — Crédito, Financiamento e Investimentos*

Recdos.: *Cafeteria Irmãos Stock Ltda. e outros*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo*

Impdo.: *Juízo de Direito da Vara Cível de Domingos Martins-ES*

Advogados: *Drs. Eduardo Guimarães M. Pereira e outros, Ivon Alcure do Nascimento*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL.

1 — Decreto liminar exarado em ação cautelar inominada, preparatória de ação declaratória de nulidade de cláusula contratual, que impediu o protesto de títulos e, bem assim, o aforamento de quaisquer demandas decorrentes do inadimplemento de contrato de empréstimo bancário celebrado durante o chamado “Plano Cruzado”.

2 — O ajuizamento de ação civil, diversamente do que ocorre com a demanda penal, não caracteriza coação nem constitui risco de lesão a direito subjetivo, de difícil ou incerta reparação, a ponto de justificar a demonstrada amplitude da cautela liminar concedida.

3 — Prevalência da garantia constitucional do direito de ação, cujo ajuizamento resultou arbitrariamente cerceado.

4 — Precedentes desta Corte.

5 — Recurso provido, em parte.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro BUENO DE SOUZA, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: FINANCIADORA BRADESCO S.A., Crédito, Financiamento e Investimento; BANCO BRA-

SILEIRO DE DESCONTOS S.A. e BANCO BRADESCO DE INVESTIMENTO S.A. interpuseram recurso ordinário (Constituição, art. 105, II, b; Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, arts. 33 e seguintes), concomitantemente com o recurso extraordinário (cf. fls. 138 e 183), sempre colimando a reforma do v. acórdão proferido em sessão plenária do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, em mandado de segurança ali originariamente impetrado contra decreto liminar exarado pelo D. Juiz de Direito da Comarca de Domingos Martins na ação cautelar inominada proposta por Cafeeira Irmãos Stock Ltda., Mogne Stock, Jorge Stock e Gabriel Stock contra as impetrantes, ora recorrentes.

2. O v. acórdão recorrido, que por maioria de votos concedeu a segurança, traz na ementa estes dizeres (fls. 112):

“Mandado de Segurança — Ato Judicial — Concessão de liminar *initio litis* em Ação Cautelar Inominada — Segurança denegada.

Inscreve-se no poder geral de cautela do Magistrado, e não afronta a Constituição, a concessão de medida liminar *initio litis* em Ação Cautelar Inominada, suspendendo execuções e protestos de títulos pactuados em bancos ou congêneres, desde que presentes os pressupostos fundamentais dessa espécie de cautela.”

Embargos de declaração opostos pelas recorrentes foram rejeitados, de acordo com a ementa seguinte (fls. 132):

“Embargos de Declaração — Omissão da Corte sobre pontos a respeito dos quais devia se pronunciar — Inocorrência — Matéria examinada no julgamento — Embargos rejeitados.

Tendo sido apreciada, na oportunidade do julgamento da segurança, a matéria ventilada nos embargos, são eles improcedentes, pela inocorrência de omissão ou contradição de matéria posta a exame da corte.”

3. Sustentam as recorrentes, em síntese, que o v. acórdão, ao determinar a suspensão da execução e proibir protesto de títulos, impede o exercício do direito de ação, contrariando, assim, o disposto nos artigos 75 e 160, I, do Código Civil; 28 a 33 e 49 do Decreto nº 2.044, de 31.12.1908; 38 a 50 e 52 a 54 da Lei Uniforme de Genebra; 219 e 263 do Código de Processo Civil.

Apontam, ainda, em abono às suas razões, divergência em face de acórdãos de Tribunais estaduais.

4. Opinou o Ministério Público Federal por seu representante, Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Casali, pelo provimento do recurso (fls. 248).

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, a matéria versada nestes autos já obteve reiterados pronunciamentos desta Corte, notadamente em recursos provenientes do Estado do Espírito Santo.

Assim é que, no REsp 2.664-ES, de que V. Exa. foi relator, em 14.08.90 (DJU 10.09.90), de cujo julgamento não participei, o recurso foi provido, à unanimidade, e a ementa do respectivo acórdão resume:

“Recurso Especial. Concessão de medida cautelar para impedir ao credor o exercício do direito de demandar. Contrariedade aos arts. 566, I do CPC e 43 da Lei Uniforme. Violação à garantia constitucional da ação.

Recurso conhecido e provido.”

Na mesma assentada desta Quarta Turma, sendo igualmente Relator V. Exa., nos mesmos termos se decidiu o REsp 2.644-ES (DJU 10.9.90).

Em ambos estes precedentes, cuidava-se de medida cautelar inominada, preparatória de ação declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com desconstituição de débito.

A Terceira Turma desta Corte, por sua vez, no REsp 4.118-ES, Relator o Ministro NILSON NAVES, em 4.9.90 (DJU 1º.10.90), também por unanimidade, decidiu:

“Execução forçada. Cabe ao credor, de posse de título líquido e certo e exigível, promover a execução (CPC, arts. 566-I e 586). Compete ao devedor opor-se à execução por meio de embargos (CPC, art. 736), e não via ação cautelar. Recurso Especial conhecido e provido.”

Também ali se tratava de espécie em tudo semelhante a dos precedentes primeiramente referidos.

Esta Quarta Turma, aliás, já havia fixado seu entendimento em acórdão exarado à unanimidade do RMS 97-ES, de que V. Exa. foi Relator em 07.11.90 (DJU 11.12.90) e de cujo julgamento participei. Eis a ementa:

“MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. RECURSO ORDINÁRIO.

Em princípio, o mandado de segurança não é sucedâneo recursal, sob pena de subversão de todo o sistema de formas, termos e preclusões imprescindíveis à operacionalidade do processo. Torna-se necessário, de regra, que seja interposto o recurso cabível, utilizado então o *writ* para obstar eventual dano irreparável na pendência do recurso, que não tenha efeito suspensivo.

Caso, todavia, de caráter excepcional, em que o juiz vedou ao impetrante o acesso à Justiça, mediante determinação ao Distribuidor forense. Uso do *mandamus*, independentemente da interposição de agravo, como instrumento de tutela a uma garantia constitucional fundamental ao Estado de Direito.

A propositura da ação declaratória de inexistência de débito não impede o ajuizamento de ação de cobrança ou de execução.

Recurso ordinário provido.”

Mencione-se ainda o acórdão do REsp. 2.819-MT, de que V. Exa. também foi Relator em 13.11.90 (DJU 4.2.91).

2. No caso que ora nos é submetido, as recorrentes dizem (fls. 4) ter interposto agravo de instrumento para impugnar o decreto liminar expedido em ação cautelar inominada, tendente a impedir protesto de títulos e, bem assim, o ajuizamento de quaisquer medidas judiciais, como execução e falência. Acentuam, porém, o efeito meramente devolutivo daquela impugnação e sua conseqüente insuficiência para atender à necessidade de adequada e urgente tutela de seu direito certo e líquido de pleitear a satisfação de seu crédito.

Valeram-se, por isso, deste mandado de segurança, no propósito de obter decreto liminar que suste os efeitos da medida cautelar, até julgamento do agravo de instrumento; e, afinal, decisão que torne definitiva a liminar “suspensiva do ato impugnado” (fls. 10).

3. As recorrentes, na inicial, se reportam a julgados do Supremo Tribunal que, mitigando o enunciado da Súmula 267, admitem o mandado de segurança (mesmo sem prévia interposição de recurso), se necessário “para atalhar a moléstia da injúria legal, quando problemáticos, porque tardinhos, outros recursos jurisdicionais” (RTJ 84/1.071, 89/159, 91/181, 95/339, 96/1.193).

4. Convém ter em vista que o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, sem embargo de algumas discrepâncias, por expressiva maioria vem, reiteradamente, desprovendo agravos interpostos em casos semelhantes, ou denegando mandados de segurança, tal como esclarece o d. voto condutor do v. acórdão recorrido, *verbis* (fls. 113/115):

“O que se discute, em última análise, na presente segurança, é a possibilidade ou não do poder geral de cautela do Juiz em face de preceitos constitucionais.

Aliás, esse tema já foi inúmeras vezes ventilado aqui, e eu já tive oportunidade de examiná-lo em vários mandados de segurança de que fui Relator.

Ficou assentado nos muitos julgamentos levados a efeito por este Egrégio Tribunal Pleno que, segundo o erudito magistratário de J. Carlos M. Barbosa,

“ao órgão judicial se reconhece um poder cautelar genérico, mercê do qual lhe é lícito determinar, desde que concorrentes os pressupostos fundamentais desse tipo de cautela, as medidas provisórias adequadas *in concreto* à proteção de direitos em favor de cuja existência militem sérios indícios e para cuja salvaguarda se revele insuficiente a inócua, as mais das vezes em razão da inevitável demora, a tutela cognitiva ou executiva.” (J. Carlos M. Barbosa, Parecer na Revista de Processo, vol. 6).

Nenhuma ilegalidade, pois, tisona tal medida.

Inclusive, ponderei por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 1.813, onde me alonguei sobre este assunto, que essas liminares concedidas dentro desse poder genérico de cautela que a lei outorga ao magistrado, não afrontam a Constituição, porquanto o texto constitucional se refere à lei, e aqui não está em discussão nenhuma lei excluindo alguém de manifestar sua pretensão em Juízo. O que está em discussão, volto a repetir, é um ato derivado do poder geral de cautela, dentro de suas funções constitucionais, de exarar decisão que ampare a pretensão de um em detrimento da pretensão de outro.

Humberto Theodoro Júnior e Milton Fernandes, conspícuos juristas da escola Mineira, dissertando sobre esse mesmo tema, concluíram:

“Cabe destarte, com toda adequação, o poder geral de cautela, para “vedar” a imediata execução do ajuste entre as partes.” *In Ação Cautelar Inominada*, Castro Vellar, Forense, 1986, p. 16).

E mais adiante:

“Diante de ação desta natureza, portanto, urge suspender a exequibilidade das prestações dos financiamentos até que, se revejam as condições contratuais tornadas excessivamente onerosas, para compatibilizá-las com o princípio da cláusula *rebus sic stantibus*. E isto pode, perfeitamente, se fazer através do regular e oportuno manejo do ‘poder geral de cautela’, que, na espécie, tem a função de preservar os litigantes na única situação em que a sentença da ação de revisão do contrato poderia proporcionar, concretamente, alguma utilidade efetiva para os devedores.” (*In op. cit.*)

Não estou, pois, sozinho nesse pensar. Muitos colegas, cômungando deste entendimento, negaram a segurança em casos semelhantes, tornando-se, pois, ponto pacífico nesta Egrégia Corte, este posicionamento.

Com essas ponderações e para não me alongar mais sobre um assunto já sedimentado neste Tribunal, denego a segurança.”

5. Como se vê, a decisão recorrida se insere no mesmo contexto jurisprudencial que esta Corte vem, reiteradamente, repudiando.

É oportuno salientar que a propositura de demanda, correspondendo ao exercício do direito de ação (Constituição, art. 5º, XXXV), na lição de COUTURE, é decorrência da garantia constitucional de petição (Constituição, art. 5º, XXXIV) regulada pela legislação processual, razão pela qual deve observar os requisitos (condições de ação) que asseguram sua legitimidade.

Mesmo, contudo, quando a demanda não penal deixe de preencher as condições legalmente exigíveis, a resistência processual do réu ou, até mesmo, a atuação *ex officio* do Juiz são preordenados a conjurar a indevida instauração do processo e assegurar seu encerramento. De qualquer sorte, não se há de dizer que o ajuizamento de demanda civil constitua risco de lesão a direito subjetivo, de difícil ou incerta reparação, a ponto de justificar decreto liminar, em ação cautelar, para impedir ou cercear o acesso à jurisdição.

Diverso, certamente, é o caso da demanda penal, que instaura processo eminentemente coativo, desde que impõe severos deveres e ônus ao acusado (comparecer, responder a interrogatório, permanecer no distrito da culpa). Bem por essa razão, o direito de acesso à justiça por meio de ação penal se subordina a requisitos legais mais rigorosos (condições de procedibilidade) e sua inobservância enseja outra forma de acesso à jurisdição, para neutralizar a coação ilegal, que é, precipuamente, o *habeas corpus*.

6. O credor, no entanto, como tal identificado no título cambial (documento, segundo lição de Vivante, “necessário e suficiente para o exercício do direito literal e autônomo que nele se contêm”) não pode ser legitimamente inibido de ajuizar as demandas necessárias a assegurar seus direitos, a eximir-se da prescrição, a garantir sua precedência em face de outros credores..., salvo se, manifestamente, não preencher a demanda as condições de ação ou não concorrerem os pressupostos processuais.

7. Eis porque explicito agora meu pensamento sobre o tema que novamente nos é submetido, para reiterar a orientação já consagrada nesta Quarta Turma e também na Terceira Turma; e, na consonância de nossos referidos precedentes, dar provimento ao recurso, a fim de conceder a segurança, de modo a sustar os efeitos do decreto liminar exarado na ação cautelar e liberar as recorrentes das restrições que lhe foram impostas, até o julgamento do agravo de instrumento.

É como voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, penso que o provimento pode ser parcial, como V. Exa. alvitrrou, porque, como disse, as impetrantes são entidades financeiras inconformadas com a liminar concedida na ação cautelar proposta pelos devedores originários. Não há nos autos intervenção de outros obrigados pelo título e o próprio título não consta reproduzido nos autos, de tal modo que se pudesse aferir da existência de coobrigados, endossantes, etc.

Então, quanto à suspensão do protesto, é jurisprudência consolidada que pode ser obtida mediante caução; e, no caso dos autos, existe caução em dinheiro (embora não corresponda àquilo que, segundo os autores da ação cautelar, é exigido pelos credores).

Por isso, voto por prover o recurso, em parte, ou seja: para acrescentar que mantenho, na decisão impugnada, apenas a sustação do protesto.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Com esses esclarecimentos, acompanho o Eminentíssimo Relator, também dando parcial

provimento ao recurso, de maneira a manter a liminar no que tange à possibilidade de sustação dos protestos facultativos, porém concedendo ao Banco a segurança para que possa mover as **ações de execução** que competem aos títulos de crédito de que é portador.

ESCLARECIMENTO

O SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentes Colegas, o voto do Eminente Ministro-Relator consoa com remansosa orientação das Turmas deste Pretório. Mencionaria, *verbi gratia*, o REsp nº 2.644, de que fui Relator, também do Espírito Santo, acórdão de 14 de agosto do ano transacto, sob a seguinte ementa:

“Recurso Especial. Concessão de medida cautelar para impedir ao credor o exercício do direito de demandar. Contrariedade aos artigos 566, I, do Código de Processo Civil, e 43 da Lei Uniforme. Violação à garantia constitucional da ação. Recurso conhecido e provido.”

Refiro, outrossim, também desta 4ª Turma e do qual igualmente fui Relator, o REsp nº 2.793, do Mato Grosso, em que a ementa refere que: (lê)

“A circunstância do devedor ter ajuizado ação de consignação em pagamento não obsta a que o credor, munido de título executivo, proponha a decorrente ação de execução. A conexão poderá impor, isto sim, o julgamento conjunto da consignatória e de eventuais embargos do devedor. Ao credor, por título executivo, assiste o direito à segurança no juízo através da penhora, além da garantia constitucional do acesso pleno ao Judiciário. Ilegalidade da decisão que, em ação cautelar, proíbe ao credor de agir em juízo até a decisão da consignatória.

Recurso Especial conhecido e provido.”

No voto, neste recurso, é feita referência a aresto da Egrégia 3ª Turma, de que foi Relator o Eminente Ministro Eduardo Ribeiro, no REsp nº 2.790, do Mato Grosso.

Finalmente, entre tantos, menciono o acórdão no REsp nº 2.819, de cuja ementa consta:

“Ação cautelar em ação de consignação em pagamento. É inadmissível mediante cautelar suspender a eficácia do título executivo, impedindo ao titular o ajuizamento da

ação de execução. Violação, inclusive, ao direito constitucional de acesso pleno à jurisdição. Recurso especial conhecido e provido.”

Indagaria, com toda vênia ao Eminente Relator, se no tocante à suspensão do protesto de títulos, que também consta do venerando aresto, se se cuidava de protesto obrigatório, ou se consta ser protesto facultativo. É que a grande maioria destes protestos são facultativos, e a jurisprudência, de um modo geral, tem admitido a sustação do protesto facultativo quando ele é empregado não propriamente com o objetivo de comprovar a mora do devedor, mas como uma espécie de sucedâneo à ação de cobrança, como um constrangimento ao devedor, dada a conhecida repercussão desses protestos no plano extraprocessual.

Quanto à sustação do protesto em ação cautelar, em princípio, acho que é possível. O que não é possível, a todas as luzes, segundo me parece, é em ação cautelar impedir o ajuizamento das ações que competem ao título executivo.

Pediria esse esclarecimento ao Eminente Relator, se consta essa especificação do protesto. É protesto do próprio credor?

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Na verdade, Senhor Presidente, não me detive na consideração deste aspecto da causa; o qual, de fato, reconheço relevante.

Voltando aos autos, posso esclarecer que a ação cautelar foi proposta pelo devedor, ou seja, pelo mutuário Emerson Soares, que a endereçou contra a impetrante. Ao propor sua referida demanda, diz que ajustou com o Banco Brasileiro de Descontos o mútuo consubstanciado na emissão da cédula rural pignoratícia, sendo ele o devedor principal. Se, portanto, pede a sustação do protesto, não se trata de protesto necessário; e, sim, de protesto facultativo, pois não se destina a preservar responsabilidade de terceiros figurantes no título.

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Aparte): A decisão do mandado de segurança está encimada pela ementa que V. Exa. transcreve no relatório. Diz a ementa de forma expressa:

“Concessão de medida liminar *initio litis* em ação cautelar inominada, suspendendo as execuções e protestos de títulos pactuados em bancos ou congêneres.”

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Esta ementa, eminente Ministro FONTES DE ALENCAR, é a mesma, geralmente adotada pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo em numerosos casos semelhantes. O d. voto do Desembargador Relator do mandado de segurança, no Tribunal de origem, esclarece circunstanciadamente o fato,

referindo que aquele colegiado mantém, por assim dizer, esta doutrina jurisprudencial; e numerosas têm sido, aliás, as ações cautelares ali propostas, com este objetivo, muitas delas já aqui apreciadas, em recursos especiais nos quais esta ementa não tem, a meu ver, maior significação, em termos de acentuar aspectos próprios desta demanda, à qual fiz referência há pouco.

O SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Eminentíssimo Ministro-Relator, indagaria a V. Exa. se o provimento seria total e permissivo tanto das execuções como dos protestos, ou se o provimento seria apenas parcial, reformando o acórdão apenas na parte referente à ação de execução.

ADITAMENTO AO VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, o provimento do recurso, tal como V. Exa. oportunamente alvitrou, há de ser parcial, pois é o banco portador do título (banco credor) que está inconformado com a liminar concedida na ação cautelar proposta pelo devedor originário. Não há nos autos intervenção de outros obrigados por este título; e o próprio título não consta reproduzido nos autos, de tal modo que se pudesse aferir da existência de coobrigados (endossantes, etc.).

Assim, quanto à suspensão do protesto, neste caso, já é aplicável jurisprudência já reiterada de que pode ser susgado, mediante caução; e no caso dos autos, existe caução em dinheiro (embora não corresponda àquilo que, segundo o autor da ação cautelar, é exigido pelo banco, que pretende valor menor). Mas, de qualquer forma, essa garantia pode ser objeto de alguma reclamação, por parte do banco, de modo a ser complementada, se for o caso.

Por isso, opto por prover o recurso, em parte, ou seja, para tão-somente manter a sustação do protesto.

É como voto, agora, em aditamento.

ADITAMENTO AO VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Aditaria ao meu voto, diante da ponderação do Eminentíssimo Ministro Fontes de Alencar, lembrança de que o tema já foi abordado também no Recurso em Mandado de Segurança nº 97, de que fui Relator e cuja ementa me permito citar:

“MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. RECURSO ORDINÁRIO.

Em princípio, o mandado de segurança não é sucedâneo recursal, sob pena de subversão de todo o sistema de formas, termos e preclusões imprescindíveis à operacionalidade do processo. Torna-se necessário, de regra, que seja interposto o recurso cabível, utilizado então o *writ* para obstar eventual dano irreparável na pendência do recurso, que não tenha efeito suspensivo.

Caso, todavia, de caráter excepcional, em que o juiz vedou ao impetrante o acesso à Justiça, mediante determinação ao Distribuidor forense. Uso do *mandamus*, independentemente da interposição de agravo, como instrumento de tutela a uma garantia constitucional fundamental ao Estado de Direito.

A propositura da ação declaratória de inexistência de débito não impede o ajuizamento de ação de cobrança ou de execução.

Recurso ordinário provido”.

Então, o tema já foi, também pela via do mandado de segurança, embora em caráter excepcional, decidido por esta Turma no mesmo sentido agora propugnado.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, o voto do eminente Relator consona com a jurisprudência desta Corte, jurisprudência iterativa, no sentido de que o poder cautelar genérico do Juiz não pode servir de óbice ao exercício do direito de ação. De todos os precedentes a que aludiu V. Exa., pode-se verificar que as decisões desta Corte adotadas em recursos especiais — de minha parte mesmo, fui relator de Recurso Especial, salvo engano — em que o tema foi afluído, e a decisão adotada também foi no mesmo sentido da agora assumida pelo eminente Relator.

No caso presente, trata-se de mandado de segurança contra ato judicial, e, está a parecer a mim, que o mandado de segurança foi usado como sucedâneo do recurso próprio, o que, em princípio, não seria tolerado. Mas, ante a teratía do caso, o Juiz bloqueando o acesso de alguém ao Judiciário, é de ser admitido o uso do mandado de segurança.

Feitas essas observações, coerente com manifestações em casos anteriores, guardando harmonia com a jurisprudência da Corte e precisamente desta Turma, acompanho o eminente Relator, não só no que toca à impossibilidade de bloqueio de acesso ao Judiciário, bloqueio pela via cautelar, como pelas razões expostas por V. Exa. e agasalhadas pelo Relator, também acompanho o eminente Relator no que tange à suspensão do protesto dos títulos.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 830 — ES — (91.0001792-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: Financiadora Brasdesco S/A — Crédito, Financiamento e Investimentos. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Impdo.: Juízo de Direito da Vara Cível de Domingos Martins-ES. Recdos.: Cafeeira Irmãos Stock Ltda. e outros. Advs.: Eduardo Guimarães M. Pereira e outros, Ivon Alcure do Nascimento.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso. (4ª Turma — 23/10/91).

Votaram com o relator os Srs. Ministros Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 907 — MT (Registro nº 91.49190)

Relator: Sr. *Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Cleber Freire da Silva Pereira*

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

Impetrado: *Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso*

Advogado: *Dr. José Simioni*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ESTABILIDADE. SERVIÇO PRESTADO EM CARÁTER TEMPORÁRIO. ARTIGO 19 DO ADCT.

A estabilidade excepcional prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988, não atinge os ocupantes de função temporária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os 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 retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: O Doutor Cleber Freire da Silva Pereira era Pretor, nomeado por prazo certo, e não obtendo a pretendida estabilidade na esfera administrativa, impetrou mandado de segurança.

Também não alcançou êxito.

Daí o presente recurso ordinário.

O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República muito bem sumariou à espécie, *in verbis*:

“Trata-se de recurso em mandado de segurança impetrado contra ato do Egrégio Tribunal Pleno e Chefe do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso, Des. Flávio José Bertin, visando o impetrante a sua estabilidade no serviço público, invocando o art. 19 do ADCT, da Constituição Federal em vigor.

O Egrégio Tribunal denegou a ordem por entender que:

**EMENTA: — ESTABILIDADE EXCEPCIONAL —
ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIO-**

NAIS TRANSITÓRIAS — FUNÇÃO TEMPORÁRIA —
CONTRATAÇÃO POR UM BIÊNIO COM RECONDUÇÃO
UMA VEZ — PRETOR DO JUIZADO DE PEQUENAS
CAUSAS — LEI ESTADUAL Nº 5.101, DE 17.12.86 — IN-
DEFERIMENTO.

A Estabilidade prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Carta Magna em vigor, não beneficia o servidor público nomeado em caráter temporário cujo exercício foi de duração limitada no tempo. A nomeação *pro tempore* não dá direito à estabilidade excepcional do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.” (fls. 97).

No seu recurso ordinário, fundado no art. 105, II, letra *b*, da Constituição Federal, o impetrante insiste no direito à estabilidade no serviço público porque:

— era servidor público do Estado, contratado que fora, há 11 anos, 11 meses e 8 dias à época da promulgação da CF de 1988, como Pretor;

— não fora admitido na forma regulada pelo art. 37 da Constituição Federal.

Alegando, pois, que pretende estabilidade no serviço público e não no cargo de Pretor, invoca o art. 19 do ADCT, dizendo-se beneficiário do que ali se contém.

Contra-razões às fls. 91/92.

O parecer do Ministério Público Federal adota as razões do voto vencedor para opinar pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: A nomeação do impetrante foi sempre *pro tempore*, a exemplo do que ocorre, para mencionar apenas uma das hipóteses, com os advogados nomeados para integrarem os Tribunais Eleitorais. Trata-se de investidura temporária.

Do mesmo modo, foi o requerente nomeado, a prazo certo, para exercer as funções de “Pretor”, em caráter temporário, como previa, aliás, a própria lei estadual que instituiu o Juizado Especial de Pequenas Causas.

O Supremo Tribunal Federal, como lembrado no parecer a que se referiu o relatório, já se pronunciou sobre o tema quando da Constituição de 67, entendendo, na mesma linha de raciocínio, que a estabilidade não alcança funções temporárias.

Tal entendimento é prestigiado por maciça corrente doutrinária destacada no voto do eminente relator do acórdão sob exame.

Também aqui, neste Superior Tribunal, bem recentemente, a questão veio a debate, oportunidade em que se assentou o seguinte: “Mesmo aceitando-se como comprovado o requisito do exercício continuado (os autos deixam dúvida a respeito — fls. 53 e seguintes), o parágrafo 2º do art. 19 abre exceção, não aplicando o benefício aos ocupantes de funções temporárias, nem aos que a lei declare de livre exoneração.

O princípio vem desde a Constituição de 1967, quando se entendia que a estabilidade prevista no art. 177, § 2º, não abrangia funções temporárias (RDA 104/147 — RE 67.477, Relator Ministro Luiz Gallotti). Por isso é que, diz o eminente Subprocurador, a hipótese versada nos autos está submetida ao alcance da expressão jurídica **função temporária**. Sendo assim, não se recusa homenagem ao decisório.

Finalmente, lembra o recorrido, nas contra-razões, a lição de Ivan Barbosa Rigolin, ao comentar o prefalado art. 19 (O Servidor Público na Constituição de 1988, pág. 140): ‘os servidores admitidos temporariamente sob regime administrativo especial **não se estabilizam**’. É pretender estável quem foi admitido para serviço temporário por um regime especialmente autorizado pela Constituição para isso é negar a letra, o espírito, o escopo e a razão da existência do art. 19 do ADCT, e negar vigência ao que dispõe seu § 2º” (RMS 789-SC).

Nego, pois, provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 907 — MT — (91.49190) — Rel.: Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Cleber Freire da Silva Pereira. T. Origem.: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Impdo.: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Adv.: Dr. José Simioni.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 05.08.91 — 2ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 941 — SC
(Registro nº 91.0006191-3)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros*

Recorrente: *Norberto Sens*

Recorrido: *Estado de Santa Catarina*

Impetrado: *Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina*

Advogados: *Drs. Nilo Marcos Andrade e outro e Osmar José Nora*

**EMENTA: ADMINISTRATIVO — ESCRIVÃO
SUBSTITUTO — SUA EFETIVAÇÃO COMO ESCRI-
VÃO JUDICIAL — ART. 14 DO ADCT, CONSTITUI-
ÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA.**

**Inda que se deixe ao largo a patente inconstitu-
cionalidade do art. 14 do ADCT de Santa Catarina, é
impossível fugir à evidência de quem não contava,
em cinco de outubro de 1989 (data em que se promul-
gou a Constituição) os três anos de substituição ca-
rece de direito a ser efetivado como Escrivão judi-
cial.**

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de novembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Norberto Sens — ora recorrente — impetrou Mandado de Segurança contra ato da Presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O ato contra o qual se pede amparo se traduziu no indeferimento do pedido do impetrante, no sentido de ser efetivado no cargo de Escrivão Judicial.

O Recorrente se diz protegido pelo art. 14 das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Santa Catarina, assim expresso:

“Art. 14 — Fica assegurada aos substitutos das serventias, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que investidos na forma da lei, estejam em efetivo exercício, pelo prazo de três anos, na mesma serventia, na data da promulgação da Constituição.”

A pretensão do Recorrente parte da assertiva de que atende a todos os pressupostos exigidos pela regra transitória, a saber:

- a) foi investido no cargo de Agente Judiciário em decorrência de concurso público;
- b) a partir de cinco de novembro de 1985;
- c) tornou-se substituto potencial do Escrivão Judicial, desde sua investidura;
- d) responde pelo cargo, que se encontra vago, a partir de 17.08.87.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina denegou a segurança, em acórdão, resumido nesta ementa:

“MANDADO DE SEGURANÇA — RECONHECIMENTO DE EFETIVAÇÃO NO CARGO DE ESCRIVÃO JUDICIAL — APLICAÇÃO DO ART. 14 DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CARTA ESTADUAL — INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA TENDO EM VISTA O IMPETRANTE NÃO PREENCHER OS REQUISITOS NECESSÁRIOS A OBTENÇÃO DO PLEITO.

Os Agentes Judiciários, por força de Resolução, poderão substituir os Escrivães Judiciais, entretanto esta característica não é específica a este ou aquele Agente Judiciário. Assim, não pode um Agente Judiciário intitular-se de “Substituto de Escrivão”. (fls. 108).

O recurso ordinário visa a reforma deste acórdão.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): O Recorrente, investido, desde cinco de novembro de 1985, mediante concur-

so público, no cargo de Agente Judiciário, pretende efetivar-se como Escrivão Judicial.

Procura abrigar a pretensão no art. 14 das Disposições Transitórias integrantes da Constituição do Estado de Santa Catarina, assim expresso:

“Art. 14 — Fica assegurada aos substitutos das serventias, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que investidos na forma da lei, estejam em efetivo exercício, pelo prazo de três anos, na mesma serventia, na data da promulgação da Constituição”.

Afirma que, desde a posse, era substituto potencial do Escrivão. Diz, ainda, que a partir de quando este se aposentou (em 17 de agosto de 1987), vem respondendo pela serventia.

O acórdão recorrido denegou a segurança, desenvolvendo a seguinte linha de raciocínio:

“Na qualidade de Agente Judiciário, pelo que dispõe o art. 2º, parágrafo único, da Resolução DA nº 27.03.85/01, com a redação da Resolução DA nº 22.08.85/06, poderá substituir o Escrivão Judicial, nos afastamentos, desde que não tenha outro Escrivão, ou estando este impedido.

Ora, esta condição é imposta a todos os Agentes Judiciários que encontram-se lotados em uma mesma serventia. Assim, não existe exclusividade, o que não é o caso de Oficial Maior, que conforme dispõe o art. 335, do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado (Lei nº 5.624/79) é este o Substituto do titular da serventia.

Assim, em uma mesma serventia sempre se terá mais de um Agente Judiciário capaz, por força do que dispõe as já referidas Resoluções, de substituir, nos seus afastamentos, o Escrivão Judicial. Daí resta o critério: havendo mais de um Agente Judiciário em uma mesma serventia, qual deles vai substituir o Escrivão? A legislação é omissa. Qualquer Agente Judiciário poderá fazê-lo.

Acrescente-se a isto que o simples fato de o Agente Judiciário vir a substituir o Escrivão em uma oportunidade não quer dizer que este é o substituto natural daquele. Em outra oportunidade, outro Agente Judiciário poderá perfeitamente substituir o Escrivão Judicial.

Tira-se em conclusão que todos os Agentes Judiciários por força da Resolução, poderão substituir os Escrivões Judiciais,

entretanto esta característica não é específica a este ou aquele Agente Judiciário. Assim, não pode um Agente Judiciário intitular-se de “Substituto do Escrivão”.

Ora, se esta condição não existe, o impetrante não pode sustentar a tese de que é SUBSTITUTO do Escrivão Judicial, pois todos os demais Agentes Judiciários também o são. Em conclusão, não existe a figura do Substituto do Escrivão para o Agente Judiciário, salvo raras exceções.

O art. 14, que assegura o pleito contido na exordial, menciona que a efetivação no cargo de titular é assegurada ao substituto da serventia, desde que estejam em efetivo exercício pelo prazo de três anos na mesma serventia.

Como visto, para fazer jus ao benefício pretendido, deveria o impetrante demonstrar que era o substituto da serventia e esta condição não restou demonstrada nos autos, a favor do impetrante”. (fls. 110/112).

O acórdão merece confirmação.

Mesmo que se deixe ao largo a patente inconstitucionalidade do art. 14 das Disposições Constitucionais Transitórias Catarinenses, é impossível fugir à evidência de que o impetrante não contava em 5 de outubro de 1989 (data da promulgação da Constituição) os três anos de efetivo exercício na substituição.

Nesta circunstância, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 941 — SC — (91.6191-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: Norberto Sens. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Impdo. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Recdo.: Estado de Santa Catarina. Advs.: Drs. Nilo Marcos Andrade e outro; Osmar José Nora.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso.

Participaram do julgamento: os Exmos. Ministros Pedro Acioli e Garcia Vieira. (1ª Turma — 13/11/91).

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 961 — GO
(Registro nº 91.66672)

Relator: *Sr. Min. Américo Luz*

Recte.: *Supermercado Anápolis Ltda.*

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

Impdo.: *Secretário da Fazenda do Estado de Goiás*

Recdo.: *Estado de Goiás*

Advs.: *Altair Garcia Pereira e outro e Jordi Machado*

EMENTA: “MANDADO DE SEGURANÇA. COBRANÇA ANTECIPADA DO ICMS, CONSUBSTANCIADA NA EDIÇÃO DO ATO NORMATIVO Nº 135, DO SECRETÁRIO DO ESTADO DA FAZENDA DE GOIÁS. LEI EM TESE.

Sem que tenha havido qualquer medida de execução contra interesse da impetrante, porquanto pede apenas a declaração da ilegalidade da cobrança antecipada do ICMS, descabe a impetração.

Recurso improvido.”

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 anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 29 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Segurança impetrada contra ato do Sr. Secretário do Estado da Fazenda de Goiás, consistente

na edição do Ato Normativo nº 135, que exige a cobrança antecipada do ICMS nos casos dos produtos nele relacionados, oriundos de outros Estados da Federação, foi pelo acórdão de fls. decidida nos termos da seguinte ementa, *verbis* (fls. 89):

“EMENTA: Mandado de Segurança. Ato Normativo GSF nº 135/89 da Secretaria da Fazenda de Goiás. Lei em tese. O Mandado de Segurança não presta para atacar norma em tese, como na hipótese dos autos, em que a impetrante não se encontra atingida pelo mencionado ato normativo.”

Daí o recurso interposto, reiterando a impetrante-recorrente a argumentação de que a cobrança antecipada do tributo em questão é ilegal.

Parecer, às fls. 108/109, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): No julgamento do RMS nº 760, também oriundo do Estado de Goiás, apreciei questão idêntica.

Naquela oportunidade, como relator, proferi o seguinte voto:

“Tenho com razão o douto Procurador de Justiça que, nestes autos, emitiu parecer, pois a hipótese é, por sem dúvida, de mandado de segurança contra lei em tese.

Nenhum ato de execução praticado contra a impetrante que pudesse ser caracterizado como violador de seu direito líquido e certo.

O ato contra o qual se insurge a impetrante não é de natureza auto-aplicável.

Disso resulta que nenhuma razão que possa justificar a impetração da presente segurança.

Configurada assim a hipótese da impossibilidade jurídica do pedido.”

De fato, o impetrante ao ajuizar o Mandado de Segurança apenas requereu fosse declarada a ilegalidade da cobrança antecipada do ICMS, pretendida nas aquisições de mercadorias de outros Estados, exigida através do Ato Normativo nº 135, do Secretário da Fazenda do Estado

de Goiás, sem que tenha havido qualquer medida de execução contra interesses seus.

Quanto ao caráter preventivo que o recorrente quer imprimir ao *mandamus*, parece-me de todo improcedente, porquanto o Ato Normativo nº 135 se me afigura como legal, desvestido, pois da intimidação necessária para justificar a demanda preventiva, posto que "...para a caracterização da ameaça, deve haver um ato injusto que constitua em um risco passível de prejuízo decorrente desse ato. O simples receio daquele ato constitutivo, não legitima a impetração de mandado de segurança, pois estaríamos apenas no campo da subjetividade."

O acórdão, publicado no DJ de 18.03.91, está assim ementado:

"MANDADO DE SEGURANÇA. COBRANÇA ANTECIPADA DO ICMS, CONSUBSTANCIADA NA EDIÇÃO DO ATO NORMATIVO Nº 135, DO SECRETÁRIO DO ESTADO DA FAZENDA DE GOIÁS. LEI EM TESE.

Sem que tenha havido qualquer medida de execução contra interesse da impetrante, porquanto pede apenas a declaração de ilegalidade da cobrança antecipada do ICMS, descabe a impetração.

Recurso improvido."

Do exposto, nego provimento ao recurso.

VOTO — VOGAL

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, é mais um caso de uma série de mandados de segurança que subiram oriundos do Estado de Goiás. Julguei, pelo menos, três há pouco tempo: os de nºs 772, 765 e 757. E, se bem me lembro, todos eles com a mesma solução, inclusive adotando os esclarecimentos prestados pelo Eminentíssimo Sr. Ministro Ilmar Galvão. De acordo com o relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 961 — GO — (91.6667-2) — Rel.: Min. Américo Luz. Recorre.: Supermercado Anápolis Ltda. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Impdo.: Secretário da Fazenda do Estado de Goiás. Recdo.: Estado de Goiás. Advs.: Altair Garcia Pereira e outro e Jordi Machado.

Decisão: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso." (2ª Turma — 29.05.91).

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

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.039 — SP

(Registro nº 91.0010143-5)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrentes: *Cícero Gomes da Silva e outros*

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

Impetrado: *Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Joel Aholiab Rosa e Silva e outro e Adriana de Soveral e outro*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ERRO GROSSEIRO. SÚMULA Nº 272-STF. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

Constitui erro grosseiro a interposição de recurso especial pelo ordinário contra decisão prolatada por Tribunal em instância única, em mandado de segurança. Adaptação da Súmula nº 272 do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Através de Recurso Especial fundamentado no art. 105, inciso III, letra *a*, da Constituição Federal, CIRO GOMES DA SILVA E OUTROS (3), Vereadores da Câmara Municipal de Ribeirão Preto-SP; impugnam acórdão proferido, em instância única, pelo Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo que julgou extinto, sem apreciação do mérito, mandado de segurança por eles impetrado contra ato do Presidente do Tribunal de Contas daquele Estado.

Alegando violação dos arts. 326 e 327 do CPC, pedem seja anulada a decisão recorrida em virtude de irregularidade processual — ausência de contraditório — eis que, suscitada a ilegitimidade passiva da autoridade coatora, dever-se-ia abrir prazo aos impetrantes para que se manifestassem sobre a preliminar, ou reformar-se o acórdão para reconhecer a legitimidade da referida autoridade, concedendo-se a segurança.

Lastreando-se em entendimentos doutrino-jurisprudenciais, o Ministério Público Estadual opinou pelo não-processamento do recurso por ser inadmissível sua conversão em ordinário, face à configuração de erro grosseiro (fls. 151/153).

Devidamente contra-arrazoado (fls. 157/158), o apelo foi admitido pelo Exmo. Vice-Presidente do Tribunal *a quo* que o recebeu “como recurso ordinário (artigo 105, II, *a*, CF), atendo ao princípio da fungibilidade recursal” (fl. 159).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovemento, entendendo inaplicável o princípio da fungibilidade na ocorrência de inegável erro grosseiro, já que a irrisignação dos impetrantes foi manifestada quando transcorrido mais de um ano da vigência da atual Carta Política.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O recurso especial foi interposto em outubro/1990, vale dizer, quando já de-

corridos dois (2) anos de vigência da Constituição e praticamente seis (6) meses da promulgação da Lei nº 8.083, que regulamentou o recurso ordinário, cujos pressupostos de admissibilidade e efeitos são inteiramente diversos do especial.

Incide, na hipótese, a Súmula 272 do STF — “Não se admite como ordinário recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança” — adaptada ao recurso especial, por isso mesmo que não se pode deixar de conceituar como erro grosseiro a interposição de recurso especial pelo cabível recurso ordinário.

Não conheço do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. Embora não convencido processualmente, curvo-me à interpretação do Supremo Tribunal Federal, que é a última palavra em matéria constitucional.

Ressalvando o meu ponto de vista, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.039 — SP — (91.0010143-5) — Rel.: Min. Peçanha Martins. Rectes.: Cícero Gomes da Silva e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Joel Aholiab Rosa e Silva e outro e Adriana de Soveral e outro.

Após o voto do Sr. Ministro-Relator (Peçanha Martins), não conhecendo do recurso, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Américo Luz, Pádua Ribeiro e José de Jesus, pediu vista o Sr. Ministro Hélio Mosimann. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ. 11.09.91 — 2ª Turma.

VOTO — VISTA

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Impugnando acórdão denegatório de decisão proferida em mandado de segurança originário, os impetrantes interpõem recurso especial.

De acordo com parecer exarado pela douta Subprocuradoria-Geral da República, o eminente relator não conhecia do especial, por manifestamente incabível, configurando erro grosseiro.

A tese aqui discutida, pelo que concluí ao exame dos autos, assemelha-se àquela discutida, em preliminar, nos Recursos em Mandado de Segurança nºs 501 e 775, ambos procedentes de São Paulo: — mesmo não decidido o mérito do mandado de segurança, cabível é o recurso ordinário, como decorre do texto constitucional (art. 105, II, *b*).

Por isso, neste caso, acompanho o relator, **não conhecendo do recurso especial** interposto.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.039 — SP — (91.0010143-5) — Rel.: Min. Peçanha Martins. Rectes. Cícero Gomes da Silva e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Joel Aholiab Rosa e Silva e outro e Adriana de Soveral e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Hélio Mosimann, a Turma por unanimidade, não conheceu do recurso. (18.09.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.