

FUNCIONARIO PÚBLICO — PROVIMENTO — PROFESSOR

— A lei não pode designar ou individuar as pessoas que devam ser providas nos cargos públicos, por ela criados mas, apenas, estabelecer requisitos e condições para a nomeação.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

Requerente: Raquel Souto

**Mandado de segurança n.º 1.022 — Relator: Sr. Desembargador
MARTINHO GARCEZ NETO**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 1.022, de 1955, em que é impetrante

Raquel Souto, e impetrado o Exmo. Sr. Prefeito do Distrito Federal:

Acordam os Juizes da 6.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, preliminarmente, e por

votação unânime, rejeitar a arguição de incompetência da Câmara; e, *de meritis*, denegar a medida, por maioria de votos, vencido o Des. Narcélio de Queirós que deferia o mandado. Custas *ex lege*.

Pretende a impetrante, com apoio na Lei n.º 726, de 12 de setembro de 1952, ser nomeada, em caráter efetivo, professora do ensino secundário ou do ensino técnico da Prefeitura, em uma das vagas existentes, uma vez que logrou provar haver satisfeito os requisitos legais desse provimento;

1.º matrícula na extinta Universidade do Distrito Federal;

2.º Transferência compulsória para a Faculdade Nacional de Filosofia, onde concluiu o curso, diplomando-se em filosofia;

3.º registro de professor do ensino secundário.

Preliminarmente, a competência desta Câmara não pode ser posta em dúvida. Não se configura, no presente caso, nenhuma das hipóteses previstas pelo art. 35, n.º III, do Código de Organização Judiciária, com a nova redação que lhe deu o art. 71, da Lei n.º 1.301, de 1950:

De meritis, a segurança *in casu* não é de ser concedida. De vários modos se pode demonstrar a inexistência de ofensa a direito líquido e certo da requerente, pressuposto legal do *mandamus* impetrado.

Em primeiro lugar, é de ressaltar-se a constitucionalidade duvidosíssima da Lei Municipal n.º 726, de 1952, em que se ampara, ou para usarmos as expressões felizes de Calamandrei, “a ilegitimidade constitucional” da referida Lei Municipal, a ser ela entendida como pleiteia a requerente.

Com efeito, é dogma constitucional incontroverso, pelo menos em nossa organização política, baseada na divisão dos poderes da República, que compete ao Poder Legislativo — criar e extinguir cargos públicos, e fixar-lhes os vencimentos, sendo, porém, do Poder Executivo a atribuição de os prover: o que equivale a dizer que o Le-

gislativo não pode criar cargos públicos designando as pessoas que devem nêles ser providas.

Este princípio foi consagrado pelo egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em sessão plena e em acórdãos que se pode ter como paradigma da boa doutrina e pacífica entre nós, resumida nesta ementa: “Sendo as leis gerais, não podem conter disposições particulares da alçada de outro poder, como seja o provimento de cargos públicos” (acórdão de 3 de novembro de 1948, em grau de embargos — Relator: Desembargador Manuel Carlos — *Revista de Direito Administrativo*, vol. 18, pág. 53). O acórdão embargado, do mesmo Tribunal, havia assentado esta norma: “O Poder Legislativo não pode criar cargos designando as pessoas que devem nêles ser providas” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 17, pág. 173).

Aliás, essa diretriz já estava traçada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, ao confirmar memorável sentença de Otávio Kelly, proferida quando ainda Juiz na 2.ª Vara Federal (*Revista do Supremo Tribunal Federal*, vol. 79, pág. 162 e vol. 87, págs. 81-91).

Chegou-se, assim, à conclusão de que o Legislativo não pode individuar a pessoa ou pessoas a quem deve o Executivo escolher para desempenhar determinada função ou preencher determinado cargo público, pois, só lhe será permitido declarar a classe de cidadãos ou profissionais sobre os quais recairá a preferência do Governo federal, estadual ou municipal. Isto é, o que o Legislativo pode fazer é estabelecer condições de capacidade especial para as nomeações, como é expresso da Constituição (art. 63), sendo-lhe, porém, defeso delimitar que o Executivo nomeie este ou aquele cidadão para este ou aquele cargo.

Alaim de Almeida Carneiro, com admirável penetração do assunto, focaliza o problema nestes termos precisos e elucidativos: “Pode o legislativo traçar as condições gerais para o provi-

mento dos cargos, limitando inclusive a amplitude de escolha do Executivo, de acôrdo com o disposto no art. 184 da Constituição federal. A igualdade perante a lei, a garantia assegurada a todos de acesso aos cargos públicos, e a atribuição privativa do Presidente de provê-los não podem obstar a que a lei fixe *requisitos gerais e trace condições especiais de provimento*. O que não é possível é *ilidir a escolha do executivo*, designando determinada pessoa, ou, como diz Pontes de Miranda, *acentuando por tal forma os pressupostos da nomeação que sòmente uma ou duas pessoas possam ser as escolhidas*" (Revista de Direito Administrativo, vol. 18, pág. 56).

Carlos Maximiliano, ao observar que o poder de nomear constitui uma das funções mais importantes do Executivo, acrescenta: "Por sua vez, o Legislativo, nem sequer ao instituir o emprêgo, pode designar a pessoa que o ocupará, modo que ilude o direito de escolha, prerrogativa presidencial... Portanto, se as Câmaras designarem de tal modo o destinatário de um emprêgo, que outro não possa pelo Presidente ser nomeado, a disposição é inconstitucional, não deve ser cumprida, equivale a não ter jamais existido" (Comentários à Constituição Brasileira de 1891, págs. 502-504).

Esse dogma constitucional conserva tôda a atualidade, visto como se manteve o preceito, segundo o qual, compete privativamente ao Presidente da República prover, na forma da lei e com as ressalvas estatuídas pela Constituição, os cargos públicos federais (Constituição de 1934 art. 56, n.º 14; Constituição de 1937, art. 74, L; e Constituição de 1946, art. 87, n.º 4), preceito este incorporado às Constituições estaduais, relativamente ao Chefe do Executivo estadual, como, também, trasladado para a Lei Orgânica do Distrito Federal (Lei n.º 217, de 15 de janeiro de 1948), decretada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, onde, no título 1.º, capítulo 2.º, seção 4.ª, que

trata "Do Poder Executivo", está disposto que "ao Prefeito do Distrito Federal, competir-lhe-á, especialmente, prover os cargos públicos, nomeando, etc. ... nos termos da Constituição e das leis vigentes" (art. 25, § 1.º, VII).

Resumindo: *não poderá a lei dizer quem deve ser o escolhido para determinado cargo: limitar-se-á a traçar os requisitos gerais e condições especiais da nomeação*".

Ora, que pretende a impetrante? — Nada mais e nada menos do que a efetivação compulsória, automática e preferencial no cargo de professor do ensino secundário, ou técnico, que, por lei sòmente pode ser provida, em tal caráter, mediante concurso de provas e títulos (Decreto-lei n.º 9.909).

Em síntese: o papel do Chefe do Executivo local ficaria reduzido a uma tarefa simplesmente homologatória ou mesmo aquém dessa atribuição ou competência. No entender da impetrante, esta foi provida no aludido cargo por disposição expressa de lei, por ato do Poder Legislativo municipal, só restando ao Chefe do Poder Executivo curvar-se à nomeação decorrente da Lei n.º 726 e segundo o critério nela fixado.

Entretanto, justamente nisto, e pelas razões expostas, é que a Lei n.º 726 seria fulminada de "ilegitimidade constitucional", para usar as felizes expressões de Calamandrei: porque, então, teria havido *desvio de poder*, com a usurpação, pelo Legislativo, de atribuição constitucional privativa do Executivo (federal, estadual ou municipal), que, inquinando o ato de incompetência, estaria, ao mesmo determinando, a sua inconstitucionalidade manifesta, flagrante, irretorquível, dentro da divisão clássica dos poderes da República, a que obedece a nossa organização política.

Assegurando à impetrante o direito de ser nomeada para o magistério secundário e técnico da Prefeitura, o que a Lei n.º 726 fez foi assegurar-lhe o direito de ser provida no referido car-

go, na forma e nos limites da lei. Seria em pura perda, inútilmente, que a lei asseguraria o direito de uma pessoa ser nomeada para um cargo público, desde que não subordinasse a nomeação à forma e limites da lei. A própria Constituição — assinala Alaim de Almeida Carneiro (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 18, pág. 58) — quando autoriza a *prover*, isto é, a dar preenchimento a um cargo vago, manda fazê-lo na forma e nos limites da lei: “prover, na forma da lei e com as ressalvas estatuidas por esta Constituição, os cargos públicos federais” (art. 87, V). O mesmo se dá com a Lei Orgânica do Distrito Federal (art. 25, VII): “prover... nos termos da Constituição e das leis vigentes”.

Mas se o *provimento* da impetrante, mediante *nomeação*, nos cargos do magistério secundário e técnico da Prefeitura, embora apadrinhado pela Lei Municipal n.º 726, somente poderia se dar “nos termos da Constituição e das leis vigentes”, como se pode falar em direito líquido e certo à *nomeação compulsória, automática e preferencial, erga omnes*, da impetrante (observada a condição única de se encontrar esgotada a relação da Lei n.º 375, de 1949), se a Lei federal n.º 9.909, de 17 de setembro de 1946, dispõe, imperativamente, que os cargos de professor do Ensino Secundário (Ginásio) e do Ensino Técnico (Curso Básico e Técnico) *serão preenchidos por concurso de provas e títulos* (arts. 7.º, § 2.º, 8.º, § 2.º e 9.º, pág. 3).

Acresce que a Constituição federal vigente, determina que para o provimento das cátedras, no ensino secundário oficial, exigir-se-á concurso de títulos e provas (art. 168, VI). Ora, a impetrante está pleiteando, com o presente mandado de segurança, o *provimento efetivo e compulsório, isto é, sem concurso, no magistério secundário e técnico da Prefeitura*, como direito líquido e certo que lhe estaria assegurado na Lei n.º 726. Aí, portanto, outra mácula inexpungível desse pressuposto legal da segurança impetrada.

Se a impetrante quer ser nomeada, sem concurso, para o magistério secundário municipal é claro que não se mostra, nesta pretensão, armada de “direito líquido e certo”, mas, apenas, formula pedido que contraria não somente o disposto no Decreto-lei n.º 9.909, como, também, o texto constitucional do art. 168, VI.

Diz-se, e era natural esperar essa objeção, que o art. 168, VI, da Constituição de 1946, referindo-se as cátedras do ensino secundário, só cogita do professor catedrático. Mas o argumento, *data venia*, não impressiona, porque o preceito constitucional usou de expressão genérica que, pelo próprio sentido etimológico do vocábulo, quer dizer “cadeira magistral” (Moraes) ou “cadeira de quem ensina” (Silva Bastos) e que, no direito administrativo, significa “cargo de magistério”. Vale dizer que a Constituição de 1946 só fez reproduzir, embora dando-lhe outra redação, o preceito já existente na Constituição de 1934 (art. 158), do teor seguinte: “É vedada a dispensa do concurso de títulos e provas no provimento dos cargos do magistério oficial, bem como, em qualquer curso, a de provas de habilitação, determinadas em lei ou regulamento”. Este preceito constitucional estabeleceria, realmente, que o provimento de cargos do magistério oficial, somente seria possível mediante concurso de títulos e provas, pois a sua dispensa ficou vedada.

Com efeito, se se entendesse que o art. 168, VI, só se refere a professor catedrático, o que não está escrito no dispositivo constitucional, — teríamos apenas isto — o provimento efetivo dos cargos do magistério secundário oficial, da Prefeitura, mediante concurso, ficaria *ad libitum* do legislador ordinário iludindo inteiramente o preceito constitucional, de manifesta importância para os destinos da Nação.

A verdade é bem outra. “A regra (do art. 168, VII) é destinada ao legislador ordinário. Este é que deverá adotar o princípio da exigência do

concurso de títulos e provas para o provimento das cátedras. Estabeleceu a Constituição um princípio que o legislador, por convocação expressa, deverá introduzir na legislação do ensino. Este princípio tem um conteúdo indeclinável que é a exigência do concurso de títulos e provas” (Alaim de Almeida Carneiro, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 23, pág. 214).

E tanto isto é verdade que o Decreto-lei n.º 9.909, estabeleceu que os cargos de professor do ensino secundário, do ensino técnico da Prefeitura seriam providos mediante concurso de provas e títulos. Logo, se a impetrante tem, potencialmente, algum direito líquido e certo, é o de inscrever-se em concurso de títulos e provas, não podendo, em tal hipótese, ficar o concurso restrito aos interinos. Mas, é só e só. Nisto, puramente, cifra-se o direito da impetrante. Nunca, entretanto, iludir o requisito legal e constitucional da investidura, o concurso de provas e títulos, de que não pode ser excluída, mas de que terá de prestar, se quiser, realmente, ser provida em caráter efetivo no cargo de professor do ensino secundário ou técnico da Prefeitura.

Referindo-se ao citado art. 168, VI, Temístocles Cavalcânti escreve: “A disposição é imperativa e a ela se deve subordinar a legislação ordinária. Não pode haver temperamento na aplicação do preceito, qualquer que seja a forma de provimento — direto ou em virtude de transferência (*A Constituição Federal comentada*, I, pág. 103).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, honrando as suas gloriosas tradições de cultura e discernimento jurídico, já deu ao art. 168, VI, em mais de uma oportunidade a aplicação adequada, sendo de recordar-se o que, em brilhante declaração de voto, assinalado ficou pelo Dr. Herotides da Silva Lima: “O art. 168, VI, da Constituição federal, teve como finalidade selecionar o professorado secundário oficial, e o superior oficial ou não, animando a formação das elites universitárias, fundamentais à civilização contemporânea e condi-

ção mesma de vida e predomínio das Nações. O ensino é hoje, como bem focaliza Temístocles Cavalcânti “um problema político, porque sem a instrução, a democracia é um régio condenado” (*Tratado de Direito Administrativo*, I, pág. 504). As lições de duas guerras têm demonstrado que são principalmente os homens de estudos sérios, os pesquisadores e inventores que têm assegurado a sobrevivência dos seus países, seu prestígio e respeito na comunidade das Nações, apesar do trabalho negativo dos seus políticos. “... Era tal a anarquia do ensino (infelizmente ainda dominante) que se impunha uma providência tendente a elevar o nível do professorado de maior responsabilidade pedagógica, já que os fatos escandalosos de incompetência de professores, até para formular questões em exames, alarmara os homens do governo e os legisladores. Num assunto desta importância nacional não é possível transigir, dando primazia a conveniências pessoais sobre a exigência constitucional do concurso de provas e títulos” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 28, págs. 138-9).

Mas, não há, imperiosamente, que se argumentar com o art. 168, VI, da Constituição federal para se chegar à conclusão de que o provimento efetivo da impetrante em que pese a Lei n.º 726, somente se pode dar em virtude de classificação em concurso de provas e títulos, quando, em igualdade de condições, poderia a mesma impetrante pretender a nomeação preferencial. E, que, e isto já foi esclarecido, a Lei n.º 9.909, contra a qual não prevalece a Lei n.º 726, dispõe que o preenchimento efetivo dos cargos de professor secundário ou técnico da Prefeitura somente se pode dar em virtude de concurso de provas e títulos.

Se o Prefeito estivesse obrigado, compulsoriamente, a nomear pessoas certas e determinadas, e em caráter efetivo, por força da Lei n.º 726, sem que nisto houvesse usurpação, pelo Legislativo municipal, de atribuições privativas do Executivo, o certo é que a

referida lei não fixou prazo para as nomeações.

Ora, como é corrente e moente em direito administrativo, a nomeação, constitui, por definição, ato discricionário do Governo, salvo quando a lei estabelece forma especial (Temístocles, *Instituições*, II, pág. 610), inclusive quando fixa prazo dentro no qual devem ser feitas as nomeações, pois, então, a limitação legal terá que ser observada.

O direito à nomeação, no caso em que a lei não fixa prazo para que o ato se complete, traduz, apenas, uma situação jurídica abstrata (Sentença do Dr. Clovis de Moraes Barros, confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 7, págs. 217-218), que caracteriza mera expectativa de direito, e não um direito subjetivo, líquido e certo, amparável por mandado de segurança. Na verdade, a Administração não é obrigada a nomear em prazo determinado, ou logo que se o exija, se a lei não fixou prazo para a nomeação.

O insigne jurista, Professor e Desembargador Mário Masagão, em notável parecer, perfilhou a doutrina invocada, nestes termos: "Cabe, exclusivamente, à Administração ajuizar da oportunidade e conveniência do provimento, de maneira que, quando a lei não lhe estipula prazo, a dilatação nenhum direito pode violar" (*Revista de Direito Administrativo*, I, pág. 693, parecer).

E' em tal sentido o parecer dos seguintes juristas brasileiros: Francisco Campos, Antão de Moraes, Miranda Valverde, Mendes Pimentel, Mário Masagão, Costa Manso, Levi Carneiro, Matos Vasconcelos, Carvalho Mourão, Júlio Cesar de Faria e Carlos Maximiliano (*in Promoção por sentença*, editado pela Prefeitura de São Paulo; conf., também, *Revista dos Tribunais*, vol. 153, págs. 15-19, onde se encontram quase todos os pareceres referidos, e a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, pág. 191).

De resto, a impetrante não teria mandado de segurança nem mesmo para conseguir a abertura de concurso, porque não há direito líquido e certo à abertura de concurso em determinada época (ac. do Supremo Tribunal Federal, em sessão plena, e por unanimidade — Rel. Min. Lafayette de Andrada, *Revista Forense*, vol. 124, pág. 121).

Ora, que se dizer da pretensão da impetrante, que pretende ser provida em caráter efetivo e, imediatamente sem concurso de provas e títulos exigidos, expressamente, pelo Decreto-lei n.º 9.909, se não pela própria Constituição federal como professora do ensino secundário ou técnico da Prefeitura. Onde, pois, essa liquidez e certeza, que é pressuposto legal indeclinável do *mandamus*?

Logo, por tôdas estas razões, falece à requerente direito líquido e certo, violado por ato ilegal da autoridade municipal.

Rio de Janeiro, em 5 de agosto de 1955. — *Narcélio de Queirós*, Presidente vencido. — *Martinho Garcez Neto*, Relator. — Foi voto vencedor o Desembargador *Roberto Medeiros*. — *Garcez Neto*.

Narcélio de Queirós, Vencido. Concedida a segurança impetrada, para assegurar à impetrante o direito pleiteado na inicial, qual o de ser provida na vaga existente após a vigência da Lei n.º 726, observadas as exigências nela estabelecidas. A prova existente nos autos evidencia satisfazer a impetrante os requisitos estabelecidos por aquêle diploma legal.

O motivo alegado pela Municipalidade para não dar cumprimento à lei é, *data venia*, de evidente improcedência.

A exigência de concurso para o preenchimento do cargo de que se trata, decorre do Decreto-lei n.º 9.909, de 17 de setembro de 1946, que podia, a qualquer tempo, ser revogado, total ou parcialmente por lei ordinária. Vale notar que a própria informante, já defendeu, reiteradamente, a pura e simples revogação daquele decreto-lei, quan-

do pretendeu e conseguiu de certa maneira — hélas! — a escandalosa efetivação, sem concurso, de centenas de professores!

Não se tratando de cargo de carreira, nem de professor catedrático, o único dispositivo da Constituição, que teria relação com o caso, seria o art. 186, mas este é um dispositivo constitucional em branco, dependendo do que fôr

estabelecido pela lei ordinária, não foi vulnerado pela Lei n.º 726, que podia determinar coisas diversas do que estabeleceu o Decreto-lei n.º 9.909. Neste mesmo sentido é o acórdão da egrégia 7.ª Câmara Cível, proferido nos autos do mandado de segurança n.º 816, de 6 de abril de 1954”.

Ciente, Rio, 20-6-1956 — *Vitor Nunes Leal*.