ATO ADMINISTRATIVO — REVOGAÇÃO — APROVEITAMENTO DE FUNCIONÁRIO EM DISPONIBILIDADE

— Não é vedada à administração a cassação de seus atos ilegais, visto como, de tais atos, nenhum direito pode emanar para as pessoas em benefício das quais foram realizados.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Requerente: Roberto Luís Pimenta de Melo
Mandado de segurança n.º 1.637 — Relator: Sr. Ministro Orosimbo Nonato

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 1.637, do Distrito Federal, requerente Dr. Roberto Luís Pimenta de Melo.

Acorda o Supremo Tribunal Federal, integrando neste o relatório retro e na conformidade das notas taquigráficas indeferir o pedido, pagas as custas na forma da lei.

Rio, 16 de abril de 1952 (data do julgamento). — *José Linhares*, Presidente. — *Orosimbo Nonato*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Orosimbo Nonato — Impetra o Dr. Roberto Luís Pimenta de Melo mandado de segurança contra o ato (decreto) do Sr. Presidente da República que na versão por êle defendida "despojou, violentamente, o requerente do cargo da classe L da carreira de Biologista do Ministério da Educação e Saúde, em cujo gôzo pleno êle se encontrava, desde meses, promovido, que fôra, por antiguidade (doc.) a fim de colocar, nesse cargo, sob o pretexto de obediência ao art. 83, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, o biologista classe L, do antigo Quadro I do mesmo Ministério, Dr. Olímpio Oliveira Ribeiro da Fonseca (doc.), mandado readmitir no quadro do funcionalismo federal, mas em disponibilidade, pelo art. 24 do Ato das Disposições Transitórias de 18 de setembro de 1946".

Trata-se, ao que diz o impetrante, de "ato flagrantemente abusivo e violento".

Ao fito de prová-lo o impetrante, em abreviado:

— Ocorrida a vaga aberta pela promoção, no decurso de 1950, do biologista classe L, Dr. Guimarães Lacerda, foi o impetrante promovido por antiguidade àquele cargo, de que tomou posse, exercendo-lhe normalmente as funções.

Meses depois, entretanto, foi a promoção declarada sem efeito, e mais já havia ela produzido todos os seus naturais efeitos.

O argumento de outorgar o artigo 83 do Estatuto dos Funcionários preferência aos funcionários em disponibilidade para o preenchimento das vagas, desprevalece a tôdas as luzes:

a) antessuposto é da aplicação do art. 83 citado a ocorrência de vaga, que, no caso, não se verificava, por haver o requerente tomado posse do cargo a que fôra promovido;

b) nem se alegue com a pretensa irregularidade do ato, uma vez que o Doutor Olímpio estava percebendo vencimentos integrais e a preferência de que se trata foi suscitada no só benefício do funcionário em disponibilidade;

c) incivil era, ainda, no caso, a aplicação do art. 83, dada a diferença total que corre entre a disponibilidade prevista no art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e a disciplinada nos arts. 193, 194 e 195 do Estatuto dos Funcionários.

E' a primeira *reparação patrimonial*, embora parcial, contra dano sofrido pelo servidor, em virtude de desacumulação de cargos legalmente admitida.

A segunda é, ao revés, uma *ofensa de patrimônio* do funcionário, para puní-lo por indisciplina ou para atender à conveniência do serviço público, que suscitou a supressão do seu cargo. Daí, as diferenças que extremam uma da outra; com respeito à primeira, o aproveitamento do funcionário não é obrigatório (art. 24 do Ato das Disposições Transitórias), é largado ao critério do Govêrno, o que não ocorre no segundo caso, em que a preferência é obrigatória;

d) ilegal é, ainda, o ato incriminado, porque associa, como atribuição lícita do Poder Público, uma norma de caráter *permanente*, como o art. 83 do Estatuto dos Funcionários Públicos a outra de caráter *transitório*, como o artigo 24 das Disposições Constitucionais Transitórias.

A êsse propósito, disserta a impetrante:

"Nenhum jurista pode ignorar que "o direito transitório", como a própria expressão está a indicar, é instituído em oposição ao "direito definitivo", que se destina a perdurar. O primeiro compreende certas situações de exceção, que seria injusto fazer desaparecer, mas isto sem prejuízo das situações normais, que precisam e devem ser também respeitadas. O "direito transitório" é mantido em nome da justiça. Por isto, êle não pode atentar contra o direito definitivo, que deve de ser mantido tam-

bém em nome da justiça. O legislador, nesses casos, estabelece normas de exceção e normas gerais, umas ao lado das outras, para que as duas situações possam conviver, sem atritos nem danos recíprocos, até que desaparece o último titular de uma situação transitória. Ora, o decreto do Sr. Presidente da República atentou extravagantemente contra êstes princípios de autêntica hermenêutica jurídica, fazendo interferir, na vida normal da administração, situações jurídicas anormais, criadas por disposições constitucionais transitórias. Confundindo a exceção com a regra, o Sr. Presidente da República fêz prevalecer sôbre o direito líquido, certo e incontestável do requerente de permanecer na classe tôda carreira de Biologista do Ministério da Educação e Saúde, em cujo gôzo pacífico êle se encontrava, em virtude da legislação administrativa comum — o direito do Dr. Olímpio Oliveira Ribeiro da Fonseca, que é apenas o de ser considerado em disponibilidade, o que lhe é assegurado por um direito de exceção, que não tem a fôrça, entretanto, de fazer desaparecer aquêle direito líquido e certo".

Transmitiu o Sr. Presidente da República as informações de fls., do Ministério da Educação e Saúde e que encerram todo o processado sôbre o assunto versado no presente pedido de mandado de segurança.

A fls. 55, encontra-se o parecer do Sr. Dr. Edmundo Luís Neto, D. D. Consultor Jurídico do Ministério da Educação e que se vasa nos seguintes têrmos:

"*Disponibilidade* — O funcionário em disponibilidade tem preferência para o preenchimento das vagas que se verificarem (art. 83, do Estatuto).

"*Aroveitamento* — A Constituição atual tornou regra geral o obrigatório aproveitamento do funcionário estável em disponibilidade (art. 188, parágrafo único).

"Senhor Ministro:

Considerando-se despojado violentamente do cargo da classe L, da carreira de Biologista, dêste Ministério, Roberto Luís Pimenta de Melo impetra mandado de segurança contra o ato do Sr. Presidente da República, que tornou sem efeito sua promoção por antiguidade, para aproveitar, de acôrdo com o artigo 83, do decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939, combinado com o art. 24, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no mesmo cargo, o Dr. Olímpio Oliveira Ribeiro da Fonseca.

O ato de S. Excia nada teve de precipitado e foi precedido de meticuloso estudo da D. P. dêste Ministério (fôlhas 4), do parecer desta Consultoria, de 5 de abril de 1951 (fls. 6 verso) e da exposição de motivos do D. A. S. P. (fls. 7).

Quando do estudo anterior dêste caso, muito meditamos sôbre o pedido de aproveitamento do Dr. Olímpio da Fonseca, pois, se de um lado iríamos colocar em situação de inferioridade o funcionário impetrante já promovido, de outro teríamos que manter uma injustiça, e, mesmo, uma ilegalidade para com o funcionário que, embora com os proventos integrais, se encontrava em disponibilidade.

Mas não foi só a precedência, quanto ao tempo, do interêsse do funcionário disponível que nos fêz decidir a seu favor; nem tão pouco exclusivamente o direito que lhe assegurava e lhe assegura o art. 83, do Estatuto dos Funcionários; foi, sobretudo, o interêsse público, que prevalece e sempre prevaleceu em direito administrativo.

"Ainda agora, ao lermos a acêsa crítica que o brilhante advogado impetrante fêz do ato apontado como violento, mais nos convencemos de que com tôda a isenção de ânimo, outra não poderá ser a solução então adotada.

"Não analisemos o caso sob o ângulo puramente econômico, no interêsse privado de um funcionário que já vinha, sem trabalhar, recebendo integralmente os seus proventos; respeitemos antes, e acima de tudo, o interêsse moral dêsse mesmo funcionário em ganhar trabalhando, produzindo e mesmo, o seu pró-

prio interêsse econômico em garantir para si tôdas as vantagens advindas com o fato da reversão à atividade.

"Ainda que o entrechoque de interêsses privados dêsses dois funcionários não desse à administração pública o direito de decidir a favor de um ou de outro, não devemos nos esquecer que no caso sobreleva o interêsse público, a exigir o aproveitamento dos serviços de um sábio como o Dr. Olímpio da Fonseca.

"Não colhe, *data venia*, a argumentação da petição inicial do mandado de segurança.

"O primeiro argumento consiste no fato de que não poderia ser invocado no caso, o citado art. 83, porquanto à época do pedido de aproveitamento (março de 1951), o cargo não estava vago, um dos requisitos legais. Mas a vacância a que se refere a lei não tem que ser contemporânea à data do pedido de aproveitamento, mas sim posterior à época em que o funcionário é pôsto em disponibilidade, requisito êste que, no caso, está preenchido. Além do mais, e por isso mesmo que está em jôgo o interêsse público, a administração deveria ter agido desde logo *ex-officio;* se não o fêz por um lapso, tem o direito de corrigir a ilegalidade praticada, tornando sem efeito a promoção indevida (art. 57, do Estatuto dos Funcionários).

"Não vemos, igualmente, razão, na diferença que o impetrante fêz entre a disponibilidade prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e aquela de que trata o Estatuto dos Funcionários. Se há distinção quanto às suas causas, não deixam de ser perfeitamente idênticos os seus efeitos, pelo menos quanto ao problema jurídico ora em exame. Até porque as Disposições Transitórias se referem ao reaproveitamento dos funcionários que manda colocar em disponibilidade (art. 24), disposição transitória esta cujas conseqüências jurídicas posteriores só podem ser reguladas pelo corpo permanente da Carta Magna e demais legislações em vigor. E não devemos nos esquecer que a própria Constituição atual tornou regra geral o aproveitamento obrigatório de funcionário disponível (interêsse público, que prevalece sempre, art. 189, parágrafo único).

"O ato do Sr. Presidente da República, assim, ao contrário do que alega o impetrante, deu às leis em exame sua perfeita, e verdadeira interpretação, dentro da regra geral hoje vigorante no assunto em causa, fazendo prevalecer o interêsse público. Nada tem de ilegal ou abusivo. Não é caso de mandado de segurança. S. M. J.

"Consultoria Jurídica, em 19 de dezembro de 1951.

"*Edmundo Lins Neto*, Consultor Jurídico".

Falou, por fim, o eminente Sr. Dr. Procurador Geral da República. Disse S. Excia.:

"O presente mandado de segurança foi impetrado contra o ato do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, publicado no Diário Oficial de 3 de agôsto de 1951 (fls. 8), que tornou sem efeito o decreto de promoção por antiguidade, do impetrante Roberto Luís Pimenta de Melo, ao cargo da classe "L" da carreira de Biologista do Quadro Permanente do Ministério da Educação e Saúde, para aproveitar no referido cargo, de acôrdo com o art. 83 do decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939, combinado com o art. 24 do Ato das Disposições Transitórias, o Dr. Olímpio Oliveira Ribeiro da Fonseca.

"Alega o impetrante que o ato impugnado foi abusivo e violento, pois tratando-se de aproveitamento de funcionário que nenhum prejuízo estava sofrendo com a disponibilidade, uma vez que estava recebendo vencimentos integrais, desaparecia para o caso a preferência estabelecida no art. 83 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, *in verbis*:

"Os funcionários em disponibilidade terão preferência para o preenchimento das vagas que se verificarem nos quadros do funcionalismo, inclusive as de promoção por antiguidade".

"Mas não assiste razão ao impetrante.

"Esta só alegação mostra a falta de liqüidez e certeza do direito pleiteado, procurando o impetrante acobertá-lo com uma distinção na preferência para o aproveitamento, inexistente, como se vê dos expressos têrmos da lei.

"Assim, não pode haver qualquer ilegalidade ou abuso de poder no aproveitamento de funcionário disponível, embora para o provimento da vaga aberta com êle concorresse funcionário com direito à promoção por antiguidade, como ocorreu na hipótese.

"O aproveitamento imputado foi levado a efeito em virtude de petição do interessado (fls. 27 e 28) amparado pelo art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinou que os funcionários que acumulavam funções de magistério, técnicas ou científicas e que perderam cargo efetivo em conseqüência da desacumulação ordenada pela Carta de 10 de novembro de 1937 e Decreto-lei n.º 24, de 29 de novembro do mesmo ano, fôssem nêle considerados em disponibilidade remunerada até que fôssem reaproveitados.

"Aproveitando o Dr. Olímpio de Oliveira Ribeiro da Fonseca no cargo idêntico ao que perdera em virtude da desacumulação referida, nada mais fêz a Administração que dar oportuno e cabal cumprimento à norma constitucional transitória, visando à justa reparação do dano sofrido anteriormente pelo aproveitado.

"E o fêz dentro da preferência expressamente estabelecida na regra estatutária, tornando sem efeito a promoção indevida do impetrante, efetuada por um lapso, como se verifica do processo n.º 20.565-51, do Ministério da Educação e Saúde, anexo às informações prestadas às fls. 24-78.

"Assim sendo é fora de dúvida que o ato do Excelentíssimo Senhor Presidente da República que se pretende invalidar com a segurança impetrada assenta em expressas disposições legais, razão por que opinamos pelo indeferimento da inicial.

"Distrito Federal, 11 de janeiro de 1952. — *Plínio de Freitas Travassos* — Procurador Geral da República".

E' o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Orosimbo Nonato (Relator) — Falando pela via ordinária, não deve a Administração revogar o ato próprio que conferiu a alguém determinada situação.

Se o ato regra, para falar a linguagem de Gascon y Marin, é essencialmente revogável, o ato administrativo pròpriamente dito não pode se sujeitar a mudanças injustificadas, o que carrearia a instabilidade e a anarquia na Administração.

Garcia Oviedo põe em nítido realce a diferença:

"Surge la cuestion de si un acto validamente producido puede revocar-se. El interes público impone la afirmativa. La Administración provee a la satisfación de las necesidades sociales a medida que se van presentando, y sigue paso a paso sus cambios, y alternativas. La olva de la Administración es fundamentalmente movible. Por consiguinte, la facultad de revocar sus actos es para la Administración una verdadeira necesidad.

Hay, sin embargo, casos en que la revocación non debe producirse. Ocure asi quando ha sido declaratorio de derecho a favor de una persona. La realización del fin juridico impone esta limitación. No habia orden juridico estable si las situaciones subietivas de derecho estuviesen a merce de una decisión administrativa" (*Derecho Administrativo*, 2.ª ed. pags. 117-118).

Mas, em qualquer hipótese, não se nega à Administração a faculdade de anular o próprio ato, quando ilegal e írrito.

E nem se diga da possibilidade de abuso dessa faculdade que deparará no Judiciário o corretivo necessário.

Não se admite a possibilidade de revogação por simples motivo de oportunidade ou conveniência, mas, apenas, por motivos de legitimidade.

Já versei no assunto mais de uma vez, e, em certos casos, com algum apontamento.

Em um dêles, depois de proclamar o princípio da irrevogabilidade do ato, acrescentei:

"Quando, porém, o ato administrativo se enferma de nulidade, quando aparece sob o signo da ilegitimidade, a questão assume outro aspecto.

Nessa hipótese, observa Francisco Campos, citando Jelineck e Kormans é comumente admitido que à própria administração cabe rescindir as suas decisões, seguindo essa esteira, dizia Pedro Lessa, em acórdão dêste Supremo Tribunal Federal, citado em Sá Filho, *Estudos de Direito Fiscal*, página 261:

"Nenhum fundamento jurídico tem a sentença apelada quando declara que ao Poder Executivo é vedado corrigir os seus erros, sanar os seus atos ilegais...

Não há disposição de lei nem princípio de direito que vede à administração a reforma ou cassação de seus atos ilegais, visto como de atos ilegais nenhum direito pode emanar para as pessoas em benefício das quais foi realizado o ato ilegal".

E assim o admite Velasco, quando se trata de *"infracción manifesta de leys"*.

Invoquei o magistério de Arnaldo de Valles quando distingue entre "anulação" e "revogação". Esta atende a motivos de oportunidade e deve ser repelida, em linha de princípio. Aquela obedece a motivos de legitimidade e pode e deve ser permitida, discursando, ao propósito, Arnaldo de Valles:

"... mentre l'annulamento é sempre permesso, la revoca é possibile tanto quanto l'atto amministrativo avesse bensi avvantaggiati gli interessi di terze persone ma subordinando la conservacione del vantaggio" (vêde *La Validita degli atti amministrativi*, pág. 386 e seguintes).

Adotado o critério do monografista italiano, é permitido à administração anular o ato ilegítimo que antes expedira, ficando sempre, naturalmente, salvo ao particular, pleitear em juízo a restauração do ato anulado, se provar o infundado da anulação..."

E é o que pretende fazer, no caso o impetrante, cumprindo verificar se, com a anulação referida, vulnerado ficou no direito seu, certo líquido e incontendível.

Tornada foi sem efeito a remoção por antiguidade, do impetrante, para se aproveitar no cargo por êle preenchido o dr. Olímpio Fonseca, na conformidade, ao que alega o Govêrno, do art. 83 do Decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939, combinado com o art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Reza o art. 83 citado: "Os funcionários em disponibilidade terão preferência para o preenchimento das vagas que se verificarem nos quadros do funcionalismo, inclusive as de promoção por antiguidade".

Vista a questão a vulto, legal foi o ato do Govêrno, de vez que o funcionário aproveitado se encontrava em disponibilidade e, pois, nos têrmos do artigo supra transcrito, com freqüência para o preenchimento das vagas, inclusive sôbre os funcionários promovidos por antiguidade.

Argumenta-se que o antessuposto da aplicação do art. 83 citado é a existência de vaga e êle se eliminou com o seu preenchimento pelo impetrante.

Mas, é exatamente a legalidade dêsse preenchimento que se discute em face da preferência ao funcionário em disponibilidade, preferência assegurada pelo Estatuto dos Funcionários.

O argumento é, assim, puramente circular, deixando intocada a questão cabedal dos autos.

Insiste o impetrante em que da zona de influência do art. 83 se exclui o funcionário que esteja auferindo vencimentos integrais, como no caso, e o que se considera em disponibilidade por fôrça do art. 24 do Ato das Disposições Transitórias e não em face dos arts. 193, 194 e 195 do Estatuto.

Nesse sentido, produz argumentos ponderáveis, raciocinando ainda ser incurial associar, um conjunto, dispositivos de direito permanente e preceitos

breve-duradouros, de natureza transitória.

Não se nega a relevância dos argumentos. Tenho, porém, que não ostentam êles as galas da evidência e nem deixam evaporadas, no rápido e no sumário do *writ* impetrado, tôdas as dúvidas que o caso pode espertar.

Êles procuram base em distinção que se não encontra expressa na lei, nada impedindo que, pôsto diferentes quanto à origem, produzam os mesmos efeitos as disponibilidades discutidas, aplicando-se a todos os funcionários em disponibilidade a obrigatoriedade de seu aproveitamento determinado no parágrafo único do art. 189 da Constituição federal.

Por outro lado, o transitório do disposto no art. 24 do Ato das Disposições Transitórias se prende a que êle atende a situações que, solvidas, não se reproduzirão. Mas, a disponibilidade que êle suscita, não difere, quanto aos efeitos, das que o Estatuto disciplina.

Em resumo, suscita o impetrante uma distinção que inexiste na literalidade do texto legal.

Distingue, quando a lei não o faz.

E' exato que o princípio — *ubi lex non distinguet nec interpres distinguere debet* — não se mostra sobranceiro a restrições e temperamentos.

E todos os brocardos e aforismos perderam o prestígio que os transformavam em *vincula orationis* da alusão de Fabreguettes.

Quanto ao *"ubi lex non distinguet, nec nos distinguere debemus"*, deve dominar sòmente, ensina Coviello (***Manuale***, página 77) *"quando non vi sia alcuna seria ragio ne che autorizzi a restringere la parola della legge e quindi a distinguere un caso dall'altro"*.

E Espínola-Espínola Filho dilucidam claramente (*Tratado de Direito Cível Brasileiro*, v. III, pág. 314).

"Outro adágio, vedando distingüir onde a lei não distingue... levaria a conseqüência falsa, se generalizado. Visa ela evitar que as disposições amplamente fixadas na lei sem limitações evidentes, sejam restringidas pelo intérprete. Mas, para que se não deva distingüir entre as circunstâncias da questão e as outras, para que se faça a aplicação da norma tal qual é, sem juntar condição alguma às expressas, nem abandonar nenhuma dessas, é mister que não se apresente razão séria para distingüir um caso do outro que, pelo seu próprio sentido, não seja a lei exclusiva de um caso dado; é preciso, segundo justa observação de Carlos Maximiliano, com apoio em Falcone, que, implìcitamente ou em outras disposições sôbre o mesmo assunto, que se encontram na mesma ou diversa lei, se não estabeleçam limites ou exceções ao preceito amplo".

Como referi em outros votos, para Planiol as imposições da eqüidade são poderosas, muitas vêzes, a afastada aplicação do princípio aludido que igualmente, segundo Pacifici-Mazzoni desprevalece em face da necessidade de integrar um dispositivo na harmonia do sistema a que êle pertence.

Mas, a demonstração de que, no caso, tais ressalvas devam dominar, demanda espaço maior do que o proporcionado pelo mandado de segurança.

Nestes têrmos, indefiro o pedido.

VOTO

O Sr. Ministro Nelson Hungria — Sr. Presidente, tenho a minha objeção ao voto do eminente Sr. Ministro Relator. O texto legal diz que serão preferidos os funcionários em disponibilidade. Êste é um direito que a lei assegura ao funcionário em disponibilidade, a ser aproveitado ainda mesmo quando a vaga tivesse de caber a outro funcionário pelo critério da antiguidade. Estará, porém, o Govêrno inexoràvelmente adstrito a aproveitá-lo ainda quando não seja invocado o direito à preferência? Entendo que não. O funcionário em disponibilidade tem de manifestar o propósito de exercer seu direito à preferência. *Invito beneficium non datur.* No presente caso, o funcionário em disponibilidade não solicitou ao Govêrno que o aproveitasse preferentemente, e o

Govêrno homologou a promoção do impetrante que era o número um da lista de antiguidade. A preferência é criada como um direito do funcionário em disponibilidade, mas êste oportunamente, deve fazê-lo valer. Se o não faz, tem o Govêrno a *faculdade* de desatender a preferência. No caso vertente, o titular da preferência não invocou prèviamente o seu direito, nem protestou oportunamente contra a promoção do mais antigo funcionário em atividade, de modo que tal promoção, já velha de meses, não podia ser declarada sem efeito.

Embora esteja de acôrdo com o Senhor Ministro Relator em vários pontos, precisamente neste, que reputo essencial, discordo, *data venia*, de S. Excia., e, conseqüentemente, defiro a segurança impetrada.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Orosimbo Nonato (Relator) — Sr. Presidente, como Relator e em homenagem ao eminente Sr. Ministro Nelson Hungria, sinto-me no dever de replicar às magistrais considerações de S. Excia.

Começou o eminente Ministro por dizer que nutria dúvidas a respeito. E a não ser que a declaração se inspire em propósitos de nímia gentileza, bastaria essa dúvida para afastar o mandado de segurança, que exige direito líquido certo e incontestável.

O Sr. Ministro Nelson Hungria — A minha dúvida foi, se o funcionário em disponibilidade manifestou o desejo de exercer o seu direito de ser nomeado preferentemente. V. Excia. ficou em silêncio e assim desapareceu minha dúvida. Mas se V. Excia. me declarar que êsse funcionário em disponibilidade revelou positivamente o desejo de exercer o seu direito eu voltarei atrás.

O Sr. Ministro Orosimbo Nonato (Relator) — A dúvida manifestada pelo eminente Sr. Ministro Nelson Hungria é, ao que vejo agora, puramente de fato.

Assim, cumpre responder aos demais argumentos de S. Excia.

Nenhuma dúvida em que a aceitação de cargo público, apesar de opiniões em contrário, não é obrigatória e, assim, o princípio *"invito benefitium non datur"* podia ser invocado. Mas o que é necessário é a adesão da parte não à nomeação e sim a entrada em exercício. O Govêrno tinha que fazer a nomeação, independentemente de audiência do nomeado. Só para recusa do cargo é que poderia ser invocado o *"invito benefitium non datur"*. No caso, porém, tal princípio não pode ser invocado, desde que a renúncia de direito não se presume e o só fato do silêncio não produz, no caso, a caducidade do direito nem a prescrição.

Não é necessário, no caso, o protesto. O eminente Sr. Ministro Nelson Hungria criou um caso de caducidade que inexiste na lei. Aplica o princípio do *"invito benefitium non datur"* porque pressupõe uma renúncia que precisa ser expressa e inequívoca.

Não nego que o ilustre advogado trouxe argumentos que exigiriam exame mais demorado. Mas para que o mandado de segurança seja cabível é necessário que se trate de ato do Govêrno, manifestamente ilegal. A meu ver, *data venia* de S. Excia., o *writ*, não cabe.

Mantenho, pois, o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Luís Gallotti — Sr. Presidente, sem embargo da dúvida brilhantemente levantada pelo eminente Sr. Ministro Nelson Hungria, acompanho o voto do eminente Sr. Ministro Relator. Se o aproveitamento preferencial do funcionário em disponibilidade é impôsto por lei, a administração, aproveitando-o, além de cumprir a lei, atende ao interêsse público, acarretando uma economia para os cofres públicos, pois se trata de funcionário que está percebendo vencimentos sem prestar serviços.

O Sr. Ministro Nelson Hungria — Mas essa preferência não é imposta ao Govêrno como um dever. O Govêrno

aproveitará, diz a lei, e o funcionário ficará em disponibilidade até ser aproveitado.

O Sr. Ministro Luís Gallotti — O funcionário em disponibilidade deve, em regra, ser aproveitado preferentemente. Seja como fôr, porém, não se pode dizer ilegal o ato que, em cumprimento à lei, o aproveitou.

Acompanho, assim, o brilhante voto do Sr. Ministro Relator, indeferindo o mandado.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Indeferiram o pedido contra o voto do Sr. Ministro Nelson Hungria.

Impedido o Sr. Ministro Rocha Lagoa.

Deixaram de comparecer, por se achar em gôzo de férias, o Sr. Ministro Hahnemann Guimarães, e por estar licenciado o Sr. Ministro Edgar Costa, sendo substituídos, respectivamente, pelos Srs. Ministros Ábner de Vasconcelos e Afrânio Costa.