JUSTIÇA FEDERAL — PROVIMENTO DE CARGOS — NULIDADE DE INVESTIDURA

— Tendo sido anulada a nomeação, por inobservância de dispositivo legal, não cabe mandado de segurança contra o ato de anulação.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Clóvis Duarte de Almeida e outro *versus* Exmo. Sr. Presidente da República
Mandado de segurança n.º 18.789 — Relator: Sr. Ministro
THOMPSON FLORES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o pedido.

Brasília, 24 de abril de 1969. — *Oswaldo Trigueiro*, Presidente. — *Thompson Flores*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Thompson Flores — Sr. Presidente. Quero, desde logo, esclarecer que o presente mandado teve seu julgamento iniciado em sessão de 27/11/68, quando, após o voto do eminente Relator, Ministro Evandro Lins, foi interrompido, por haver pedido vista o eminente Ministro Amaral Santos.

2. O relatório, então produzido, foi o seguinte:

"Clovis Duarte Almeida e Heleno Pereira Nunes, que eram serventuários estáveis das Varas da Fazenda Nacional do Estado da Guanabara, foram aproveitados nos cargos de Chefes de Secretaria da Seção Judiciária do Estado da Guanabara da Justiça Federal de Primeira Instância, por decreto coletivo do Presidente da República (fôlhas 21), de conformidade com o § 2.º, do art. 74, da Lei n.º 5.010, de 30 de maio de 1966. Tomaram posse, respectivamente, nos cargos de Chefes das Secretarias da 1.ª e 5.ª Varas, e estavam em exercício, quando o Presidente da República, por Decreto de 28/2/68, tornou sem efeito o diploma anterior, "tendo em vista o disposto no art. 36, § 4.º, da mesma Lei (fls. 22). Êsse dispositivo, modificado pelo Decreto-lei n.º 253, de 28/2/67, estabelece que são requisitos para o provimento no cargo de Chefe de Secretaria ser Bacharel em Direito e ter menos de 45 anos de idade, e aos impetrantes faltava o primeiro dêles. Asseguram que o ato foi ilegal, alegando, em resumo, que antes do aproveitamento se entenderam o juiz, Diretor do Fôro, o Consultor Jurídico do Ministério e o Ministro da Justiça, então em exercício, tendo êstes últimos reconhecido a desnecessidade da exigência (fls. 24 e 23); as medidas administrativas para a instalação da seção da Guanabara da Justiça Federal tiveram a aprovação do Ministro da Justiça e do Presidente do Tribunal Federal de Recursos; o processo administrativo, que deverá ser requisitado, comprovará essas asserções; não fazendo o art. 74, § 2.º, da Lei n.º 5.010, restrição "nem remissão ao dispositivo relativo ao concurso", o aproveitamento teria de fazer-se "em cargo e vantagens equivalentes aos de que eram titulares os aproveitados", pois o intuito era recrutar serventuários capazes e experientes em trabalhos especializados, dificultosos se feitos através de nomeações de estranhos; os nove meses em que estavam no exercício dos cargos mostram a normalidade do aproveitamento, revelando outrossim que a colaboração dos seus ocupantes era indispensável à instalação da Justiça; exoneração de servidores vitalícios, sem observância do processo legal regular; na qualidade de funcionários estáveis, não houve processo administrativo para exonerá-los; de acôrdo com o art. 86, §§ 3.º e 4.º, da Lei n.º 5.010, tinham direito à aposentadoria com todos os vencimentos e vantagens, o que o aproveitamento visou impedir, a fim de ser utilizada a competência e capacidade dos servidores antigos; integram Quadro Suplementar, a ser extinto automàticamente, o que denota uma composição à margem da normalidade imposta aos quadros efetivos. Podem segurança para a proteção do direito subjetivo, líquido e certo, aos cargos em que foram aproveitados, e concessão da medida liminarmente, como garantia do suprimento salarial, que tem caráter alimentar e prevenir detrimento aos serviços, "pela ausência de direção experiente". A inicial está assinada por 97 advogados inscritos na Ordem, no Estado da Guanabara. Juntam grande número de documentos, inclusive relatórios, concernentes à vida funcional pregressa dos impetrantes e atestados de competência, dedicação, espírito público e honorabilidade nos cargos, fun-

ções e tarefas exercidos, passados por Juízes, Procuradores da República e autárquicos, e advogados militantes (fls. 16-54 e 61-83). Concedi a liminar e requisitei o processo administrativo (fls. 57, 58 e 60).

A autoridade apontada como coatora, fundando-se em parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, sustenta a nulidade do decreto de aproveitamento dos impetrantes, que, não sendo Bacharéis em Direito, carecem de requisito legal para o provimento nos cargos, constante do art. 36, § 4.º, da Lei n.º 5.010, de 1966. Transcreve numerosas citações de tratadistas nacionais e estrangeiros, no sentido de ilustrar a doutrina e a jurisprudência que defendem o direito da Administração Pública de desfazer os seus próprios atos administrativos, quando eivados de nulidade; o ato nulo não gera direito subjetivo; é impertinente a invocação do art. 3.º, do Decreto-lei n.º 253, de 28/2/67, porque o seu objetivo é o cumprimento do art. 106 da Constituição, na equiparação futura dos níveis de vencimentos; havia Bacharéis em Direito aproveitáveis, nas antigas Varas da Fazenda Pública, os impetrantes deviam ter sido aposentados, pois foram aproveitados "na presunção de que possuíam os requisitos legais de investidura"; inexiste processo administrativo referente ao assunto (fls. 86-94). A douta Procuradoria-Geral da República é pela denegação da segurança, salientando que o artigo 74, § 2.º, é uma exceção que implìcitamente dispensa o concurso, mas está subordinada aos requisitos do art. 36, § 5.º (fls. 110-111)."

3. Devolvidos os autos pelo eminente Ministro que havia pedido vista, procedeu-se à redistribuição, resultando ter sido eu contemplado, originando a renovação do julgamento, na forma do art. 8.º da Emenda Regimental de 10/2/69.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Thompson Flores (Relator) — Como precisado ficou no relatório, os fatos que envolvem o presente pedido de segurança são certos.

Os impetrantes, com os qualificativos funcionais referidos, foram, com outros, objeto de aproveitamento nos cargos de Chefe de Secretaria da 1.ª e 5.ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Guanabara, integrando a Justiça Federal. O provimento originou-se de Decreto do Chefe da Nação, publicado no *Diário Oficial* de 6/6/67, sendo invocado, então, o disposto no art. 74, § 2.º da Lei n.º 5.010, de 1966, e Decreto-lei n.º 253, de 1967, fls. 11.

Tomaram êles posse de seus cargos e encontravam-se em exercício, quando, por Decreto de 28/2/68, publicado no *Diário Oficial* de 29 do mesmo mês, foram os referidos aproveitamentos tornados sem efeito, fls. 22.

As informações prestadas a fls. 87 esclarecem os motivos. Os impetrantes não eram *Bacharéis em Direito*, condição tida como indispensável, por fôrça da lei, para a investidura nos cargos de Chefia das Secretarias.

2. O dissídio, pois, cinge-se em apurar se para o aproveitamento a que se refere o art. 74, § 2.º, do Estatuto citado e, especialmente, para os cargos de Chefia de Secretaria, impõe-se a diplomação de Bacharel em Direito, o que, desatendido, tornaria a investidura eivada de nulidade, e, assim, suscetível de se ver *anulada* pela autoridade que a originou; ou, se por se tratar de *aproveitamento*, tal titulação poderia ter sido dispensada. E o ato, então, *revogatório*, mera alteração de critério, afinando com a conveniência do serviço, não poderia prevalecer, por afrontar direito subjetivo dos impetrantes. Esta é, no fundo, a questão a solver.

3. Tenho como verificada a primeira das hipóteses. A condição de diplo-

mado era exigência legal, mesmo para o aproveitamento, desde que a investidura se fazia no cargo de Chefe da Secretaria.

Efetivamente.

Organizando o Quadro de Pessoal, através de seu art. 36, estatuiu com respeito ao Chefe de Secretaria, § 4.º:

"São requisitos para o provimento do cargo de Chefe de Secretaria, ser *Bacharel em Direito...*"

Dir-se-á que a exigência em questão é para o provimento *normal* do cargo, quando, também, se impôs concurso. E que a investidura dos impetrantes se operou por simples *aproveitamento*, dispensando o concurso e exigências outras, tanto que a autorização legislativa foi introduzida em disposições transitórias, em caráter excepcional para autorizar o pronto funcionamento da Justiça Federal.

4. A procedência do argumento é, a meu ver, meramente aparente. A ela não me posso render.

Convencido estou que o propósito de fazer funcionar, de pronto, a Justiça em questão, limitou-se a dispensar a lei o *concurso*, processo que demandaria maior tempo para o provimento dos cargos. Não foi além, entanto, quanto aos demais requisitos impostos ao bom exercício. Assim sucedeu quanto aos juízes, art. 74, *caput*. E em leis outras que permitiram o aproveitamento, ainda que não expressos, exigiu-se, conforme a função, a titulação respectiva.

5. Dessarte, nem o amplo conceito que possa ser atribuído ao instituto do aproveitamento, como forma de provimento dos cargos, segundo o disposto no art. 11, VI. combinado com os artigos 64 a 67; nem o fato de norma ter sido incluída em Disposições Transitórias, a meu ver, autorizaram a dispensa do diploma. Quando é de sua intenção, ela o faz, expressamente, como ocorreu com o art. 266 do Estatuto dos Funcionários Civis da União (Lei número 1.711-52), incluído, também, em Disposições Transitórias.

E exemplos outros poderiam ser nomeados.

Silenciando, como sucedeu, em disposição excepcional, a qual, segundo os doutrinadores em tudo deve ser precisa, ao estatuir privilégios, ou levaria o aplicador, de pronto, a negá-lo, ou, quando assim insucedesse, admitindo a dúvida procurar dirimi-la.

A solução estaria no cotejo da norma com as demais, buscando, inspirado na interpretação sistemática, o seu verdadeiro sentido.

É a lição de Ferrara (*Interpretação e Aplicação das Leis*, p. 52 e segs.) ao versar o Desenvolvimento do Sentido da Lei, comentado por Maximiliano (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, n.º 331) e aceita em julgados vários desta Côrte (*Rev. Justiça*, volume 27, p. 305).

Pois bem, o socorro ao art. 36, seus incisos e parágrafos, leva ao esclarecimento devido.

É a própria natureza do cargo, o mais elevada da Secretaria, o de sua Chefia, impondo a condição de Bacharel ao titular. A exigência do diploma dispensa comentários. E não seria provendo-a como se fêz, inobstante os atributos de prática e outros que ornam os impetrantes, que se atenderia ao sistema...

6. Em conclusão, tenho que a investidura dos impetrantes desatendeu às normas referidas, por não satisfazerem êles ao requisito da diplomação em Direito. Dessarte, podia a Administração anulá-la, como o fêz.

Direito, pois, não lhes assiste aos cargos em questão, menos ainda líquido e certo, como se impunha à concessão do mandado. Indefiro-o, assim.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Amaral Santos — Sr. Presidente, tudo não passa de uma

distinção dos requisitos para a nomeação de Chefe da Secretaria: primeiro, requisito de ordem formal ou instrumental; segundo, requisito da capacidade. O requisito de ordem formal ou instrumental, isto é, o concurso, êste foi dispensado para as primeiras nomeações.

O requisito da capacidade não foi dispensado, ao que consta do art. 36, § 4.º, quer dizer, seria indispensável que o nomeado fôsse Bacharel em Direito.

Acompanho o eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso — Sr. Presidente, foi o requisito da capacidade que se adotou, de maneira supletiva, diante da dificuldade em que se viu o Govêrno de prover, pela forma determinada na Lei n.º 5.010, os cargos da Justiça Federal, e, tanto foi êsse requisito, que se resolveu pelo aproveitamento de funcionários da antiga Justiça da Fazenda. Não há, na lei, discriminação entre os requisitos que eram dispensados e aquêles que seriam mantidos. Apenas se dispôs que o provimento inicial de todos os cargos seria feito por aproveitamento. Se a lei tivesse distinguido, dizendo que sòmente o concurso é que seria dispensado nesse provimento inicial, mas que a exigência de todos os demais requisitos seria mantida, *tollitur quaestio*, sim, mas nada nos autoriza a estabelecer uma distinção que a lei não estabelece.

É por isto que peço vênia ao eminente Relator para divergir do seu voto e deferir o mandado de segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Djaci Falcão — Como bem ressaltou o eminente Relator, os Impetrantes não preenchem o requisito de ser Bacharel em Direito. Por isso, acho que o ato impugnado não afetou direito subjetivo seu.

Acompanho o Relator, negando a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — A regra geral é a do concurso. No caso, a exigência legal foi dispensada para o primeiro provimento. São requisitos especiais, para o provimento no cargo, a posse do título de Bacharel em Direito e, ainda, idade inferior a 45 anos (art. 36, § 4.º). Não me parece que a norma do art. 74, § 2.º, que permitiu o primeiro provimento, pela forma do aproveitamento independente de concurso, possa compreender a dispensa dos requisitos especiais. Tais requisitos se impunham para êsse aproveitamento, como para o provimento mediante concurso.

Denego o mandado de segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Sr. Presidente, tenho a impressão de que o art. 74, § 2.º, da Lei n.º 5.010, abre uma exceção ao sistema do próprio diploma, mandando aproveitar, sem concurso, os que já trabalhavam na Justiça da Fazenda. Mas, como regra de exceção, ela só abrange os casos que especifica. Não pode estender-se, portanto, a tal ponto que prejudique a aplicação do art. 36, § 4.º.

Por êsse motivo, e mais pelos fundamentos do eminente Relator, acompanho S. Exa.

VOTO

O Sr. Ministro Adalício Nogueira — *Data vênia, concedo a segurança.* Acho que a Lei n.º 5.010, quando dispensou o requisito do concurso, teve em mira também dispensar o requisito do título de Bacharel em Direito, porque a meu ver, concurso e título são requisitos conjuntamente exigidos pela lei para investidura. Assim sendo, Senhor Pre-

sidente, penso que a primeira nomeação podia perfeitamente recair em quem possuísse qualquer dos dois requisitos. Êsse foi o objetivo da lei. Estou, porém, em que o preenchimento dos futuros cargos de Chefe de Secretaria exigirá sem dúvida, não só o concurso mas também a condição de Bacharel em Direito, porque não é possível cindir o pensamento do legislador quando êste, dispensando o concurso, que é requisito essencial para o provimento do cargo, impusesse, apenas, a titularidade, isto é, a condição de Bacharel em Direito para o seu exercício.

Assim, *data venia* dos que pensam em contrário, inclusive o eminente Relator, concedo a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Gallotti: — Sr. Presidente, recebi e li com tôda atenção o memorial sucinto do eminente Procurador-Geral da República. Sua Excelência argumenta que se dispensou o requisito quanto ao provimento por concurso, não quanto ao exercício do cargo. Isto é, houve dispensa, no que diz respeito ao art. 36, § 1.º, porque nêle se fala em provimento, mas não teria havido no tocante ao art. 36, § 4.º, relativo ao exercício. Entretanto, verifiquei que não é assim: o art. 36, § 4.º — está no memorial e tenho aqui a lei — fala também em provimento, não em exercício. Diz:

"São requisitos para o *provimento* do cargo de Chefe de Secretaria ser Bacharel em Direito e ter menos de quarenta e cinco anos de idade."

O eminente Ministro Amaral Santos argumentou fazendo a distinção entre requisitos formais, instrumentais, e requisitos de capacidade, como seria êste concernente ao título de Bacharel. Ora, o do concurso também diz respeito à capacidade. O Govêrno, pelo fato mesmo de que os impetrantes vinham exercendo o cargo, embora interinamente, com eficiência comprovada (é notória a capacidade dos impetrantes e ninguém melhor do que nós, que por longos anos exercemos a Procuradoria da República ou a advocacia, nas Varas Federais, ou nas da Fazenda Pública, pode dar testemunho disso) entendeu que êles tinham a capacidade e os nomeou, interpretando a lei no sentido de que, para as primeiras nomeações, não era exigido nem o concurso nem o título de Bacharel em Direito.

Então eu digo: para que se pudessem anular os atos, que já se haviam consumado e produzir efeitos, dêles nascendo o direito subjetivo dos impetrantes, necessário seria que tivesse havido ilegalidade patente, o que não ocorreu, ao que me parece, dada a maneira como a lei está redigida, falando em provimento e não em exercício, ao contrário do que supõe o memorial da douta Procuradoria-Geral. Se o Govêrno interpretou assim a lei, considerando que os impetrantes podiam ser nomeados e os nomeou, entendo que não lhe era facultado desfazer os atos já consumados, a não ser no caso de ilegalidade manifesta.

O Sr. Ministro Thompson Flores (Relator) — E não acha V. Exa. que houve?

O Sr. Ministro Luiz Gallotti — Não, por isso que a própria lei como está redigida, criou a dúvida, e esta foi resolvida pelo Govêrno, de início, em favor dos impetrantes, ao decidir-se pelas nomeações.

Adotara o Govêrno, ao nomear, um critério de interpretação da lei. Era livre, então, de adotá-lo, ou não. Penso que, depois, para anular as nomeações dos que já se achavam no exercício dos cargos com plena eficiência, como atestam os Juízes Federais, não poderia variar de critério interpretativo, quando direitos já haviam nascido dos seus atos. Temos sido nisso muito rigorosos. Só admitimos a anulação do ato pela própria Administração quando a sua ilegalidade é evidente.

O Sr. Ministro Adalício Nogueira — Ilegalidade haveria em não admitir o concurso. É verdade que para o primeiro provimento, o mesmo não é exigível. Mas também não são exigíveis os outros requisitos. Se se dispensa a exigência de concurso, dispensam-se também os demais.

O Sr. Ministro Luiz Gallotti — Vossa Excelência diz bem, porque a exigência de concurso estaria na própria Constituição.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — No atual. Na outra, não se exigia.

O Sr. Ministro Thompson Flores (Relator) — Ninguém nega a capacidade dos interessados. O que se nega, apenas, é a capacidade para serem chefes.

O Sr. Ministro Amaral Santos — É o título de capacidade, não é a prova de capacidade. Há rábulas, no Brasil, que não eram Bacharéis em Direito.

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso — Mas a lei não distingue.

O Sr. Ministro Luiz Gallotti — Entendo que os atos, tendo sido praticados, e dêles tendo nascido direitos, só poderiam ser desfeitos se patente, fora de qualquer dúvida razoável, a sua ilegalidade.

A meu ver, a dúvida existe, e dúvida razoável.

Pelas razões que acabo de expor, *data venia* do eminente Relator e dos que acompanharam S. Exa., voto com os eminentes Ministros Adaucto Cardoso e Adalício Nogueira.

EXTRATO DA ATA

MS 18.789 — DF — Rel., Ministro Thompson Flores. Reqtes., Clóvis Duarte Almeida e outro (Adv., José de Aguiar Dias). Reqdo., Exmo. Sr. Presidente da República.

Decisão: Indeferiu-se o pedido contra os votos dos Ministros Adaucto Cardoso, Adalício Nogueira e Luiz Gallotti. Impedido, o Ministro Themístocles Cavalcanti. Falaram: o Doutor Almir Fernandes Vieira, pelos requerentes, e o Dr. Décio Miranda, Procurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal.

Presidência do Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro. Presentes à sessão os Srs. Ministros Luiz Gallotti, Adalício Nogueira, Aliomar Baleeiro, Eloy da Rocha, Djaci Falcão, Adaucto Cardoso, Themístocles Cavalcanti, Amaral Santos e Thompson Flores. Licenciado, o Sr. Ministro Barros Monteiro.