ATO ADMINISTRATIVO — ANULAÇÃO — NOMEAÇÃO SEM CONCURSO

— É legítimo o ato administrativo que anula nomeação feita sem concurso exigido em lei.

— O art. 126 da Lei n.º 3.807, de 26 de agôsto de 1960, sôbre a Previdência Social, era auto-aplicável.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Instituto Nacional de Previdência Social *versus* Letícia Werneck de Aguiar
Recurso extraordinário n.º 70.154 — Relator: Sr. Ministro BILAC PINTO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, sem prejuízo da reversão da recorrida ao cargo anterior.

Brasília, 16 de outubro de 1970. *Adaucto Cardoso*, Presidente. *Bilac Pinto*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bilac Pinto — Trata-se de mandado de segurança requerido por funcionária exonerada do cargo de Inspetor de Riscos, classe M, do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários e Empregados em Serviços Públicos.

A sentença de primeira instância assim relata a espécie:

"A Portaria n.º 47, de 2/3/61, que exonerou a impetrante, foi baixada pelo Presidente do IAPFESP, cumprindo deliberação do Conselho Administrativo e no uso de atribuições legais, ainda que em atendimento às determinações do Exmo. Sr. Presidente da República, contidas no Decreto n.º 50.284, de 21/2/61. A partir de então, tôda responsabilidade pelo ato de exoneração da impetrante recai sôbre o Presidente da Autarquia, único coator, portanto.

Examinemos o mérito do pedido, uma vez que não paira dúvida à sua tempestividade — Portaria publicada no Boletim de Serviço de 28/3/61; mandado de segurança impetrado aos 24 de julho do mesmo ano (protocolo do Supremo Tribunal Federal).

A nomeação da impetrante, pela Portaria n.º 4.800/60, publicada no *D. O.* de 29/10/60 e retificada no *D. O.* de 3/11/60, para o cargo isolado, de provimento efetivo, M, de Inspetor de Riscos, fundamentava-se no art. 12, inc. II, da Lei n.º 1.711, de 28/10/52 — Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União.

A exoneração, feita através da Portaria IAPFESP, feita através da Portaria IAPFESP. — C. A. n.º 47, de 2/3/61, com vigência a partir de 31 do mesmo mês e ano, teve por fundamento o Dec. n.º 50.284, de 21/2/61, do Exmo. Sr. Presidente da República, que ordenou a exoneração ou dispensa, a partir de 31 de março, de todos os servidores do Serviço Civil do Poder Executivo e das Autarquias Federais, cujos atos de nomeação ou admissão tivessem sido publicados depois de 1 de setembro de 1960, com exceção dos "nomeados ou admitidos mediante concurso público de provas ou de títulos realiza-

dos com rigorosa observância de tôdas as exigências legais e regulamentares, os que tenham sido por acesso, os que tiverem adquirido estabilidade no serviço público e os que exerçam cargo de confiança, de provimento em comissão".

A impetrante (inicial de fls. 3-28) sustenta que os cargos isolados, de provimento efetivo, em face do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União e do Decreto n.º 48.867, de..... 18/8/60, não dependem de concurso, para serem preenchidos e que, embora em vigor, ao tempo de sua nomeação, a Lei Orgânica da Previdência Social — Lei n.º 3.807, de 26/8/60 — o art. 126 que exige, sob pena de nulidade de pleno direito do respectivo ato, o concurso de provas e títulos, para a admissão do pessoal nas instituições sociais, com exceção, apenas, dos cargos em comissão e das funções gratificadas, tinha sua incidência condicionada à instalação dos novos órgãos colegiados dos IAPS — art. 538 do Decreto n.º ..... 48.959-A, de 19/9/60 — ocorrida a..... 3/12/60.

O impetrado sustenta, em contrário, a incidência do mesmo art. 126 da Lei Orgânica da Previdência Social, ao tempo da nomeação da impetrante, por ser o dispositivo auto-aplicável, não dependente de regulamentação."

O magistrado, ao proferir sua sentença, concedendo a segurança, ressalvou sua posição doutrinária favorável à tese vencida, para decidir de acôrdo com o ponto de vist aentão vitorioso no Supremo Tribunal Federal.

O eg., Tribunal Federal de Recursos manteve a segurança.

O IAPFESP, inconformado, manifestou recurso extraordinário com fundamenton o art. 101, inc. III, letra *a*, da Constituição federal.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Bilac Pinto (Relator) — Sr. Presidente, o ilustre advogado da recorrida colocou dois problemas perante o Tribunal.

Primeiro, aquêle que constitui o mérito do próprio mandado de segurança, que foi impetrado contra o ato de exoneração da recorrida.

Em segundo lugar, suscita êle a questão da estabilidade concedida à recorrida pelo art. 177, § 2.º, da Constituição de 67, alegando que, na hipótese de o Tribunal deliberar que o mandado de segurança deva ser cassado, seria de se considerar a disposição constitucional de 67.

Vamos tratar dos dois assuntos pela ordem.

Quanto à primeira parte, é verdade que o Supremo Tribunal vinha entendendo que o art. 126 da Lei Orgânica da Previdência Social não era auto-executável e, nessa base, como ainda com fundamento na ilegalidade do decreto do Presidente Jânio Quadros, proferiu numerosas decisões anulando demissões feitas em razão do decreto presidencial citado.

Quando a mim, Sr. Presidente, considero que o art. 126 da Lei Orgânica da Previdência Social era auto-executável. Essa norma que proibia nomeações sem concurso era plenamente válida à época em que a recorrida foi irregularmente nomeada. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso extraordinário n.º 66.991, já decidiu que o art. 126 da Lei Orgânica da Previdência Social, por ser proibitiva, é auto-executável quando veda nomeação sem concurso, mesmo para cargos isolados, não incorrendo em censura o ato administrativo que desfaz nomeação contrária a essa proibição. Nesse mesmo sentido já havia julgado o Supremo Tribunal Federal no recurso de mandado de segurança n.º 12.949 e no recurso de mandado de segurança n.º..... 12.519.

Êsses precedentes e minha própria convicção acêrca da vigência da norma proibitiva do provimento de cargo, mesmo isolado, sem concurso, conduzem meu voto no sentido de dar provimento ao recurso da União e cassar a segurança concedida.

Passo, agora, a considerar a segunda hipótese formulada da tribuna. Evidentemente êsse argumento não figurou no mandado de segurança, e o próprio advogado lembrou que foi o advento da Constituição de 67, já no curso da lide, que, no seu art. 177, § 2.º, concedeu estabilidade aos servidores públicos com mais de cinco anos de serviço. Em regra, tenho sustentado que as normas de Direito Constitucional ou Administrativo, que sejam promulgadas no curso da lide, quando favoráveis ao funcionário, podem e devem ser aplicadas. O caso da recorrida, porém, não é tão simples assim.

O advogado alega que ela tem cêrca de trinta anos de serviço público. Só por êste período de serviço anterior à nomeação irregular, possìvelmente, já goza de estabilidade. Agora, como se poderia aplicar a norma constitucional de 67, para dar estabilidade num cargo para o qual fôra irregularmente nomeada? Isso é o que não me parece possível. Se sua nomeação tem o vício de ter violado norma proibitiva do art. 126 da Lei Orgânica da Previdência Social, como se pode validar tal nomeação, feita contra a lei, e que o próprio Executivo cancelou mediante ato de exoneração? Como se poderá aplicar, neste caso, o art. 177, § 2.º, da Constituição de 67? Não vejo como. Evidentemente, o tempo de serviço público que tem a funcionária lhe dá direito a alguma forma de estabilidade, que ela deverá reclamar por outra via.

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso (Presidente) — Reversão ao cargo anterior?

O Sr. Ministro Bilac Pinto (Relator) — Possìvelmente. Mas isso seria já na esfera do Executivo.

Neste caso, que foi ajuizado pela interessada para anular o ato de exoneração, não vejo como seria possível, salvo se os colegas lembrarem uma fórmula.

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso — (Presidente) — Indagaria, com a permissão de Vossa Excelência, Sr. Ministro Relator, do ilustre advogado se a recorrida exercia cargo público antes de impugnada a nomeação.

O Sr. Advogado José Guilherme Villela — Posso informar a V. Exa., que a fls. 33-42 está a certidão de tempo de serviço da recorrida, donde se conclui que ela tinha 28 anos de serviço.

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso — (Presidente) — Exercia ela cargo público?

O Sr. Advogado José Guilherme Villela — Exercia.

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso — (Presidente) — Foi nomeada para Inspetor de Riscos?

O Sr. Advogado José Guilherme Villela — Exatamente.

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso (Presidente) — Saindo dêste cargo?

O Sr. Advogado José Guilherme Villela — Exatamente.

O Sr. Ministro Bilac Pinto (Relator) — Ela terá algum direito por êsse tempo de serviço, mas, na via dêste mandado de segurança, que foi pedido para anular o ato de exoneração, não vejo como considerar a segunda parte do pedido, porque aplicar o art. 177, § 2.º, da Constituição de 67, para mantê-la nesse mesmo cargo no qual foi irregularmente provida, contra a lei, não é possível.

Conheço do recurso e lhe dou provimento para cassar a segurança. É claro que à impetrante fica ressalavado o eventual direito de pleitear o retôr-

no ao cargo ou função que ocupava anteriormente.

VOTO

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso — (Presidente) — Tive posição vacilante nesse assunto. Realmente, o Tribunal, por suas duas Turmas, modificou a jurisprudência anterior e entendeu que havia negativa de vigência do art. 126 da Lei Orgânica da Previdência Social, com a concessão da segurança em casos como o da recorrida.

Votei, muitas vêzes, no rumo traçado pelos pronunciamentos do eminente Ministro Themístocles Cavalcanti, que foi quem liderou a modificação radical da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Uma vez, tão iníquas pareceram, porém, as conseqüências dessa jurisprudência para o recorrido, que estive tentado a modificar o rumo do meu voto. Essa minha orientação foi desacolhida por esta mesma Turma, razão por que me conformei com a linha reiterada do Tribunal, no sentido de considerar que o art. 126 era auto-executável.

Portanto, acompanho o eminente Relator, no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, com o adminículo, porém, conforme decisões anteriores acolhidas pela eg. Turma, de que a recorrida possa reverter ao cargo anterior.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Barros Monteiro — Sr. Presidente: peço vênia ao eminente Relator, para não conhecer do recurso extraordinário. E o faço, Sr. Presidente, pelo motivos aduzidos, da tribuna, pelo ilustre Advogado da recorrida: primeiro, os precedentes, cujo *leading case*, como diz S. Exa., é o recurso extraordinário n.º 9.005, de que foi Relator o Ministro Ribeiro da Costa; segundo, porque entendo que beneficia a recorrida o art. 177, § 2.º, da Constituição federal, que deu estabilidade aos funcionários.

Acresce que a recorrida tinha 28 anos de serviço, quando foi nomeada para o cargo de Inspetor de Riscos; exonerada dêsse cargo, voltou a ocupá-lo a partir de 1965, por fôrça da segurança que lhe foi concedida.

De evidência que, em 1967, veio o art. 177, § 2.º, da Carta outorgada naquele ano, a favorecê-la.

Como disse, data vênia do ilustre Relator, não conheço, em preliminar, do recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 70.154 — DF — Rel., Ministro Bilac Pinto. Recte., Instituto Nacional de Previdência Social (Adv., J. P. Teixeira Brant). Recda., Letícia Werneck de Aguiar (Adv., José Guilherme Villela).

Decisão: Recurso conhecido e provido por maioria, sem prejuízo da reversão da recorrida ao cargo anterior. Vencido o Ministro Barros Monteiro. — Falaram, pela recorrida, o Doutor José Guilherme Villela e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Oscar Corrêa Pina, Procurador-Geral da República, substituto. — Ausente, ocasionalmente, o Ministro Thompson Flores. — Compareceu o Ministro Barros Monteiro, componente da Primeira Turma, para completar o quorum regimental.

Presidência do Sr. Ministro Adaucto Cardoso, na ausência, justificada, do Sr. Ministro Adalício Nogueira, Presidente, e na ausência, por motivo de serviço eleitoral, do Sr. Ministro Eloy da Rocha. — Presidentes à sessão os Srs. Ministros Thompson Flores e Bilac Pinto. — Procurador-Geral da República, substituto, Dr. Oscar Corrêa Pina.