FUNCIONÁRIO PÚBLICO — CONCURSO — EXPECTATIVA DE DIREITO

— A aprovação em concurso não origina direito à nomeação.

— Se o candidato, ou funcionário, prestado o concurso, tem simples esperança de direito, pode a Administração tomar novos rumos.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Naziazeno Marques Viana *versus* Estado do Rio Grande do Sul
Recurso extraordinário n.º 8.837 — Relator: Sr. Ministro OROSIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário n. 8.837; do Rio Grande do Sul, recorrente Naziazeno Marques Viana, recorrido Estado do Rio Grande do Sul.

Acorda a segunda turma do Supremo Tribunal Federal, integrando neste o relatório retro e na conformidade das notas taquigráficas precedentes, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas na forma da lei.

Rio, 7 de outubro de 1949 (data do julgamento). — *Orosimbo Nonato*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Orosimbo Nonato — Lavrado pelo Exmo. Sr. Desembarga-

* NOTA DA RED.: Sôbre o assunto ver *Revista de Direito Administrativo*, vol. 19, pág. 123; vol. 15, pág. 196; vol. 14, pág. 273; e vol. 7, pág. 217.

dor Sílvio Duncan, proferiu o ilustre Tribunal do Rio Grande do Sul, o acórdão de fls. 114, *verbis*:

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível da comarca da capital, em que é apelante Naziazeno Marques Viana e apelado o Estado do Rio Grande do Sul.

Acordam os da primeira câmara, pela conformidade de votos do relator e revisor, em negar provimento ao recurso interposto e confirmarem, por seus jurídicos fundamentos, a sentença pela qual o Dr. Juiz de Direito da 7.ª Vara julgou improcedente a ação intentada pelo recorrente contra o recorrido.

— Pretende Naziazeno Marques Viana que líquido é o seu direito ao cargo de escrivão do cível e crime, jurí e execuções criminais do têrmo de Guaíba — a contar de 9 de dezembro de 1935 — porque exercendo-o, interinamente, desde 25 de abril, dêle foi demitido com a reintegração do antigo titular Hermann Vitor Kastrupp, já quando candidato único no concurso realizado para provimento da escrivania, merecera aprovação da 1.ª câmara dêste Tribunal, em sessão de 12 de novembro de 1935, tendo sido, na mesma data, cientificado o Govêrno.

No sentir do apelante a habilitação no concurso e a comunicação do fato ao Govêrno, vinte dias antes de reintegrado Kastrupp, davam-lhe indiscutível direito à nomeação.

Põe também em realce a circunstância de já estar coberto pela *"bill"* de indenidade constitucional o ato de demissão de Hermann Kastrupp, que impedia a sua revisão — e diz que "da aprovação em concurso decorria, *pleno jure*, a sua automática estabilização, quer fôsse considerado funcionário comum, mediante a satisfação dos dois requisitos constitucionais (estágio bienal e concurso), quer se examinasse a sua situação em face das garantias especiais de vitaliciedade que então gozavam os funcionários de justiça (art. 112 da Lei estadual n.º 346), desde a data da posse", cujos efeitos deviam retrotrair a da nomeação interina.

Essas e outras questões, levantadas em prol da tese sustentada pelo apelante, tiveram cabal contradita na sentença apelada.

O vínculo que une o funcionário ao Estado só se estabelece com a nomeação e a posse no cargo. Antes disso só há uma expectativa porque o concurso, como esclarece M. Hauriou apenas confere ao candidato a aptidão para ser nomeado, e não o direito à nomeação (Direito Administrativo, 5.ª edição, nota (1) a pág, 560).

T. Cavalcânti também adverte que a nomeação constitui por definição ato discricionário do Govêrno, salvo quando a lei estabelece forma especial (Inst. de Dir. Administrativo, 2.º vol. pág. 610).

Não é o concurso uma condição preestabelecida e inalterável a arbítrio de outrem. Basta lembrar, para o desatamento de qualquer equívoco, que a aprovação do candidato em concurso não pode obstar que o Estado, reorganizando os seus serviços, extinga ou anexe a outro o cargo disputado; e que quase tôdas as legislações marcam um prazo para a nomeação sob pena de caducar o concurso — *v. g.* o que a respeito dos juízes de direito dispõe a Cons. das Leis de Organização Judiciária no art. 39, § 2.º; e, ainda, que seria ilógico não pudesse deixar de nomear o concorrente habilitado para o cargo, quem tem direito de demitir os funcionários, antes dêles adquirirem estabilidade.

E' exato que o acórdão do Colendo Supremo Tribunal, que o apelante invoca em confôrto de sua pretensão, contraria as conclusões da sentença apelada, apartando-se da tradição de nosso direito. Mas, em que pese a autoridade do Excelso Colégio, êsse único aresto, que conta os votos divergentes dos eminentes ministros Castro Nunes e Aníbal Freire, embora sufragido por figuras exponenciais da Magistratura Nacional, não reflete, ainda, a jurisprudência do Tribunal Supremo.

Na hipótese dos autos de lado o induvidoso aspecto de equidade que envolve a situação do apelante, não se

pode increpar de ilegal o ato de reintegração de Hermann Kastrupp.

Ilegal fôra a sua demissão, pois que, exercendo uma função pública *ad-vitam*, ela só podia provir de processo judicial.

A reintegração é que não merece censura, porque se operou nos têrmos categóricos do parágrafo único do art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1934 e parágrafo único do art. 14 das Disposições Transitórias da Constituição do Estado, valendo o sêlo constitucional como maior penhor de sua legalidade.

Custas na forma da lei.

Pôrto Alegre, 18 de julho de 1944. —*Admar Barros*, Presidente — *Sílvio Duncan*, Relator".

Inconformado a essa solução, opôs-lhe o vencido recurso extraordinário, com a invocação das letras *a*, *c* e *d*, do art. 101, n.º III, da Constituição, lendo-se no pedido de fls. 117:

"Questionado o direito adquirido do recorrente à nomeação efetiva para o cargo de escrivão do cível e crime, júri e execuções criminais de Guaíba, cargo que vinha desempenhando interinamente há mais de dois anos e para o qual fêz concurso, sendo aprovado, a decisão foi contra a letra e o sentido do art. 3.º, § 1.º, da Introdução ao Código Civil, então vigorante.

Contestada, outrossim, a validade do ato, comissivo por omissão do Govêrno do Estado, que não nomeou para o referido cargo, e dêle foi mesmo automàticamente demitido, apesar de satisfazer os dois requisitos constitucionais de estabilidade — estágio bienal e concurso (art. 156, letra *c*), o tribunal recorrido julgou válido o ato impugnado.

E, por fim, o Tribunal do Rio Grande do Sul e o egrégio Supremo Tribunal Federal deram à mesma lei federal inteligência diversa, pois enquanto o primeiro decidiu que o concurso não é uma condição preestabelecida inalterável a arbítrio do Govêrno, o último, em acórdão citado pelo próprio tribunal local, entende que "outrem" a que alude o art. 3.º, § 1.º, da antiga introdução ao Código Civil "entende-se com o próprio legislador, a quem seria vedado alterar a condição pendente (Forense, vol. 96, pág. 315 e 316)".

Razoaram as partes e, por fim, pela Procuradoria Geral da República, o Dr. Nery Kurtz, com a concordância dos hoje eminentes ministros Luiz Gallotti e Hahnemann Guimarães, ofereceu o seguinte parecer:

"O presente recurso tem cabimento, com assento na invocada alínea *d* do n.º III do art. 101 da Constituição em face da divergência entre o acórdão recorrido e o aresto do egrégio Supremo Tribunal Federal a que faz referência o próprio julgado de fls. 114. Em consequência, quanto a preliminar opinamos que a egrégia Côrte conheça do recurso.

De meritis, somos pela confirmação do v. acórdão recorrido, em face dos fundamentos jurídicos em que está amparado".

A julgamento.

Rio, 16 de setembro de 1948 — *Orosimbo Nonato*.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Orosimbo Nonato — (Relator) — O "acórdão" dêste Supremo Tribunal Federal aludido no aresto de fls. 114 e da lavra do eminente Ministro Filadelfo Azevedo, tomado na egrégia 1.ª Turma, contra os votos dos eminentes Ministros Castro Nunes e Aníbal Freire parece que não abriu esteira a outros, aparecendo como *solus peregrinus* entre os julgados dêste Tribunal.

Não havia, assim, como a propósito se observa no acórdão recorrido, verdadeira *jurisprudência*. Esta se forma por uma série longa e uniforme de arestos. Em certos casos, no silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, essa sequência invariável nos julgamentos, torna-se, como dizia Eschbach como que "suplemento da legislação" (Étude du droit, pág. 38).

E sòmente então é que, de-vedro, se via no caso autoridade de lei: "... *rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere* (Fr. 38, *De legibus*, I. 3).

A jurisprudência de qualquer modo, não tem a autoridade de lei: — *non exemplis sed legibus iudicandun*. Se ela, entretanto, se assenta em razões poderosas e fundamentos de calado profundo, e se mostra inteiriça e constante, o precedente, pôsto não obrigativo é invocável e deve ser considerado atentamente.

Na hipótese, trata-se, não de jurisprudência, senão de um só aresto e que, como se observa no v. acórdão recorrido, pôsto sufragado por figuras exponenciais da Magistratura nacional, aparta-se da tradição do nosso direito.

A decisão do tribunal riograndense não merece reformada.

A nomeação do autor para o cargo de escrivão era *interina* e tinha que desprevalecer em face da reintegração no cargo de seu antigo titular.

O haver êle prestado *concurso* não bastaria, ainda com a aprovação, a impedir a reintegração e nem lhe trouxe o alegado "direito adquirido".

Verdadeira é a tese de que a aprovação em concurso não origina, falando pela via ordinária, direito a nomeação.

Foi o que já decidiu êste Supremo Tribunal em acórdão inserto no Arquivo Judiciário, vol. 35, pág. 104:

"A aprovação em concurso apenas traduz uma situação jurídica abstrata, salvo quando a lei, expressa e imperativamente, faz decorrer da respectiva classificação, o direito que possa ser incorporado, como adquirido, ao patrimônio de concorrente aprovado, como, por exemplo, quando obriga o poder público a nomear o candidato habilitado.

Fora dêsse caso, é simples título de habilitação, que recomenda a preferência, mas não outorga o direito de exigí-la..."

Como ensina Jellinek (Sistema di diritti pubblici subbietivi, pág. 195), "*colui che prova di a ver sostenuto l'exame statale con buono risultato non acquista con ciò una pretesa giuridica quale che si a all'ampiego*".

O acórdão de que se extraiu o lance acima, põe a questão em seus verdadeiros têrmos: — a não ser que dispositivo legal exista, induvidoso, por fôrça do qual derive direito da classificação obtida, do concurso prestado, domina no caso o poder discricionário da autoridade, e que, segundo Fritz Fleiner, vigora "*en todo aquello en que la autoridad administrativa no esté vinculada a la ley* (Inst. de Der. Adm., trad. esp., p. 116).

Sem que exista aquêle dispositivo expresso, a atividade da Administração é "*discrezionale*" e não "*vincolata*", para lembrar a lição de Raggi (Dir. Am. pág. 184).

E se assim é, o que em favor do candidato existe, ainda depois de prestado o concurso, é uma *spes iuris*, e não um direito adquirido.

Trata-se no caso de relação de direito público e em que, por inexistir obstáculo do direito adquirido, as leis têm efeito imediato e intenso (vêde Roubier, Les Conflits des lois dans le temps, vol. 2.º, n.º 122).

Inaplicável se mostra ao caso o art. ora restabelecido pela lei maior, 3.º da antiga Introdução do Código Civil. E' que não há direito adquirido, caso em que a lei se aplica aos fatos anteriores, consoante a doutrina clássica assim traduzida por Nicola Stolfi:

"*La teoria piu comunemente accettata, é aquela che distingue il diritto quesito dalle semplici aspettative, e della facoltà di legge, e ritiene che il primo sia regolato dalla legge vechia le secondo dalle legge nuova... In linea generale la legge non protegge le aspettative di diritti, che suono tuttora spes iuris, diritti in fieri*" (Dir. Civ., vol. I, Parte 1.ª, ns. 373 e 376).

Se o funcionário, prestado o concurso, tem simples esperança de direito, pode a Administração tomar de novos rumos.

A expectativa de direito (*rechslage*), conforme discursa Faggella, forte na lição de Kohler, "*può condurre o non condurre a un dato effetto giuridico, a seconda che si verifichi o non verifichi il concurso di circostanze sucessive*" (*in* Corso, de Bianche, v. II, pág. 163).

Para que vingasse a pretensão do recorrente, mister fôra se houvesse o concurso como "condição preestabelecida e inalterável a arbítrio de outrem", o que não acontece, pois êle não impede a alteração de quadros, a reorganização do serviço, a anexação do cargo, a própria extinção dêste antes do provimento, etc.

A afirmação, pois, não obstante o prestígio com que a conforta doutrina do preclaro Filadelfo Azevedo, sufragada por acórdão dêste Tribunal, é, *data venia*, tanto lógica, e não me parece prosperável no regime estatutário dos funcionários públicos. Já tive o ousio de manifestá-lo em outro voto. E devem ser, ao propósito, invocadas as excelentes razões com que àquela doutrina se opõem os egrégios Espínola — Espínola Filho.

Conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Conheceram do recurso e negaram-lhe provimento, decisão unânime.

Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. Ministro Goulart de Oliveira substituído pelo Exmo. Sr. Ministro Macedo Ludolf.