PROFESSOR CATEDRÁTICO — CONCURSO — DIREITO DE NOMEAÇÃO

— Mantida judicialmente a classificação, deve ser nomeado o candidato melhor colocado.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

PROCESSO P. R. N.º 9.492-59

Presidência da República. Consultoria-Geral da República. E.M. n.º 75, de 17 de abril de 1959. Encaminha o Parecer n.º 525-Z, de 16 de abril de 1959, sôbre nomeação do Professor Ulísses de Melo e Silva para o cargo de professor catedrático da cadeira de Introdução à Ciência do Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná. "De acôrdo com o parecer do Sr. Consultor-Geral da República. Em 31-8-59". (Rest. proc. ao M.E.C. em 8-9-59).

*

PARECER

I — Trata o processo anexo da nomeação do Professor Ulísses de Melo e Silva para o carço de professor catedrático da cadeira de Introdução à Ciência do Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná.

Êsse professor conquistou a cátedra, em concurso, competindo com o Professor Humberto Grande, que recorreu para o Ministério da Educação e Cultura, pleiteando a nulidade da inscrição de seu concorrente, sob alegação de ter sido a tese por êste apresentada simples cópia de vários trechos de autores nacionais e estrangeiros, verdadeiro plágio.

A banca examinadora, composta de eminentes professôres: Pedro Calmon, catedrático de Teoria Geral do Estado da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil; Benjamin de Oliveira Filho, catedrático de Introdução à Ciência do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Fluminense; Nélson de Sousa Sampaio, catedrático de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito da Universidade da Bahia; Laerte de Macedo Munhós, catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná e Altino Portugual Soares Pereira, catedrático de Direito Civil, da mesma Faculdade, alertada dessa argüição de plágio, não obstante, a desprezou, classificando, em 1.º lugar, no concurso, o Professor Ulísses de Melo e Silva.

O Conselho Universitário, assim como a Congregação da Faculdade, por duas vêzes, uma das quais por iniciativa desta Consultoria-Geral, em face de nova documentação apresentada pelo professor Humberto Grande, manifestaram-se pela validade do concurso e conseqüente nomeação do candidato classificado em primeiro lugar.

O Exmo. Sr. Ministro da Educação e Cultura tomou, a propósito, meu parecer, como Consultor-Geral da República, o qual concluiu pela validade do

concurso, não obstante a ligeireza com que o citado professor, classificado em 1.º lugar, escrevera sua tese. Pareceu-me, principalmente em face da prévia argüição de plágio formulada pelo Professor Humberto Grande, que não poderia o Ministro substituir pelo seu o critério da banca examinadora, ainda mais porque, em nenhuma das provas, êsse candidato, classificado em 2.º lugar, conseguira superar o Professor Melo e Silva: na verdade nenhum examinador atribuiu a êste último concorrente, em qualquer das provas, uma nota, que fôsse, inferior às conferidas ao Professor Humberto Grande; êste, em algumas provas, o máximo que conseguiu foi igualar, em nota, ao Professor Ulísses de Melo e Silva (Parecer n.º 180-Z, *Pareceres do Consultor-Geral da República*, vol. II, 1958, pág. 83).

O Exmo. Sr. Ministro da Educação, neste recurso de nulidade, não aprovou o parecer desta Consultoria. Pediu o pronunciamento do Conselho Nacional de Educação, o qual, por voto de desempate, manifestou-se pela nulidade da inscrição do candidato classificado em 1.º lugar.

O Exmo. Sr. Ministro da Educação aprovou essa última conclusão. Com ela, porém, não se conformou o Professor Ulísses de Melo e Silva, que impetrou mandado de segurança ao egrégio Tribunal Federal de Recursos e êsse Tribunal deu razão ao impetrante, anulou o ato do Ministro, julgou válido o concurso e assegurou o direito à nomeação ao candidato classificado em 1.º lugar.

Consta do processo que dessa decisão foi interposto recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal Federal de Recursos comunicou ao Exmo. Sr. Ministro da Educação, para cumprimento, sua decisão. O eminente titular da Pasta tomou, então, o parecer do seu douto Consultor Jurídico e êste concluiu, em face do recurso extraordinário manifestado, que se torna discricionária a oportunidade do provimento, pelo que o processo foi submetido, com essa consideração, à elevada apreciação e decisão do Exmo. Sr. Presidente da República, dignando-se S. Excia. de requisitar, a respeito, o pronunciamento desta Consultoria-Geral, de resto, proposto pela própria exposição ministerial.

II — É cânone expresso do nosso direito positivo que não tem efeito suspensivo o recurso das decisões proferidas pelos Tribunais, nos processos de mandado de segurança, conforme procurei esclarecer no Parecer n.º 501-Z, aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República (*Diário Oficial* de 20-1-59, pág. n.º 1.097).

Por outro lado, é certo, como se discute, no processo, que à autoridade que nomeia, ao Presidente da República, *em linha de princípio*, se reconhece a oportunidade dos provimentos dos cargos públicos.

Reconhece-se, com efeito, na doutrina e na jurisprudência, que a autoridade administrativa não é obrigada a preencher as vagas acaso existentes no serviço público, mesmo no caso em que tenha mandado abrir os respectivos concursos. Sòmente a lei pode obrigar, em prazo certo o provimento dos cargos. A propósito, do ponto de vista doutrinário, colhe-se a opinião de Jellineck, que tratou, *ex professo*, em obra memorável, dos Direitos Públicos Subjetivos: "*Colui che prova di aver ostenuto il exame statale con buono resultato non ecquista con ció una pratesa giuridica quale che sia l'impiego*" (*Sistema di Diritti Publici Subiettivi*, pág. 195). No mesmo sentido, Francesco Alessio, *Ist. di Dir. Amnistrativo*, 1932, vol. I, pág. 430). Também Bruni, citado e apoiado por Mário Mazagão, fundado em copiosa jurisprudência do fim do século passado e do século atual, o atesta: *Il ritardo talvolta frapposto dal governo a coprire i posti vacanti nei diversi impiegi dello Stato non puó esser censurato per illegimitá e per ecesso di potere, poiché la pubblica Amministrazione non é vinculata da alcuna disposizione di legge e promuo-*

vere le nomine appena si verificano le vacanze (*Legge sullo stato degli impiegatti civile*, 1913, pág. 131).

Seabra Fagundes generalizou o princípio, em seu livro clássico: "A Administração pública pode, assim, sem contrariar o regime da legalidade, sem ir positivamente de encontro à determinação legislativa, abster-se de executar a lei. Quando não existia uma peremptória fixação de prazo, para a aplicação da regra, fica-lhe a faculdade de conciliar a execução com as conveniências de tempo e utilidade, indicadas por circunstâncias, que só ela pode aferir" (*O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, n.º 48, pág. 119, 2.ª edição).

É o que Hauriou já assinalava, no estudo publicado em homenagem a Carré de Malberg, situando a posição do juiz ao apreciar a oportunidade dos provimentos administrativos: não se lhe reconhece o poder de contrôle, *lorsqu'il se trouve en presence d'un cas d'appreciation de oportunité, ne se reconnait pas le pouvoir de controler l'Administration* (Melanges R. Carré Malberg, 1933, pág. 1.233-4).

A propósito, escapa, efetivamente, aos juízes o contrôle da oportunidade da nomeação, não tem cabimento qualquer medida judicial tendente a obrigar o Govêrno a nomear, salvo, é claro, a existência de lei expressa limitando o alvedrio da Administração, como discursa Waline: *"Pouvoirs du juge. Ils se limitent à une controle de légalité. à l'exclusion de tout controle de l'opportunité de la nomination* (Marcel Waline, *Traité Élementaire de Droit Administratif*, 6.ª ed., pág. n.º 377).

No mesmo sentido, veja-se como se manifestam Paul Duez et Guy Debeyre, em obra recente: "*En principe, le pouvoir de nomination est discretionaire: l'autorité avant le pouvoir de nomination déssigne qui elle veut, quand elle veut et comme elle veut*" (*Traité de Droit Administratif* 1952, n.º 889, pág. 652). É a mesma lição de Gaston Jèze, *Le procedé tecnique de la nomination en droit public français* (*Rev. de Droit Public*, 1927, pág. 581).

Os princípios expostos têm inteira aplicação em nosso direito. O Supremo Tribunal Federal tem julgado, reiteradamente, que não há direito subjetivo do candidato classificado em primeiro lugar à respectiva nomeação (ac. no recurso extraordinário n.º 8.837, Relator o Ministro Orosimbo Nonato, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 26, pág. 68; item, ac. no recurso extraordinário n.º 7.387, em grau de embargos, *Revista* cit., vol. I, pág. 590). Dêsse acórdão, verifica-se que o Govêrno, depois de tornar-se caduco, pelo decurso do respectivo prazo, determinado concurso, nomeou candidatos que não prestaram concurso. Houve reclamação de classificação em primeiro lugar, reclamação rejeitada pelo Supremo Tribunal, em grau de embargos (ver, ainda, nesse sentido, acórdão do recurso extraordinário n.º 8.575, Relator o Ministro Laudo de Camargo; ainda, acórdão do Supremo Tribunal Federal, no *Arquivo Judiciário*, vol. 35, pág. 104; acórdão do Tribunal Federal de Recursos, embargos na apelação cível n.º 241, comentado por Alcino Pinto Falcão, *Revista Forense*, vol. 144, pág. 169; acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *Revista de Direito Administrativo*, vol. I, pág. 596; do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *Revista* cit., vol. II, pág. 217).

Trata-se, em verdade, de princípio pacífico, *que sofre exceções*, a primeira delas, quando há expressa disposição legal fixando a época, a data da nomeação; a segunda, quando a autoridade nomeia candidato não aprovado ou não segue a ordem das nomeações, quando esta decorre de imperativo legal. Dá-se, aqui, o desvio de poder, passível de correção judicial, conforme sustentamos no Parecer n.º 36-U, de 15 de dezembro de 1954, aprovado pelo Chefe do Govêrno:

"Mas, certo, conforme afirmaramos, é que não cabe ao Judiciário assegurar, a quem quer que seja, direito à nomea-

ção, pois, mesmo da prestação de concurso, não resulta a qualquer pessoa direito objetivo de ser nomeado, *salvo se a autoridade administrativa nomeia sem observância do concurso realizado e dentro do prazo de sua validade"* (*Pareceres do Consultor-Geral da República*, volume único, 1955, pág. 197).

III — No caso, a autoridade optara pela oportunidade do provimento, pois, nomeou o livre-docente Dr. Humberto Grande para, como catedrático interino, reger a cadeira. Agora, essa nomeação não pode subsistir, pois, deixaria de observar o concurso aberto, concurso reputado válido por decisão judicial.

No caso concreto, pois, o professor Humberto Grande ocupa a cátedra em caráter interino. Desde que o Tribunal Federal de Recursos comunica ao Ministério que não subsiste o ato do Ministro, que, a seu modo, acolhera a argüição de nulidade; desde então, julgado válido o concurso, o Govêrno está na obrigação e no dever, em respeito à decisão judicial, de prover, no cargo de catedrático, o professor Ulísses de Melo e Silva.

Fica ressalvado que se o Supremo Tribunal Federal acolher o recurso interposto e restabelecer o ato ministerial, o Govêrno tornará sem efeito a nomeação, ora aconselhada.

O recurso para o Tribunal Maior não tem, pois, efeito suspensivo (*Código de Processo*, art. 808, § 1.º), quer dizer, o recurso não constitui obstáculo ao cumprimento imediato da decisão judicial. Cabe, em conseqüência, a exoneração do livre docente professor Humberto Grande e a nomeação do catedrático professor Ulísses de Melo e Silva, assegurada pela decisão exeqüenda.

Salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 16 de abril de 1959. — *A. Gonçalves de Oliveira*, Consutor-Geral da República.