NOMEAÇÃO — CONCURSO — PRAZO DE VALIDADE — INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO

— A demora no provimento do cargo não constitui mora, pois não tem a administração, em princípio, dever de efetuá-lo em prazo certo.

— O concurso em si não é bastante para originar direito à nomeação, de acôrdo com a lei do tempo em que se efetivou. E esta consideração basta para eliminar a possibilidade de se configurar o direito adquirido.

— A administração pode marcar prazo de validade dos concursos, e deixar, pôsto que ocorram vagas, de prover os cargos, quando inexista peremptória fixação de prazo. O que a administração não pode é prover o cargo com ofensa da lei. Pode, porém, deixar de prover o cargo, sem ofensa de direito adquirido, que inexiste, do habilitado em concurso.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

União Federal *versus* Enock Gomes de Almeida

Apelação n.º 7.387 (embargos) — Relator: Sr. Ministro

OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos na aplicação cível n.º 7.387, de Pernambuco, embargante a União Federal, embargado Enock Gomes de Almeida:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, integrando neste o relatório de fls., e na conformidade das notas taquigráficas precedentes e de que constam, também, os votos vencidos, receber os embargos, reformar o acórdão embargado e restaurar a sentença de primeira instância, pagas as custas na forma da lei.

Rio de Janeiro, 9 de agôsto de 1944 (data do julgamento). — *Eduardo Espínola*, presidente. — *Orozimbo Nonato*, relator.

RELATÓRIO

O Sr. ministro Orozimbo Nonato — Adoto o de fls. do eminente Sr. ministro Castro Nunes, relator da apelação, *verbis*:

"O apelante propusera a ação para que lhe fôsse reconhecido o direito à nomeação e conseqüente promoção, alegando ter feito concurso para o lugar de auxiliar a que corresponde, hoje, o de escriturário da classe D da Diretoria dos Correios e Telégrafos de Pernambuco, nomeação que, entretanto, não conseguiu, não obstante terem ocorrido vagas e o aproveitamento de outros candidatos que como êle concorreram. A sentença dá notícia pormenorizada do caso... e passo a lê-la... Concluiu o Juiz improcedente a ação pelos fundamentos seguintes:

"Dos autos se verifica que o autor, em maio de 1933, prestou concurso para auxiliar de terceira classe, sendo classificado em 13.º lugar, sendo êsse concurso aprovado pelo Diretor Geral dos Correios e Telégrafos.

Não foi, porém, nomeado, sobrevindo a "prescrição dêsse concurso", sem que, por terem sido suspensas as nomeações, se tivesse feito a aproveitamento do autor. (v. docs. de fls. 49).

Do exposto, segue-se que o autor não tem direito adquirido, como alega, porque, conforme acentua o art. 3.º, § 1.º, do Cód. Civil (Introdução), consideram-se adquiridos os direitos que o seu titular ou alguém por êle possa exercer, como aquêles cujo começo de exercício tenha têrmo prefixo ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem. Diante dos têrmos claros e expressos da regra consubstanciada no art. 3.º, § 1.º, do Cód. Civil, bem se compreende que o autor não pode exigir que o Poder Executivo o nomeie escriturário da classe D e o promova, independentemente de interstício.

Assim, as nomeações feitas em virtude de novo concurso que realizou são válidas.

Os requisitos "legais para que haja direito adquirido não existem no caso, consoante já frisamos e... julgo a ação improcedente..." — *Irineu Joffily de Azevedo Sousa.*"

Apelou o autor. O Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral opinou pela confirmação.

Submetido o caso à egrégia Primeira Turma, foi dado provimento, em parte, ao recurso, contra os votos dos Exmos. Srs. Ministro Castro Nunes, relator, e Aníbal Freire. Os votos vencidos assim se formularam:

O do Exmo. Sr. ministro Castro Nunes: "... meu voto é no sentido de confirmar a sentença apelada, pelos seus fundamentos, de vez que o autor não pode invocar direito adquirido. Com efeito, o direito que alega de ser nomeado em virtude do concurso, perdeu um dos seus elementos essenciais, que é a validade dêsse concurso, porquanto êste prescreveu, decorrido certo prazo. O apelante, por conseguinte, perdeu o direito à nomeação...".

O do Exmo. Sr. ministro Aníbal Freire: "... acompanho o voto do Exmo. Sr. ministro relator. A meu ver, há uma circunstância a considerar: o direito do funcionário existiria se o Govêrno fôsse obrigado a nomeá-lo.

Evidentemente, porém, essa obrigação não existia, porque, mesmo em se tratando de funcionário que prestou concurso, o Govêrno podia escolher outro que igualmente houvesse feito concurso e fizesse parte da lista organizada. Se o apelante fôsse o único classificado e não fôsse aproveitado, havendo vaga, aí sim, teria direito à nomeação. Uma vez, porém, que havia outros classificados, o Govêrno podia escolher outro sem ferir direito algum do apelante".

O Sr. ministro Laudo de Camargo — O ponto principal da questão, a meu ver, é êsse: se havia maior número de vagas do que de classificados no concurso.

O Sr. ministro Castro Nunes — Realmente, impressiona, no caso, êsse aspecto de eqüidade, de justiça; direito, pròpriamente dito, não existe, porém, em favor do apelante, porquanto o Govêrno não tinha prazo para efetuar a nomeação.

O Sr. ministro Aníbal Freire — Acompanho, pois, como disse, o voto do Exmo. Sr. ministro relator.

Prevaleceu, porém, o voto do revisor, o eminente Sr. ministro Filadelfo Azevedo, que teve a expressa concordância do eminente Sr. ministro Barros Barreto e Laudo de Camargo. O voto de S. Excia. foi o seguinte:

"Dou provimento para julgar em parte procedente a ação e assegurar ao apelante apenas os direitos patrimoniais reclamados, inclusive o das promoções por antiguidade, até seu completo aproveitamento na carreira e o faço exatamente com base no texto invocado pela sentença, de irrestrita vigência ao tempo em que ocorreram os fatos, isto é, em 1936, em face da Constituição de 1934 — o de garantir o direito adquirido.

Os fatos não são contestados: corria ainda o triênio da vigência do concurso prestado pelo apelante e havia vagas suficientes, para o seu aproveitamento absoluto, quer no primeiro degrau (hoje classe D), quer no imediato, cujo provimento repercutiria naquele, e, no entanto, se passou a novo regime e se procedeu a novo concurso, em seu detrimento. Aliás, decretos posteriores revalidaram efeitos de concursos antigos.

A fórmula de irretroatividade legal, que se poderia chamar brasileira, era a mais ampla que se conhecia e abrangia o caso da condição inalterável a arbítrio de outrem.

Como tive ocasião de demonstrar, em comentário a acórdão do Tribunal do Ceará (*Revista de Crítica Judiciária,* vol. 11, pág. 151), apesar dos defeitos de técnica na definição do art. 3.º, § 1.º, da introdução do Código Civil, hoje abolida, teria de ser entendida êsse outrem como o próprio legislador, a quem seria vedado alterar a condição pendente. Em face de texto tão expresso, não se justificaria, portanto, a distinção entre gôzo e exercício que alguns autores estrangeiros admitem e, assim, muitos casos comumente considerados de mera espectativa teriam de ser reconhecidos no Brasil como de indiscutível direito adquirido. Tais excessos, salvo a possibilidade de afastamento expresso, a partir de 1937, só foram abolidos com o advento da nova Introdução, que substituiu a defeituosa teoria dos direitos adquiridos pela das situações jurídicas definitivamente constituídas".

Nessa conformidade, lavrou-se o acórdão de fls. 91 (lê). Inconformada, apresentou a União Federal os embargos de fls. 93 (lê). A impugnação vazou-se nestes têrmos (lê) (fls. 99). Passo os autos ao Sr. ministro revisor, submetendo à esclarecida censura de S. Excia. o presente relatório.

Rio de Janeiro, 24 de maio de 1944. — *Orozimbo Nonato.*

VOTO

O Sr. ministro Orozimbo Nonato — Achando-se exausto o prazo de validade do concurso a que se referem os autos, não pode, a meu ver, e *data venia,* alegar o embargado com o "direito adquirido", ao fito de reclamar a nomeação. Aquêle alegado "direito adquirido" inexistia no caso; apenas se configura um *spes juris,* ainda na fórmula da antiga lei de Introdução; porque subordinada estava a prazo, que se exaurira, e porque a Adminis-

tração não está constrangida a prover os cargos neste ou naquele percurso de tempo. Razões de ordem econômica e administrativa impediriam pudesse assumir o porte de "obrigação" o "dever" de prover cargos públicos em prazo determinado.

Já êste Supremo Tribunal decidiu de uma feita:

"A aprovação em concurso apenas traduz uma situação jurídica abstrata, salvo quando a lei, expressa e imperativamente, faz decorrer da respectiva classificação direito que possa ser incorporado, como adquirido, ao patrimônio do concorrente, como, por exemplo, obriga o Poder Público a nomear o candidato habilitado" (*Arquivo Judiciário*, vol. 35, pág. 104).

A doutrina mais desimpedida toma rumos e não se desconvizinha dessa esteira. Da só prestação do concurso não origina direito adquirido à nomeação, a não ser que êsse direito encontre nascente em texto de lei. Fora daí haverá, como observa D'ALESSIO (*Ist.*, I, n.º 318, *in fine*) *"un diritto afievolito, una speciale forma de interesse legitimo, non mai un diritto subjetivo"*.

Se a lei não exprime essa obrigação, isto é, a de nomear em determinado prazo, a pretensão é descabida por não se configurar direito adquirido. E se o prazo de validade do concurso se esgotou, a situação dêle derivada desaparece, sem conseqüências.

Concluir o contrário seria entender que pode a Administração ser constrangida a prover cargos dentro de prazo inampliável, o que chofra com o poder discricionário que, nesse particular, se lhe reconhece e que apenas a lei pode disciplinar e estreitar em certas raias (v. FRITZ FLEINER, *Inst.*, tradução espanhola, pág. 11). Ao Judiciário, apenas compete corrigir os atos excessivos ou abusivos dêsse poder por fôrça dêles degenerados em arbítrio ou maculados do vício da incompetência (v. Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13, § 9.º, letra *b*).

Os direitos do pretendente ao emprêgo público, para o qual se habilitou regularmente não derivam, como os do próprio funcionário, do contrato. Sua fonte é a lei, é o estatuto.

E se a lei não assina prazo de nomeação e se a validade do concurso é temporária, subsiste apenas dentro em prazo determinado; exausto êste, não há que falar em direito à nomeação.

Êsse direito surgiria apenas na ocorrência de *preterição ilegal*, isto é, no caso dos autos, se nomeação ocorresse, contra o concurso, no prazo da validade dêste. A nomeação indébita e ilegal é que faria surgir, em prol do embargado, o direito que pretende, pois já então se tratava de providência particular contra êle e não de simples ação ou omissão de caráter geral, tomada, presumìvelmente, no interêsse coletivo (v. HAURIOU, *Préc.*, pág. 621).

A demora no provimento do cargo não constitui mora, pois não tem a Administração, em princípio, dever de efetuá-la em prazo certo. E, se assim é, como parece incontestável, o direito à manutenção permaneceria sempre potencial em sua existência e incerto em seu conteúdo, como se exprime MODESTINO PETROZZIELLO.

O concurso em si não é poderoso a originar direito à nomeação, de acôrdo com a lei do tempo em que se efetivou. E esta consideração basta a eliminar a possibilidade de se configurar, na hipótese, direito adquirido.

No caso, deixou o Govêrno se escoar o prazo de validade do concurso sem prover os cargos. E essa omissão não gera direitos ao particular — de igual modo que o silêncio — desde que não se trate daquela parte da atividade administrativa a que os autores italianos apelidam *"atività vincolata"*. A abstenção da autoridade não origina direito à parte, se se trata de atividade livre.

LUIGI RAGGI:

"Attività vincolata é l'aplicazione di una norma precisa. Attività discrecionale si ha quando l'attività non é regolata o completamente o in parte, siechè questa attività é libera di esplicarsi se in quando *e con il contenuto che gli organo amministrativi credono oportuno"* (Dir. Am., 3.ª ed., pág. 184).

A administração pode marcar prazo de validade dos concursos e pode deixar, pôsto ocorram vagas, de prover os cargos, desde que inexista peremptória fixação para a aplicação da regra segundo a qual deve o cargo ser provido pelo concorrente habilitado.

É o que, generalizando o princípio, ensina SEABRA FAGUNDES:

"A Administração Pública pode... sem contrariar o "regime de legalidade"... abster-se de executar a lei. Quando não exista 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*, págs. 79-80).

O que a Administração não pode é prover o cargo com ofensa da lei. Pode, porém, deixar de prover o cargo sem ofensa de direito adquirido, que inexiste, do habilitado em concurso. E se essa habilitação se extingue *ratione temporis*, não haverá ofensa de direito adquirido, senão o malôgro de um *spes juri* ou, se preferem, de simples direito reflexo da técnica alemã, ou interêsse legítimo, na linguagem dos juristas italianos; em qualquer caso, situação que não se categoriza como *direito adquirido* ou como situação jurídica definitivamente constituída.

Dir-se-á — e aqui surge o argumento cabedal do venerando acórdão embargado — que tais doutrinas, pôsto tenham curso desembaraçado no direito estrangeiro, não podiam prosperar no regime da antiga Introdução ao Código Civil, em face do § 1.º do art. 3.º, *verbis*:

> "Consideram-se adquiridos, assim, os direitos que o seu titular ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo comêço de exercício tenha têrmo prefixo, *ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem*".

Mas, *data venia*, e sem quebra do aprêço que as altas autoridades que apadroam o assêrto respeitosamente acato, não me parecem sólidos os fundamentos em que êle se procura manter, a menos que se ofereça abrigo a remanescentes da doutrina contratual de direito privado. Fora disso, o argumento se reduz, a meu ver, a um *circulus in demonstrandum, a uma petitio principii*. A condição a que se refere o texto antessupõe ato volitivo e a situação do funcionário é estatal, decorre da lei ou do Estatuto.

O evento na condição está sempre relacionado com a vontade jurìdicamente manifestada. De resto, ainda que considere a ocorrência da vaga como *conditio juris*, que, verificada, concretizaria o direito, outro *conditio* surge, a menos que as relegue tôda a doutrina da discrição (que não é arbítrio) da atividade administrativa: a da oportunidade, da conveniência, do preenchimento do cargo. E, para eliminar essa *conditio* fôrça é que se considera contratual a relação entre o funcionário e o Estado.

Julgá-la eliminada em face do § 1.º do art. 3.º da Introdução é dar como demonstrado o que se pretende demonstrar. Em suma: o concurso em que se fortalece o autor perderá a validade, *ratione temporis*. À administração era lícito, salvo provado desvio do poder, prover o cargo, quando julgasse conveniente, salvo lei expressa em contrário.

A ação não tinha fundamento, têrmos em que recebo os embargos.

VOTO

O Sr. ministro Valdemar Falcão — O direito que fôra reconhecido ao embargado pelo acórdão questionado a que se submetera, cujo período de vigência, por fôrça dos Decretos-leis ns. 636, de 19 de agôsto de 1938, 1.151, de 14 de março de 1939, e 1.572, de 6 de setembro de 1939, foi sendo sucessivamente dilatado até 31 de dezembro dêsse último ano.

Êsses diplomas legais equivalem à manifestação explícita, por parte do Poder Público, acêrca do reconhecimento de direitos dos candidatos classificados nos concursos cujo prazo de validade era assim prorrogado, exigindo-se apenas a condição do exercício de um ano em função pública federal *na data da nomeação*, condição essa que o apelado, antigo auxiliar de 3.ª classe, mensalista (contratado) da Diretoria Regional dos Correios e Telégrafos de Pernambuco, não poderia, certamente, deixar de preencher.

Vindicando judicialmente seu direito, em ação iniciada aos 5 de dezembro de 1939 (fls. 3), antes, pois, de expirar o prazo de validade do concurso, e depois de desiludido de obter acolhida na esfera administrativa, buscava o autor apelado o cumprimento da promessa que lhe fizera o Poder Público, através dos anúncios do concurso, referente à nomeação para o cargo citado no respectivo edital, de modo que, se o não amparassem os diplomas legais acima apontados, estaria o autor escudado na preceituação contida nos arts. 1.512 a 1.516 do Código Civil.

O acórdão embargado, que mantenho, valeu, em sua conclusão prática, pela proclamação dêsse direito, que militava em prol do autor apelado.

Os embargos da União Federal não conseguem alterar os lineamentos jurídicos em que o aresto citado enquadrou a lide, motivo por que sou levado a rejeitar ditos embargos.

VOTO

O Sr. ministro Filadelfo Azevedo — Sr. presidente, rejeito os embargos.

VOTO

O Sr. ministro Goulart de Oliveira — Sr. presidente, recebo os embargos, nos têrmos do voto do Sr. ministro relator.

VOTO

O Sr. ministro Castro Nunes — Sr. presidente, recebo os embargos, de acôrdo com o Sr. ministro relator.

VOTO

O Sr. ministro Aníbal Freire — Sr. Presidente, recebo os embargos.

VOTO

O Sr. ministro Barros Barreto — Sr. presidente, desprezo os embargos.

VOTO

O Sr. ministro José Linhares — Sr. presidente, recebo os embargos.

VOTO

O Sr. ministro Laudo de Camargo — Rejeito os embargos.

VOTO

O Sr. ministro Bento de Faria — Sr. presidente, recebo os embargos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Receberam os embargos, contra os votos dos Exmos. Srs. ministros Valdemar Falcão, Filadelfo Azevedo, Barros Barreto e Laudo de Camargo.