

# Parecer sôbre Caducidade de Concurso

ALAIN DE ALMEIDA CARNEIRO

PROCESSOS 1.669 E 2.192-51

OS candidatos inscritos no concurso para Inspetor do Trabalho (C-160) requerem à Administração que proclame a sua caducidade, em face dos vícios que, a seu ver, insanavelmente o maculam. E' o objeto do processo 1.669-51.

Com o mesmo fundamento, e alegando, ainda, a reabertura das inscrições do referido concurso, *Clementino Argileu da Silva*, Inspetor do Trabalho interino, requer a sua efetivação, na forma do art. 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que dispõe:

"Os atuais funcionários interinos da União, dos Estados e dos Municípios, que contem, pelo menos, cinco anos de exercício, serão automaticamente efetivados na data da promulgação dêste ato.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica:

I — .....

II — Aos que exerçam cargos para cujo provimento se tenha aberto concurso, com as inscrições encerradas na data da promulgação dêste ato".

E' o objeto do processo 2.192-51.

São dois, portanto, os problemas propostos: — se à data da promulgação da Constituição estava caduco o concurso C-160, para Inspetor do Trabalho e se, nessa mesma data, estavam abertas ou encerradas as inscrições.

I — Vejamos, em primeiro lugar, a questão da caducidade.

Sustentam os interessados que houve alterações nos programas, carência de prazos certos, reabertura das inscrições e procrastinação das provas, tudo em prejuízo da *imutabilidade* das condições originais, tese a que se acostam, emprestando ao concurso para cargo público, explícita ou implicitamente, caráter contratual.

Essa é, pois, a afirmativa básica dos postulantes: o concurso é um contrato sinalagmático.

A questão, posta nesses termos, já pode ser havida como inteiramente superada, entre nós. Não há no concurso, afirma TITO PRATES DA FONSECA, nenhum contrato bilateral (*Lições de Direito Administrativo*, 1943, p. 164).

Pouco importa, do ponto de vista de nosso direito positivo, a opinião contrária dos autores estrangeiros arrolados, a que muitos outros se poderiam reunir. Sustenta tese contratual nos con-

curso para cargo público, somente quem, igualmente, admite a existência de contrato bilateral na relação de emprêgo. Fora disso, seria pretender que de um contrato sinalagmático pudesse resultar uma relação estatutária; seriam, em outras palavras, imutáveis as condições do concurso, mas, uma vez admitido o funcionário, desapareceria, por completo, essa imutabilidade protetora. O Estado não poderia alterar as condições da seleção — fixadas em portaria — mas poderia, quando e como lhe aprouvesse, mudar as condições do trabalho, — fixadas em lei.

E' exatamente por entender assim, isto é, por considerar o concurso *fase preliminar da relação de emprêgo* que PACINOTTI, invocado no recurso, considera imutáveis as suas condições, pois o emprêgo público, a seu ver, é *negócio jurídico bilateral* (*L'Impiego nelle Pubbliche Amministrazioni* — 1907, p. 124, 166, 167).

A questão, portanto, se desloca: se o concurso, como afirma o referido autor, é fase preliminar e indispensável da relação de emprêgo, o que importa verificar é a natureza jurídica dessa relação final, que lhe comunicará seus próprios característicos.

Ora, sôbre a natureza dessa relação jurídica, em nosso direito positivo, nenhuma dúvida razoável pode mais ser levantada. O regime do funcionário público, no Brasil, quaisquer que tenham sido as dúvidas primitivas, é o regime estatutário, com a mais formal e absoluta repulsa da tese contratual, sob qualquer de seus múltiplos aspectos.

"Não é necessário desdobrar tôdas as linhas em que se amplia o debate para mostrar o crescente desprestígio da doutrina contratual, que vai encontrar origem em pareências falazes e na idéia falsa de que as outras doutrinas levam ao mais desimpedido dos arbítrios. Nem o expediente de que outros se socorrem, como *Orlando* e *Laband*, do apêlo à existência de contrato de direito público, pode prevalecer contra a doutrina estatutária, a não ser que se quisesse submeter a noção irredutível de contrato, guardando-se-lhe apenas o rótulo, para uma situação jurídica, "tutto quello" diferente daquela que o contrato indica e caracteriza. A situação jurídica do funcionário não é contratual. E' regulamentar, subordinados os seus direitos aos fins públicos de sua função. E o Estatuto é o regulamento que baliza o alvedrio do governante e oferece demarcações das garantias e proveitos dos funcionários" (voto vencedor do Ministro OROZIMBO NONATO, em acórdão unânime do Supremo Tribunal Federal, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 163).

No mesmo sentido é o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de que foi relator o ilus-

tre Ministro MÁRIO GUIMARÃES, e no qual afirmou aquela Egrégia Côrte :

“E’ doutrina dominante que a relação de emprêgo é estatutária; os direitos do servidor público estão fundados na lei e não no contrato” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 13, p. 229).

O assunto não comporta mais discussões : em face do nosso direito positivo, sendo declaradamente estatutária a relação de emprêgo, não se pode vislumbrar, no concurso, nenhum contrato bilateral.

Esta é a tese. Só quem considera de natureza contratual a relação de emprêgo público, pode enprestar tal caracterização jurídica aos concursos para escolha de candidatos.

II — Note-se, entretanto, que a recíproca não é verdadeira. Mesmo admitindo a existência de contrato no emprêgo público, não é fácil sustentar a imutabilidade das condições do concurso, fase preliminar da escolha, imposta no interesse unilateral e exclusivo do Estado. E’ intuitivo, como disse o Ministro HERMENEGILDO DE BARROS, adiante citado, que o Estado pode alterar as condições, com o objetivo da melhor escolha possível.

A situação é a mesma de uma empresa privada que realiza prova de seleção para, eventualmente, admitir empregados, e que não está presa a quaisquer programas ou prazos.

A situação só se modifica, dando lugar a um direito subjetivo, quanto à imutabilidade das condições, e se a referida empresa, inscrevendo candidatos, ofereceu, como prêmio, o emprêgo pretendido, assumindo o compromisso de provê-lo.

Esta oferta irretatável, — (e não aquela seleção prévia), — é que vincula o policitante.

No caso de serviço público, não há essa irretatabilidade, isto é, ninguém reconhece aos candidatos aprovados em concurso um direito subjetivo, sob cuja invocação seja possível compelir o Estado a efetuar as nomeações prometidas.

Ora, não havendo a obrigação de nomear, isto é, não havendo “prêmio prometido”, irretatavelmente, não há porque sustentar a intangibilidade das condições da seleção.

Sobre o assunto não há qualquer dúvida. Ninguém nega ao Governo a liberdade de livremente prover os cargos públicos, ainda que postos em concurso.

Ampla e uniforme se apresenta a doutrina :

“O fato de ter prestado um concurso e ser aprovado, apenas traduz uma situação jurídica abstrata, salvo quando a lei, expressa e imperativamente, faz decorrer da respectiva classificação o direito que passa a ser incorporado, como adquirido, ao patrimônio do concorrente aprovado, como, por exemplo, quando obriga o Poder Executivo a nomear o candidato habilitado” (Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. VII, p. 217).

“A aprovação em concurso não obriga o Governo, na ausência de dispositivo legal dispondo o contrário, a nomear os candidatos na ordem em que foram classificados” (Supremo Tribunal Federal, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. VII, pág. 273).

“O concurso, em si, não é poderoso a originar direito a nomeação, de acordo com a lei do tempo em que se efetivou. E esta consideração basta a eliminar a possibilidade de se configurar, na hipótese, direito adquirido”. (Voto vitorioso do Ministro OROZIMBO NONATO, *in Revista Forense*, vol. 101, pág. 505).

“Aquêlo que prova haver sido classificado não adquire, com isso, nenhuma segurança jurídica ao emprêgo”. (Jelineck, *Sistema di diritti pubblici subbietivi*, p. 195).

“Le succès au concours ne donne pas un droit abolu à être nommé” (MARCEL WALINE — *Manuel Élementaire de Droit Administratif*, 4.<sup>a</sup> ed., 1946, p. 289).

“Guardando o texto legal silêncio quanto à obrigação de nomear, nenhum direito subjetivo adquire o funcionário, decorrente do só ato de haver passado pelas provas exigidas para a classificação”. (MODESTINO PETROZZIELLO — *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. II, p. 293).

“The fact that a candidate has passed the civil service examination and is on the eligible liste does not in and of itself antitle him to appointment when a vacancy occurs”. (OLIVER P. FIELD — *Civil Service Law*, 1939, p. 99).

“Cio significa che il vincitore del concorso non ha alia nomina un diritto perfetto da sperimentare dinanzi ai tribunali, ma solo um interesse legitimo riservato all'exame della giurisdizione dell Consiglio di Stato”. (CINO VITTA, *Diritto Amministrativo*, 1937, vol. II, p. 460).

A êsses exemplos seria fácilimo aduzir muitos outros de igual teor e significação. A tese é pacífica, entre os maiores juristas contemporâneos : a administração não pode nomear senão os candidatos aprovados e deve nomeá-los na ordem da classificação; mas pode, se o entender, não fazer qualquer nomeação, com o que, como diz ROGER BONNARD, não lesará nenhum direito subjetivo (*Précis de Droit Administratif*, 1940, p. 466).

Ora, se depois de aprovados não têm os candidatos qualquer direito subjetivo à nomeação, como admitir caráter contratual decorrente da inscrição no concurso, impondo a inalterabilidade de suas condições ? ! Seria contrato bilateral *sui generis*, que da sua espécie jurídica guardaria, como disse OROZIMBO NONATO, apenas o rótulo : inalterabilidade absoluta das condições acessórias e plena liberdade reconhecida a uma das partes de não cumprir a sua prestação final, — objeto próprio, único e exclusivo do contrato.

III — Sustentam ainda os interessados, embora o façam com outras palavras, que a exigência de concurso para provimento de cargos públicos é corolário, inseparável, da igualdade que a Constituição a todos assegura. Teríamos, assim, por outro caminho, a mesma predominância do interesse privado, o que daria nascimento, por via transversa, a um suposto direito subjetivo.

De fato. Para decidir se em face do concurso surgem direitos subjetivos ou simples interesses legítimos dos concorrentes inscritos, é mister antes de tudo, como assinala D'ALESSIO, verificar se o legislador tinha a intenção de assegurar a preferência do interesse público ou do interesse privado.

A resposta — é ainda D'ALESSIO quem a dá — não é passível de dúvida : tal sistema não pode ter sido estabelecido com o fim exclusivo, ou se-

quer mesmo predominante, de assegurar a igualdade que a Carta prometeu a todos os cidadãos (Diritto Amministrativo, 1946, vol. I, p. 554).

No mesmo sentido é a lição de PETROZZIELLO que considera a obrigação de serem os cargos públicos providos por concurso "imposta no superior interesse do serviço, com o objetivo de eliminar a causa de possíveis abusos e arbitrios". (Il rapporto di pubblico impiego, 1935, p. XLIV, nota 2).

Tôdas as disposições que governam os concursos afirma, na Itália, o Conselho de Estado, "debbono interdesi introdotte nell'interesse pubblico ed a favore della pubblica amministrazione". (IV Seção, 16-XII-1942, n.º 410, apud D'ALESSIO, op. cit.).

Não vemos, de fato, como se possa defender a tese invocada pelos interessados. Se os concursos decorressem, como se pretende, da igualdade de todos perante a lei, como se poderia justificar o fato de a própria Constituição deixar os numerosos cargos isolados para serem livremente providos pelo Presidente da República, só impondo concurso para os cargos de carreira?

Nos Estados Unidos, onde o princípio de igualdade sempre desfrutou invulgar prestígio, durante muitos anos foi tolerado o "spoil system", com absoluta exclusão do sistema do mérito, o que jamais se considerou inconstitucional, embora se proclamasse sempre seu grave inconveniente administrativo.

Quem talvez haja melhor estudado o assunto foi TOMASONE. A respeito, escreveu interessante e erudita monografia, cuja conclusão é, precisamente, oposta àquela que agora se pretende sustentar. Para êsse autor, não somente a exigência de concurso não se assenta no princípio de igualdade, como, muito pelo contrário, constitui evidente exceção a êsse mesmo princípio, porque lhe impõe limitações e fixa distinções pessoais (*L'attività della Amministrazione nell concorso e pubblico impiego*, 1.ª ed., págs. 31 a 46).

Ainda que não se adote solução tão radical, será impossível subscrever a tese dos postulantes. Predomina no concurso o interesse público e, por isso mesmo, sempre que êsse interesse o exigir, suas condições podem ser amplamente modificadas.

IV — Isto pôsto, não há porque falar em imutabilidade de condições e em direitos subjetivos.

D'ALESSIO, que dedica ao assunto mais de um capítulo de seu livro, afirma, conclusivamente:

"*nium diritto subbiettivo*, adunque, può concepirsi, sia per l'espletamento, sia per lo svolgimento del concorso". (op. cit., n.º 285).

E, noutro lugar (N.º 284): "discende da tutto ciò che, in materia di concorso, al privato non può essere riconosciuto che un *interesse legittimo all emanazione dell atto ed allo svolgimento dell conseguente rapporto*" (grifado no original).

Finalmente:

"Tutta la procedura, minuziosamente predisposta per lo svolgimento del pubblico concorso, non é *nemmeno esa*, tale de atribuirse diritti subbiettivi ai singoli concorrenti ammessi a parteciparvi". (Op. cit. vol. I, ps. 552-562).

O próprio BIELSA que reconhece ao candidato aprovado "un verdadero derecho a la función o al empleo", nem por isso nega à Administração o direito de variar as condições do concurso, estabelecendo, apenas, que as alterações porventura introduzidas não devem afetar o regime legal do Estatuto, nem podem ser estranhas ao interesse público. *In verbis*:

"De acuerdo com estas reglas, y teniendo el concurso por objeto probar la idoneidad de los candidatos, la Administración publica *puede*, también, antes de realizarse las pruebas, *variar las condiciones*, pero esa atribución tiene limitaciones ya expresas, ya virtuales, y de entre ellas la siguiente: 1.º Las nuevas condiciones no pueden alterar el régimen legal del estatuto de funcionarios; 2.º Las condiciones deben fundarse en exigencias del servicio publico, y no deben ser estrañas a él; es decir, tienen como causa jurídica, probar la mayor idoneidad". (Rafael BIELSA, Derecho Administrativo, 3.ª ed. vol. II, p. 109).

No mesmo sentido, diz textualmente, PETROZZIELLO:

"Taluni ritengono la P.A. interamente legata *ab initio*, subito doppo la pubblicazione del bando di concorso o, tutt'al piu, doppo la presentazione delle domande degli aspiranti; altri, in contrario, sono disposti a riconoscere nella P.A. *un poteri illimitato* e incontestabile di sospendere, prorogare, modificare, revocare i bandi di concorso".

E, conclui:

"Nós, atendendo à mais autorizada jurisprudência, não negamos à Administração Pública um tal poder, embora não o admitamos assim indeterminado".

E, esclarece:

"Não é possível estabelecer normas precisas e fixar gradações apriorísticas; não obstante, pode-se afirmar o seguinte princípio: quanto mais adiantados estejam os trabalhos do concurso, tanto mais grave e manifesto deve ser o interesse público capaz de justificar o procedimento da administração". (M. Petrozziello, op. cit. p. CLXXX).

E' essa, igualmente, a tese de ZANOBINI:

"As instruções do concurso, como ato administrativo, são igualmente revogáveis pela própria Administração, desde que tal revogação se funde em razões de interesse público, tais como, a necessidade da reforma dos órgãos administrativos, a modificação de atribuições dos cargos que se devem prover, e outras *semelhantes*". (Guido Zanobini, Corso di Diritto Amministrativo, 3.ª ed. vol. III, p. 38).

As limitações impostas por êsses três autores citados, quanto à liberdade com que a administração revoga as instruções de concurso, não significam outra coisa senão que tal procedimento há de decorrer de efetiva solicitação do interesse público. Com isso, nos termos em que formulamos a regra, estamos de perfeito acôrdo. Tanto êste, como quaisquer outros atos administrativos, devem ser informados por um legítimo interesse público. Daí não deflui, entretanto, por forma alguma, o pretendido direito subjetivo dos candidatos à irrevogabilidade das condições do concurso.

Sempre que ocorram divergências entre o interesse público atual e aquêle outro interesse, menor, de que se mantenham, inalteráveis, os efeitos produzidos pelo ato original, a sua ampla revoga-

ção se justifica, consoante a notável lição de RENATO ALESSI (*Diritto Amministrativo*, 1949, página 312).

Ora, somente a administração pode julgar o grau dessa divergência e a oportunidade da revogação. O assunto, aliás, já foi examinado, inúmeras vezes, pelo judiciário, que, inalteravelmente, prestigiou a interpretação doutrinária que vimos sustentando.

“Não há lei que confira aos candidatos, inscritos num concurso, qualquer direito quanto à inalterabilidade das condições do mesmo concurso”. (Supremo Tribunal Federal — *Diário da Justiça* de 10-9-1932, p. 5.800).

No mesmo sentido, examinando, na apelação cível n.º 5.940, a pretensão de Antônio Bitencourt, afirmou, com a indefectível proficiência, o Ministro Hermenegildo de Barros, em seu voto vencedor :

“Não há lei alguma que, aos concorrentes aos cargos públicos, confira direito adquirido à inalterabilidade, pelo Governo, das condições que êle estabelece para os concursos. Se êstes só têm por fim a seleção dos mais competentes, a seu juízo, é intuitivo que êle pode alterar tais condições, de modo a fazer a melhor solução possível, atendendo, assim, ao serviço público. Se nenhuma lei outorga êsse direito aos concorrentes, eu, pelo menos, não a conheço, e nem o autor, nem a sentença apelada a citou, consequência lógica, forçada, é o direito que tem o Poder Público de alterar ditas condições, de modo a melhor atingir o escopo visado com o concurso — a escolha do mais apto”.

Em caso semelhante, tendo sido estabelecido, como critério, a ordem de classificação em concurso, pretenderam os candidatos inscritos que essa situação jurídica se tornara definitiva e que, imutavelmente, se integrara em seus patrimônios. A respeito, porém, disse o Ministro BENTO DE FARIA, então Procurador-Geral da República :

“Disposições semelhantes, postas em leis ou regulamentos, que organizam ou reorganizam serviços, ou quando adotadas como requisitos para provimento de cargos públicos, são de caráter geral ou impessoal, ou que as torna essencialmente modificáveis por outras regulamentações, sem que aos interessados assista o direito de exigir a inalterabilidade da norma administrativa. Vêde : Gaston Jèze, *Les Principes Généraux de Droit Administratif*, 3.ª ed. p. 14; Duguit, *Droit Constitutionnel*, 2.ª ed. ps. 352 e seguintes e 260 e seguintes”. (BENTO DE FARIA — Parecer, in *Arquivo Judiciário* — vol. 18, p. 352).

Ainda êste ano, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em sessão plenária e, por unanimidade, resolveu :

“O Estado tem a faculdade de, a todo o tempo, alterar as condições e requisitos para o ingresso em funções públicas; ademais, não há lei que confira a candidatos inscritos num concurso qualquer direito quanto à inalterabilidade das condições do mesmo concurso”. (*Revista dos Tribunais* — vol. 183, p. 382).

As alterações introduzidas, portanto, não ofendem qualquer direito subjetivo, nem podem ser invocadas para considerar, em benefício de alguns, e, quiçá, em prejuízo de muitos, caduco o referido concurso.

Alegam ainda os interessados que no caso se desrespeitou o disposto no art. 1.516 do Código Civil, que regula os concursos abertos com pro-

messas públicas de recompensa, e, segundo o qual, é condição essencial a fixação de um prazo.

Não procede de forma alguma a invocação da regra de direito civil que, a nosso ver, à espécie não se aplica. Se, como já demonstramos, o Estado não é obrigado a nomear o candidato classificado, isto é, não é obrigado a conferir o “prêmio prometido”, não é possível estabelecer qualquer paridade entre o concurso para cargo público e a “pollicitatio”, cujo traço característico é a imutabilidade das condições e obrigações assumidas.

A aplicar-se a regra do art. 1.516, seria igualmente aplicável o disposto no seu § 3.º, segundo o qual, no caso de empate, o “prêmio” deve ser conferido ao que primeiro cumpriu as condições. Teríamos, assim, em cada concurso, uma espécie de maratona, em que seria primeiro classificado o que primeiro entregasse suas provas.

A respeito, referindo-se aos concursos para cargos públicos, afirmou LENTINI

“não são aqui aplicáveis os princípios de direito público que regulam a oferta de recompensa (pollicitatio)”.

(*Istituzioni di diritto amministrativo*, 1939, vol. I, p. 562, n.º 10).

No mesmo sentido, e não menos categórica, é a lição de CINO VITTA — *Diritto Amministrativo* — 1937, vol. II, p. 455.

O Ministro LUIS GALLOTTI, em seu brilhante voto no Mandado de Segurança 1.104-50, adiante referido, manifestou idêntico parecer :

“No estado em que se encontra atualmente o Direito Administrativo, quando há um Estatuto de Funcionários Públicos, não me parece possível, *data venia*, a aplicação, em matéria de concursos, do art. 1.516 do *Código Civil*, que se refere à promessa de recompensa”.

Não há dúvida, como diz HAURIOU, que “existem princípios jurídicos, gerais, dominando tôdas as normas de direito, e que, com modalidades diferentes, devem ter aplicação, tanto em direito administrativo, como em direito privado (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 1, p. 469). Na hipótese, entretanto, o que se pretende não é aplicar, com a devida cautela, princípios gerais, mas impor uma regra de direito positivo destinada a regular instituto diverso, tudo à sombra de acidental coincidência lingüística.

Acresce considerar, como adverte o mesmo autor, que o recurso ao direito privado, como fonte supletiva, só se justifica “quando os problemas que se lhes apresentam não encontrarem *absolutamente* solução nos textos administrativos”.

No caso, porém, a matéria referente ao processamento dos concursos está amplamente fixada em vários regulamentos, em instruções gerais, em instruções especiais e, ainda, incluída em um Capítulo próprio do Estatuto dos Funcionários Públicos (arts. 18 a 23) tal como já havia sido consignado no Decreto n.º 12.296, de 6 de dezembro de 1916.

Admitamos, porém, para discutir, que a regra do art. 1.516 do *Código Civil*, integralmente se aplique.

Vejam, pois, quais as suas conseqüências.

Como admiravelmente bem demonstrou o Ministro HANEMANN GUIMARÃES, no Mandado de Segurança n.º 1.069-49, — invocado pelos requerentes, — no preceito do *Código Civil* apenas se enumeram requisitos para que a promessa exista com força vinculante. Se o peticitante, portanto, deixa de cumpri-las, não desaparece, por isso, o vínculo contraído. Em outras palavras: se o peticitante não fixa um prazo, daí não decorre a inexistência da promessa, ficando, apenas, os concorrentes aptos a pleitearem perdas e danos.

Foi o seguinte o voto do preclaro jurista, transcrito apenas em parte, num dos recursos:

“a promessa existe; o Estado terá descumprido várias vezes a sua obrigação; daí podem os interessados tirar o direito de pleitear a anulação do concurso; não podem, porém, daí tirar o direito que o concurso caducou, de que o concurso se extinguiu, cabendo-lhes a efetivação, nos termos do art. 23 do A.D.C.T.; não há esta caducidade de concurso, nos termos do art. 1.516, do *Código Civil*; a obrigação para o peticitante existirá sempre, e essa obrigação é que dá origem ao direito de reparação”.

Ainda mesmo, entretanto, que se pudesse sustentar a interpretação conveniente aos interessados, segundo a qual, da falta de requisitos estabelecidos para a peticitação resultaria a sua caducidade, e, ainda mesmo que se admita, sem maior exame, sua inteira aplicação aos concursos para cargos públicos, no caso a caducidade não se pronunciaria.

Senão, vejamos.

O que se estabelece no referido artigo é que a *fixação de um prazo* é a condição essencial para a validade do concurso. Não se trata, note-se bem, de prazo para efetivação ou verificação das provas, mas simples prazo para inscrição dos concorrentes. Nesse sentido é clara a lição de CARVALHO SANTOS:

“O anúncio do concurso deve ser público, sendo requisito essencial, para a sua validade, dêle conste a *fixação de um prazo* para o recebimento das inscrições”. (*Código Civil Interpretado*).

Ora, ao contrário do que afirmam os requerentes, o prazo para abertura e encerramento das inscrições foi expressamente fixado desde o *primeiro edital* publicado no dia 8 de novembro de 1944, onde se lê, *verbis*:

“*Dia de abertura*: 27-11-44; *dia de encerramento*: 21-1-45, às 17,30 horas”. (*D.O.* de 13 novembro de 1944, p. 19.294).

E' certo que não foi publicado nenhum prazo de encerramento de inscrições, no *Diário Oficial* de 21 de outubro do mesmo ano, p. 18.028, quando se *anunciou* o concurso e se publicaram suas instruções. Observe-se, porém, que nesse “anúncio” também não se convocaram os concorrentes, nem se abriram as inscrições. Foi simples publicação de programas. Uma vez declaradas abertas as inscrições, também se fixou a data de seu encerramento.

Tanto mais vale dizer que a regra do artigo 1.516 do *Código Civil*, cuja aplicação se invoca, não foi desrespeitada.

Quanto ao prazo para a realização das provas (assunto de que não trata o *Código Civil*) o que se pode observar é o seguinte.

Dispõe o art. 18 do Estatuto dos Funcionários que os concursos se processarão de conformidade com as leis e regulamentos “ou, na falta destes, de acôrdo com as instruções expedidas pelo órgão competente”.

Tendo em vista essa autorização legislativa, expressamente se estabeleceu, no edital já referido:

“4 — As condições do concurso são as das Instruções Gerais (Portaria n.º 164, de 17-6-43, alterada em seus artigos 20, 27 e 64 pela Portaria n.º 543, de 24-1-44) e Instruções Especiais baixadas pelo Presidente dêste Departamento, com a Portaria n.º 1.037, de 19 de outubro de 1944”.

As mencionadas “Instruções Gerais” estabeleciam, por sua vez:

“30 — As provas dos Concursos e das Provas de Habilitação serão realizadas em dia, local e hora prefixados, com aviso público que terá a antecedência de vinte e quatro horas, pelo menos”.

Sobre a validade das instruções dos concursos, disse, categoricamente, o ilustre Consultor-Geral da República, Dr. CARLOS MEDEIROS SILVA, em parecer prolatado como Consultor Jurídico dêste Departamento:

“Esta norma obriga, com base no art. 18 do E.F., que delega às instruções, à falta de lei ou regulamento especial, a disciplina dos concursos”. (*Revista de Direito Administrativo* — vol. 16, p. 245).

Não há lugar, portanto, para invocar o ensinamento de HAURIOU, mesmo porque o mestre francês é incisivo quando afirma que a legislação civil só socorre, supletivamente, quando não haja, *em absoluto*, norma administrativa regulando a matéria.

Ora, nunca se negou ao peticitante o direito de fixar *qualquer prazo*, por *qualquer forma*, e até de retirar a promessa, em *qualquer tempo*, ainda mesmo depois da seleção, desde que, na publicação, se tivesse reservado êsse direito (PONTES DE MIRANDA — *Promessa de Recompensa*, p. 152).

Nessas condições, ainda mesmo que se aceitasse o caráter contratual do concurso e se aplicassem as regras de direito civil, invocadas, nada teriam os inscritos a reclamar, uma vez que a condição previamente estabelecida, que *conheciam* e *aceitaram*, foi a de que a data das provas ficaria ao arbítrio da administração, que se obrigava, apenas, a anunciá-la com 24 horas de antecedência.

Em caso supostamente semelhante, o eminente Dr. CARLOS MEDEIROS SILVA, então Consultor Jurídico dêste Departamento, se manifestou favoravelmente à declaração de caducidade, mas isso porque, como muito bem esclareceu, *tinha sido marcado um prazo certo*, que não foi cumprido, nem prorrogado.

Foram as seguintes as suas palavras :

“Fixado o prazo, como o foi, cumpria à Administração realizar dentro dêle o concurso anunciado. Não o fez nem praticou, em tempo, ato válido que importasse em prorrogação do termo final, o mês de agosto de 1944. Sem adiamento, ou dilação regular, em virtude de ato praticado antes da extinção do prazo, o concurso caducou”.

Diverso, como já vimos, é o caso pendente. Nêle a Administração fixou prazo para encerramento de inscrições mas não fixou prazo para a realização do concurso, estabelecendo que o faria por edital, com 24 horas de antecedência.

Nossa conclusão, portanto, é que, nesse particular, nada viciou o concurso.

Mas, ainda que quaisquer vícios o maculassem, disso não poderia decorrer a sua caducidade, permitindo a efetivação dos interinos, tal como se êle não existisse.

Haveria, na mais grave das hipóteses, uma nulidade simples, como ensina MARCELO CAETANO, porque a lei não cominou outra sanção (Manual de Direito Administrativo, 1951, p. 246, n.º 134).

Ora, se o ato é apenas anulável, é oportuno repetir a lição de GUIDO ZANOBINI :

“e annullamento degli alti illegitimi non e neppure per il governo un dovere ma una facoltà, per questo, la domanda degli interessati, non ha il valore di un ricorso, ma quello di una semplice denuncia”. (*Corso di Diritto Amministrativo*, 4.ª ed., vol. I, p. 291).

Nossa conclusão, portanto, é de que o concurso não está caduco, nem há porque proclamar a sua nulidade.

Resta examinar a questão da abertura ou encerramento das inscrições. E' o que vamos fazer em seguida.

Veamos a segunda questão.

I — A alegação dos interessados, quanto à circunstância de não estarem encerradas as inscrições para o concurso de Inspetor do Trabalho, prende-se, exclusivamente, ao fato de o Governo, por decreto de 5 de novembro de 1946, publicado no *Diário Oficial* de 7 do mesmo mês, haver nomeado “pessoa não inscrita no concurso” para ocupar, interinamente, cargo vago daquela carreira.

Invocam os postulantes a regra do § 6.º do art. 17 do Estatuto dos Funcionários Públicos, segundo a qual, uma vez encerradas as inscrições de um concurso, não mais poderão ser nomeados interinos, que não estejam anteriormente inscritos. *In verbis* :

“§ 6.º Após o encerramento das inscrições do concurso, as nomeações em caráter interino só poderão recair em candidatos inscritos”.

Em face do disposto, entendem os postulantes que, tendo o Governo deliberado nomear pessoa não inscrita, é porque não considerou encerradas as inscrições.

O argumento não procede. Se o ato de nomeação foi lavrado, como se verifica, contra dispo-

sição expressa de lei, é nulo de pleno direito, nenhum efeito podendo produzir. Não é possível emprestar-lhe efeitos secundários, presumindo uma condição que não se verificou.

Dir-se-á que, apesar dessa nulidade, o funcionário nomeado tomou posse e entrou em exercício. Não há dúvida, mas, exatamente para isso, foi mister que a Administração Pública, por ato regular, devidamente publicado no *Diário Oficial* de 18 de novembro de 1946, reabrisse efetivamente as inscrições do concurso, emprestando eficácia ao decreto anterior, até então incapaz de produzir efeitos.

II — De qualquer forma, porém, regular ou irregular o ato de nomeação, não é possível afirmar que dêle deva decorrer a circunstância pretendida, isto é, considerar as inscrições do concurso não encerradas na data da Constituição. Seria deixar ao inteiro arbítrio do executivo a aplicação mais ou menos restrita da regra excepcional do art. 23 do A.D.C.T., conforme resolvesse, a *posteriori*, abrir ou encerrar as inscrições dos concursos.

Nesse sentido é claro e incisivo o parecer prolatado pelo Ministro LUIS GALLOTTI, quando Procurador-Geral da República, no Mandado de Segurança 1.019, tantas vezes invocado no processo.

“Não há dúvida que, quando promulgada a Constituição, havia concurso aberto com inscrições encerradas, para o cargo que os impetrantes exerciam interinamente. Tanto basta para não poderem os impetrantes valer-se do favor contido no art. 23 do A.D.C.T., pois estão enquadrados na exceção do n.º II do parágrafo único do mesmo artigo. O fato de, após a Constituição, terem sido novamente reabertas as inscrições, não pode livrar os impetrantes da exceção estatuída no citado parágrafo único n.º II, porque admiti-lo seria aceitar que um simples ato da administração pudesse obstar a aplicação do texto constitucional (E' nosso o grifo).

E mais adiante :

“Assim, a reabertura posterior das inscrições não pode ter a virtude de estender o benefício aos que a Constituição dêle expressamente excluiu”. (Grifamos)

Afinal, conclusivamente :

“Entender o contrário seria deixar ao arbítrio da autoridade administrativa o cumprimento, ou não, do preceito constitucional”.

E' essa, precisamente, a situação dos postulantes : o concurso em que estavam inscritos tinha suas inscrições encerradas em 19 de setembro de 1946, isto é, nessa data, ninguém poderia pretender sua inscrição. Pouco importa que, posteriormente, houvesse a Administração, implícita ou explicitamente, deliberado reabri-las. O ato administrativo não pode retroagir para alterar situação de fato, anterior.

Sustentam os interessados, e a isso se apegam com a maior veemência, que o Supremo Tribunal Federal já decidiu a questão, no caso do concurso C-141, para Médico Clínico do Serviço

Público, dando ganho de causa ao Dr. ABEL FAUSTINO DO NASCIMENTO.

O argumento merece consideração, pois se, de fato, já houvesse a respeito jurisprudência assente, seria desaconselhável reexaminar o problema na esfera administrativa.

Nesse sentido é o parecer do Dr. CARLOS MEDEIROS SILVA, prolatado nesta Consultoria Jurídica, segundo o qual

“insistir em negar direito a quem defende tese já vitoriosa no seio dos tribunais é fazer obra de desajustamento, provocando conflitos e aumentando os pleitos judiciais sem utilidade prática. A “harmonia dos poderes” que a Constituição consagra (art. 36) consiste, exatamente, em cada um observar, dentro de sua órbita de atribuições, aquilo que o outro, no uso de sua competência privativa, entendeu ser a verdade jurídica (*Revista Forense*, vol. 132, p. 389).

Importa considerar, entretanto, não apenas que a questão, como já assinalamos, é basicamente diversa, como ainda que a respeitável decisão judiciária invocada, em que se logrou obter a segu-

rança, somente em virtude de um *empate de votos*, já não prevalece.

O mesmo Supremo Tribunal Federal, examinando o Mandado de Segurança n.º 1.104-50, em que foi impetrante outro médico, inscrito no mesmo concurso, reformou aquela jurisprudência (*Diário da Justiça* de 24-5-50 e 25-10-50).

Nessas condições, e invocando precisamente a cautelosa e lapidar lição de CARLOS MEDEIROS SILVA, não é de conceder-se o requerido.

Do exposto, concluímos que pode a Administração alterar quaisquer condições de concursos, sem que isso importe em nulidade; que nenhum vício insanável maculou o concurso C-160; que não há, no caso, caducidade a proclamar; que as inscrições estavam encerradas, na data da promulgação da Constituição.

E' o meu parecer, s.m.j.

Distrito Federal, em 2 de julho de 1951.