

# FUNCIONÁRIO PÚBLICO — APOSENTADORIA — PROMOÇÃO

*— A promoção por antigüidade tem caráter obrigatório sòmente para os funcionários em atividade. Embora com caráter retroativo. Não se estende aos aposentados.*

## MINISTÉRIO DA FAZENDA

PROCESSO S. C. N.º 342.653-56

Luís Stéiger de Magalhães Castro e  
cutro — Aprovo o parecer da Pro-  
curadoria da Fazenda Nacional no  
Distrito Federal.

Publicado restitua-se ao Serviço do  
Pessoal, para exclusão dos funcioná-

rios mencionados no parecer de fls. 3-7  
dos atos de promoção a que se refe-  
re o processo.

O parecer a que se refere o des-  
pacho supra é do teor seguinte:

\*

PARECER

Ao elaborar os mapas correspondentes, às promoções do 3.º trimestre de 1956, da carreira de Agente-Fiscal do Imposto de Consumo (Quadro Permanente), verificou o Serviço do Pessoal que os funcionários Luís Stéiger de Magalhães Castro — indicado em 5.º lugar à promoção por antigüidade à classe K (5 vagas) e Cícero de Magalhães Cordeiro — que figura em 6.º lugar na lista de merecimento relativa à mesma classe (4 vagas) — foram aposentados por decretos publicados no *Diário Oficial* de 5-XI-56, na classe J da mencionada carreira.

Como as promoções deveriam ter sido realizadas até 30 de setembro de 1956, data limite anterior à dos decretos de aposentadoria, o Serviço do Pessoal opinou pela promoção por antigüidade do primeiro e pela inclusão do segundo na lista de merecimento, como se em plena atividade se encontrassem. Após a expedição do decreto de promoção seriam retificados os atos de aposentadoria, para efeito de revisão nos cálculos dos proventos respectivos.

Esse opinamento inspirou-se na reatividade dos efeitos da promoção, quando não decretada no prazo legal (art. 40, § 1.º, da Lei n.º 1.711, de 1952), eis que no último dia do trimestre relativo às promoções ainda se achavam em atividade os dois funcionários acima aludidos.

A consulta nos termos em que está formulada pela Divisão Geral da Fazenda, tem por objetivo esclarecer, face ao disposto no parágrafo único do art. 1.º do Decreto n.º 32.015, de 29 de dezembro de 1952, se deve o funcionário aposentado ser, obrigatoriamente, promovido por antigüidade ou incluído em lista de merecimento, quando “o último dia” do trimestre respectivo fôr anterior à data da publicação do ato de aposentadoria. E mais: se pode, nessa hipótese o funcionário aposentado desistir do direito de ser promovido por antigüidade

ou incluído na lista de promoção por merecimento quando, por efeito da promoção, venha a sofrer redução nos proventos da aposentadoria. Essa a tese em discussão, que passamos a examinar.

O art. 40 e seus parágrafos do Estatuto dos Funcionários estão assim redigidos:

“Art. 40. As promoções serão realizadas de três em três meses, desde que verificada a existência de vaga.

§ 1.º Quando não decretada no prazo legal, a promoção produzirá seus efeitos a partir do último dia do respectivo trimestre.

§ 2.º Para todos os efeitos será considerado promovido o funcionário que vier a falecer sem que tenha sido decretada, no prazo legal, a promoção que lhe cabia por antigüidade”.

Não prevê a lei a promoção de funcionário aposentado. Para que dúvidas a esse respeito não subsistissem o Regulamento de Promoções, aprovado pelo Decreto n.º 32.015, de 29 de dezembro de 1952, dispôs expressamente:

“Não poderá haver promoção de funcionário interino, em estágio probatório, aposentado ou em disponibilidade” (parágrafo único do art. 1.º).

Assim, em princípio, o funcionário aposentado não pode ser promovido, nem por antigüidade nem por merecimento. A regra do § 1.º do art. 40, acima transcrito, refere-se, por conseguinte, aos funcionários em atividade para os quais retroage a promoção, quanto aos seus efeitos, ao último dia do respectivo trimestre.

Ressalvou, a lei contudo, o direito à promoção por antigüidade do funcionário que vier a falecer sem que tenha sido decretada a promoção que lhe cabia por esse critério. Aonde se conclui que não deverá subsistir a promoção por merecimento decretada após o falecimento do funcionário. (Cfr. Parecer n.º 169 do Sr. Consultor-Geral da República, publicado no *D. O.* de 6-XII-56).

A êsse respeito, acentuou, com muita propriedade o ilustre Consultor Geral da República no parecer acima referido:

“O Estatuto dos Funcionários como se via dos dispositivos transcritos, assegura ao servidor a promoção por antigüidade. Atualmente a promoção por antigüidade, existindo vaga, é, um direito do funcionário defensável até por mandado de segurança (ac. do Supremo Tribunal Federal, no mandado de segurança, n.º 963, *Diário da Justiça* de 16-9-49, pág. 2.910 do apenso; *Revista de Direito Administrativo*, vol. 19, pág. 135).

De tal forma é êsse direito acolhido no Estatuto vigente que, havendo vaga se o funcionário que figura na lista por antigüidade falece, sem que tenha sido efetuada a promoção será êle considerado promovido.

Mas, em tal caso, o decreto não promove o funcionário falecido o que seria absurdo. O Governo baixa um ato considerando o funcionário, que faleceu, promovido em tal data.

Essa regra não abrange as promoções por merecimento em que o servidor tem, apenas, expectativa de direito de ser escolhido. Em vida podia ou não ser o escolhido para a promoção.

Na hipótese, verifica-se que foi promovido por merecimento um funcionário que havia falecido. Embora pudesse ter sido o escolhido, se a promoção houvesse sido feita, em época própria, a lei, contudo, não prevê a promoção de funcionário falecido, nas promoções por merecimento.

Em nenhum caso, promove-se o funcionário falecido. Com o falecimento, há a vacância do cargo (Estatuto dos funcionários, art. 74, item VII).

Conforme assinalamos, quando o funcionário figurava na lista de antigüidade, com direito a promoção e esta não é feita na época própria, a lei determina que o Governo baixe um ato considerando o servidor promovido na data em que a promoção deverá ser feita (art. 40, § 1.º).

Nas promoções por merecimento, isso não se faz.

O Governo podia escolher qualquer outro figurante na lista respectiva e, com a morte de um concorrente, outro há-de ser o promovido.

Com estas considerações, estou em que deve ser tornada sem efeito a promoção do funcionário falecido para que o Excelentíssimo Senhor Presidente da República escolha um outro concorrente à promoção, entre os que figuram na lista respectiva”.

Essa interpretação, *mutatis mutandis*, aplica-se ao funcionário aposentado, no que se refere à promoção por merecimento. Tendo, apenas, a expectativa de direito de ser escolhido, se o ato da aposentadoria precede ao de promoção, não pode êste subsistir, ainda que em atividade se encontrasse o funcionário ao termo do trimestre correspondente às promoções.

A lei não pode assegurar ao aposentado o direito de figurar em lista de merecimento, por isso que a promoção, na hipótese, não ultrapassa os limites de simples expectativa de direito.

A promoção por antigüidade, ao contrário, é um direito do funcionário, como bem acentuou o ilustre Consultor Geral da República. “Assegurado o direito à promoção por antigüidade na classe e reconhecida essa aquisição, não é lícito recusar a promoção”, assim decidiu, em acórdão, a 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 29-IX-43, na apelação n.º 7.674 (cfr. *Revista Forense* n.º XCVII, pág. 102). Não está em discussão, porém, a tese do reconhecimento desse direito ao funcionário estável, que se encontre no exercício de suas funções — hipótese em que se reveste a promoção do caráter de obrigatoriedade. O que se deseja esclarecer é se êsse direito existe, efetivamente, em relação ao aposentado, quando o início da inatividade é anterior à vigência do ato de promoção.

A Constituição no art. 191 e § 1.º fixou as seguintes regras fundamentais:

“O funcionário será aposentado:

I — por invalidez;

II — compulsoriamente, aos 70 anos de idade; e (será aposentado) se o requerer, o funcionário que contar 35 anos de serviço...”

Constitui, assim, a aposentadoria, em qualquer de suas modalidades, direito assegurado pela Lei básica. O Estatuto, como lei ordinária, apenas repetiu, nesse particular, os princípios constitucionais.

E' fácil, pois, concluir, com fundamento nos princípios indicados, que a aposentadoria quando “concedida por ato, de quem tem competência para a concessão é um ato perfeito e constitui um direito adquirido, que não pode mais ser atingido por iniciativa do poder que a concedeu e cuja legitimidade somente pode ser apreciada pelo Poder Judiciário” (cfr. *Revista forense* n.º LI, pág. 614).

Uma vez concedida legitimamente, a aposentadoria adquire a consistência do direito adquirido. Não pode ser atingida por ato posterior da autoridade administrativa que importe em prejuízo do seu titular, ainda que os efeitos desse ato retroajam a data anterior à sua vigência.

Do mesmo modo não pode o aposentado reivindicar, a partir da publicação do ato que o transferiu para a inatividade, direitos inerentes aos funcionários em atividade, como é, sem dúvida, a promoção. Promoção é acesso à classe imediatamente superior da carreira, definição incompatível com a situação jurídica do inativo, que já não ocupa cargo público.

O ato de aposentadoria produz efeitos a partir da data de sua publicação no *Diário Oficial*. Dentre esses efeitos figura o de operar, de imediato, a vacância do cargo até então ocupado pelo aposentado (vaga originária, para efeito de promoção), resultando, daí, o afastamento definitivo do funcionário da atividade funcional.

A publicação do ato assinala no tempo, a linha divisória entre a atividade e a inatividade. A partir desse instante integra-se o funcionário na categoria dos inativos para os quais não tem sentido o instituto da promoção.

E' importante pôr em relêvo a circunstância de referir-se a lei, no caso de promoções efetivadas fora do prazo, à retroatividade *dos efeitos* da promoção e não à retroatividade do *ato* de promoção (reler o § 1.º do art. 40 do Estatuto). Os atos administrativos via de regra não retroagem. Assim, o decreto de promoção somente produz efeitos após sua publicação. E' evidente que se esses efeitos retroagem ao último dia do trimestre respectivo, somente beneficiam os que estiverem — na data da publicação do ato respectivo — em condições de beneficiar-se *do próprio ato*.

Não está neste caso o funcionário aposentado anteriormente, eis que já não preenche os requisitos que a lei, para esse fim, estabeleceu implicitamente, ao destinar as promoções exclusivamente aos funcionários em atividade. Tanto que o Regulamento, interpretando a lei, dispôs de modo expresso: não poderão ser promovidos o interino, o estagiário e o *aposentado*.

Aposentadoria e promoção, nessa ordem, são institutos que se repelem. O fato de ser a aposentadoria decretada após o término do trimestre relativo às promoções não altera, como vimos, os dados do problema. A lei, nesse particular, não deixa margem a dúvida. O próprio § 2.º do art. 40 do Estatuto, ao determinar seja considerado promovido o funcionário que falecer antes da assinatura do decreto de promoção, vem confirmar a tese da irretroatividade do *ato*, limitando, em consequência, a retroatividade dos seus *efeitos* aos funcionários em atividade na data da promoção.

Concluimos, assim *data venia* do ilustre Diretor do Serviço do Pessoal, que defende, com brilhantismo, ponto de vista contrário ao nosso, pela impossibilidade legal da promoção de

funcionários já legitimamente aposentados. A nossa conclusão mais se robustece, *in casu*, em virtude de haverem resultado os atos de aposentadoria de pedidos expressos dos interessados, que dêsse modo fizeram uma espécie de opção entre o direito à aposentadoria, a pedido, e o direito à promoção por antigüidade ou de figurar na lista de promoção por merecimento. Ainda mais: no processo número 348.092-56, Luís Stéiger de Magalhães Castro investe contra a possibilidade de sua promoção por antigüidade, que considera ilegítima, em face da precedência do decreto que o apresentou.

A promoção por antigüidade tem caráter obrigatório, mas somente para os funcionários em atividade, como ficou demonstrado. Dêsse modo, opinamos pela exclusão dos nomes dos fun-

cionários referidos dos atos de promoção a que se refere o processo.

E' o nosso parecer, S.M.J.

Procuradoria da Fazenda Nacional no Distrito Federal, em 12 de dezembro de 1956. — *Marcos Botelho*, 7.º Procurador.

De inteiro acôrdo com as conclusões do parecer.

As aposentadorias, processadas "a pedido", caracterizam na espécie a opção, usada pelos funcionários, em face de dois direitos simultâneos e colidentes, como demonstrado.

Somos pela subsistência integral dos atos por que passaram à inatividade os funcionários.

P.F.N., no D.F., em 7 de janeiro de 1957. — *Manoel Martins dos Reis*, Procurador-Chefe.