

## PARECERES

### **SERVIÇO PÚBLICO — ORGANIZAÇÃO EM CARREIRA — DIREITO DO FUNCIONÁRIO À PROMOÇÃO — SITUAÇÃO JURÍDICA DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDA**

— *Visando ao interesse do serviço foi que o legislador preferiu a modalidade da organização do serviço em quadros de carreira; o interesse do funcionário é apenas um meio de que se serviu o legislador para beneficiar o serviço.*

— *O direito às vantagens da carreira, enquanto não se efetiva, pelo preenchimento dos requisitos, a sua atribuição a um ou mais indivíduos, é uma simples regra de direito objetivo, que poderá ser modificada pelo legislador sem que contra a modificação os funcionários possam invocar a existência de um direito adquirido.*

— *O direito à promoção, enquanto não se concretiza mediante a reunião em um determinado indivíduo de todos os requisitos exigidos pela lei, é tão somente uma possibilidade de gozo que cabe, genérica e indeterminadamente, a todos os indivíduos de uma determinada classe.*

— *No caso de promoção por merecimento, o direito à promoção só resultará para determinado funcionário, quando, apurado o merecimento dos indivíduos a cuja classe ele pertence, a promoção tenha que lhe ser, necessariamente, atribuída, com exclusão de todos os outros. Se pela apuração do merecimento, a um número de funcionários maior do que o número de vagas se reconhece igual aptidão à promoção, não se firma para nenhum deles em particular o direito a ser promovido: a administração escolherá dentre os igualmente aptos aqueles que queira promover.*

— *A situação jurídica definitivamente constituída é a situação para cuja constituição ou individuação se tenham realizado todos os elementos necessários ou essenciais, ou a situação para cuja constituição tenham sido satisfeitos os requisitos exigidos pela lei em vigor ao tempo em que ela se constitui.*

— *Interpretação do art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n.º 4.657, de 4-9-42).*

#### PARECER

1 — A questão resume-se em saber se funcionários de carreira, aos quais se abre a perspectiva de promoção no caso de vagas de cargos de grau imediatamente superior, adquirem, pelo simples fato da abertura das vagas, direito à promoção. Ou, em outras palavras, o direito geral e abstrato às vantagens da carreira incorpora-se, desde logo, ao patrimônio do funcionário, independentemente da verificação das demais circunstâncias ou condições que, além

da existência de vagas, a lei prescreve como requisitos essenciais para a promoção?

2 — A organização do serviço público como serviço de carreira, criando vantagens para os funcionários, visa, através destas vantagens, o benefício do serviço. A organização da carreira tem por fim estimular o funcionário, criando-lhe perspectiva de melhoria para a sua situação individual, com o fim de favorecer, mediante a aplicação, o zêlo e o aperfeiçoamento de sua capacidade, o melhor funcionamento do serviço. Evidentemente, da regra de organização do serviço pode resultar para o funcionário uma vantagem individual. Esta vantagem, porém, enquanto não se verificam todos os requisitos individuais que a lei estabelece como condições para a promoção, não pode ser atribuída a tal indivíduo ou a um indivíduo determinado, nem pode ser reclamada por este ou por aquele funcionário como um direito próprio ou como um direito incorporado ao seu patrimônio, pois a atribuição da vantagem a este ou àquele indivíduo depende de uma operação complexa como é a de verificação de condições ou de requisitos, que nem todos podem preencher ou que o poderão em graus diferentes. Enquanto incerto ou indeterminado o sujeito da vantagem, esta não constitui um direito adquirido ou um direito subjetivo. É, apenas, uma regra de direito, que, enquanto em vigor, a administração é obrigada a aplicar por ocasião de fazer as promoções. A administração não poderá violar a regra de direito, fazendo as promoções em desacôrdo com os seus preceitos, e se o fizer, os funcionários, que têm um interesse legítimo à sua observância, poderão reclamar contra o ato administrativo, reivindicando a sua exata aplicação.

O direito às vantagens da carreira, enquanto não se efetiva, pelo preenchimento dos requisitos, a sua atribuição a um ou a mais indivíduos, é uma simples regra de direito objetivo, que poderá ser modificada pelo legislador sem que contra a modificação os funcionários possam invocar a existência de um direito adquirido.

As vantagens de carreira não constituem, em suma, enquanto não realizada a sua aquisição mediante o efetivo preenchimento dos requisitos exigidos por lei para que o funcionário possa ser promovido, um direito propriamente dito; é, antes, mera possibilidade ou previsão genérica de aquisição de direito.

*“Questo non hanno importanza giuridica. La previsione indeterminata d'acquistare un diritto che può spettare egualmente ad ognuno, si risolve nella possibilità di conseguire un effetto giuridico. Così la possibilità di ricevere donazioni o di divenire erede, prima dell'apertura della successione. Anche che l'aspirante sia chiamato erede in un testamento o sia erede legittimo, egli non ha un'aspettativa sul patrimonio del de cuius. Perchè questo può mutare le sue disposizioni o disperdere il patrimonio, frustrando le speranze di coloro che vi contavano. Lo stesso vale della speranza del proponente di acquistare un diritto, se la sua proposta sarà accettata”* (FERRARA, *Trattato di Diritto Civile*, pág. 433).

3 — O que comumente se denomina “direito à carreira” não é, portanto, um direito propriamente dito: é apenas uma esperança ou uma possibilidade de direito. Esta esperança ou esta possibilidade não constitui um limite à competência que tem o legislador de, a todo tempo, modificar a organização do serviço, suprimindo graus na carreira, agravando as condições para a promoção, ou, mesmo, suprimindo a carreira. De tais modificações não resultaria, com efeito, nenhum prejuízo a qualquer direito adquirido, pois as vantagens que a lei anterior prometia aos funcionários ainda não estavam incorporadas ao seu patrimônio; eram simples possibilidades ou esperanças, que podiam ser frustradas pelo legislador, mediante novas medidas legislativas.

*"Un punto degno di rilievo è che non sono fatti giuridici e perciò non sono rispettati dalla legge nuova, gli stati e situazioni giuridiche, le capacità e possibilità di godere certi diritti o compiere certi atti o d'essere isenti da certi obblighi e restrizioni. Queste capacità e qualità giuridiche sono sempre in balia dal diritto obiettivo, che le plasma e le transforma, secondo il suo contenuto".* (FERRARA, *Op. cit.*, págs. 270-71).

4 — O direito à promoção, enquanto não se concretiza mediante a reunião em um determinado indivíduo de todos os requisitos exigidos pela lei, é tão somente uma possibilidade de gozo que cabe, genérica e indeterminadamente, a todos os indivíduos de uma determinada classe. Trata-se para cada um deles — apenas — de uma vocação a ser chamado ou a ser promovido, de um estado ou de uma situação objetiva, à qual nenhum deles ainda adquiriu qualquer direito definitivo. Muitos podem ser os chamados: poucos, porém, serão os eleitos. Dentre os que podem ser chamados, quais, porém, serão os escolhidos? Antes que se opere a verificação dos requisitos, seja mediante classificação por merecimento, seja mediante exame ou concurso, a atribuição do direito ou a sua aquisição permanece indeterminada ou no domínio da mera possibilidade de gozo. E' *"um direito potencial quanto à existência e incerto quanto ao conteúdo"* (PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, pág. CCXCI).

"Ainda a propósito do que definimos como o aspecto dinâmico da relação de emprego público, apresenta-se a questão: se e que direitos pode ter o funcionário. Ou, com maior precisão, o argumento deve ser considerado sob dois aspectos: um, relativo à carreira em todo o seu desenvolvimento, e outro, relativo aos seus diversos momentos, ou sejam as promoções. Ocorreria, pois, distinguir entre um direito à carreira, genericamente considerada, e um direito às promoções em casos determinados.

Ora, quanto ao primeiro ponto, se é verdade que a carreira é um elemento quase consubstancial à relação de emprego público, e que a própria Administração exige que os empregados nela progridam, eliminando, assim, os incapazes, não é menos verdadeiro que, de outro lado, isto que constitui um interesse para o funcionário, não adquire, só por si, a validade de um direito.

Se se quer falar de direito, deve-se reconhecer que se trata de um direito potencial quanto à existência e incerto quanto ao conteúdo; o funcionário sabe que poderá fazer uma carreira, mas não sabe qual será esta no futuro. Ele não tem nenhuma segurança de que ela se desenvolva em conformidade com as normas vigentes ao tempo em que se constituiu a relação de emprego. Pode acontecer que a Administração Pública modifique as normas em benefício do funcionário; pode, porém, de vários modos, acontecer o contrário, como, por exemplo, a exigência de novos títulos e requisitos, a agravamento das condições para a promoção, a extensão do período ou do interstício para concorrer à mesma, a redução dos graus, a antecipação do termo da carreira ou o seu truncamento e, finalmente, a supressão do serviço. No maior risco de não poder afirmar o seu direito ao emprego em geral se acha compreendido, para o funcionário, o risco menor de não poder adquirir um direito à carreira" (PETROZZIELLO *op. cit.*, pág. cit. e seg.).

E em nota à pág. CCXCII, PETROZZIELLO declara:

"Sobre a negação do direito à carreira a jurisprudência, antiga e atual, é de uma uniformidade absoluta"

O mesmo pensamento se encontra em PRESUTTI:

"Assim, de regra, a êste pessoal (agentes de carreira) a esperança é não só de permanecer ao serviço da administração pública, como de conseguir me-

lhorias de situação, consistente em aumento de vencimentos ou em promoção a cargos mais elevados ou mais importantes na hierarquia. A permanência no serviço, assim como a aquisição de melhorias na própria situação, constitui, porém, uma probabilidade, não uma certeza, pois basta a simples declaração de vontade do órgão a que cabe no Estado a competência para mudar a organização do serviço e a composição das carreiras, sem que a tais transformações possam constituir obstáculo as melhorias esperadas por aquêles que ocupavam, antes da transformação, os cargos públicos que venham a ser ordenados de outra maneira” (PRESUTTI, *Instituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. II, pág. 5).

5 — A lei de introdução do Código Civil dispõe, art. 6.º :

“A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito”.

Ora, quando revogada a lei que regia a promoção dos funcionários da Prefeitura de São Paulo, nenhum daqueles que tinha a possibilidade de gozo da vantagem havia ainda adquirido um direito à promoção. O direito que eles tinham era um direito genérico ou abstrato à carreira, direito que não poderia ser atribuído a um ou algum dêles senão no momento em que houvesse reunido todos os requisitos necessários à promoção. Antes era um direito que pertencia indistintamente a tôda a classe, sem qualquer individuação, concretização ou atribuição determinada. Era, em outras palavras, a mera faculdade, que cabia a todos os funcionários de um determinado grupo ou de um certo grau a poderem concorrer à promoção. O direito à promoção era simplesmente potencial ou suscetível de vir a realizar-se nos termos da lei em vigor se esta no momento da promoção estivesse ainda vigorando. No interregno, porém, entre a verificação das vagas e o início do processo destinado a apurar o merecimento entre os funcionários aos quais a lei conferia a faculdade de concorrer à promoção, o legislador regulou de outra maneira as promoções, modificando o seu processo. A nova lei não encontrou nenhuma situação jurídica definitivamente constituída, pois o que até então existia para cada um dos funcionários era apenas a possibilidade abstrata de vir a ser promovido ou a esperança de que nêle viesse a ser reconhecido o merecimento no grau exigido pela lei para que sôbre êle recaísse a escolha. Ora, o que limita o efeito imediato da lei nova é tão somente a situação jurídica definitivamente constituída ou o ato juridicamente perfeito. A situação jurídica definitivamente constituída é a situação para cuja constituição ou individuação se tenham realizado todos os elementos necessários ou essenciais, ou a situação para cuja constituição tenham sido satisfeitos os requisitos exigidos pela lei em vigor ao tempo em que ela se constitui. A situação jurídica definitiva é, em outras palavras, o direito adquirido. O direito, porém, só se terá por adquirido quando em virtude de um ato ou fato jurídico êle possa ser atribuído a um determinado sujeito. Antes do ato ou fato jurídico por força do qual se opera a atribuição do direito a um determinado indivíduo, êste ainda não o adquiriu, continuando, quando muito, aberta a êle a possibilidade de vir a adquiri-lo. No caso de promoção por merecimento, o direito à promoção só resultará para determinado funcionário quando, apurado o merecimento dos indivíduos a cuja classe êle pertence, a promoção tenha que lhe ser, necessariamente, atribuída, com exclusão de todos os outros. Se pela apuração do merecimento, a um número de funcionários maior do que o número de vagas se reconhece igual aptidão à promoção, não se firma para nenhum dêles em particular o direito a ser promovido: a administração escolherá dentre os igualmente aptos aquêles que queira promover. Antes desta escolha, não existe para nenhum dos funcionários uma situação jurídica defini-

tivamente constituída, senão uma regra de direito objetivo, que limita o arbítrio da administração, só lhe facultando a escolha para a promoção dentre os funcionários constantes da lista de merecimento. Se antes que a administração exerça a sua opção, vem a ser modificado o regime de promoção, a nova lei se substitui à antiga e por aquela é que terá de orientar-se a administração quanto às promoções que tenha que fazer.

6 — Suponhamos, porém, que o número de funcionários de um certo grau seja exatamente igual ao número de vagas, verificadas no grau imediatamente superior e que todos os funcionários do grau imediatamente inferior sejam julgados igualmente aptos à promoção. E' a administração obrigada a fazer as promoções? Não poderá adiá-las por motivo de interesse público?

Como já tivemos a oportunidade de acentuar, a organização dos serviços em carreiras não tem por exclusiva finalidade o interesse dos funcionários. E', antes, no interesse do serviço que o legislador dá a sua preferência a essa modalidade de organização dos serviços públicos. E' claro que da modalidade de organização do serviço podem resultar vantagens para os funcionários. Estas vantagens, porém, são apenas conseqüências materiais ou de fato, da ordem jurídica em vigor. O interesse individual recebe a ação reflexa favorável ou benéfica da ordem jurídica estabelecida, não, porém, como um direito, senão como conseqüência de fato do ordenamento jurídico vigente. Assim, a organização do serviço público em carreira. Antes de efetuada a promoção, há um regime jurídico a que as promoções devem conformar-se; não existe, porém, ainda, um direito adquirido à promoção, ou uma situação subjetiva do funcionário, mas tão somente uma regra objetiva do serviço. Desta regra objetiva do serviço podem resultar benefícios ou vantagens para os funcionários; enquanto tais benefícios ou vantagens não se incorporam ao patrimônio, podem ser diminuídos ou suprimidos sem que haja ofensa a direitos adquiridos. Pendente a efetivação da regra de direito mediante o ato administrativo que efetua a atribuição do direito, o que existe é apenas o interesse legítimo do funcionário a que as promoções se façam de acôrdo com o direito em vigor. Não há, porém, para o funcionário um direito adquirido à conservação do ordenamento jurídico mediante cuja aplicação êle poderá vir a ser beneficiado. Se veio, portanto, a mudar no legislador a concepção do interesse público, ou se as circunstâncias indicam como favorável a êsse interesse a modificação do regime jurídico a que êle se achava submetido, as vantagens que para o indivíduo podiam resultar da ordem jurídica anterior, de que eram meros reflexos ou conseqüências de fato, não podem, à evidência, constituir nenhum embaraço à satisfação das novas exigências do interesse público, que reclamam transformações na organização jurídica. Neste caso, as vantagens individuais que poderiam resultar da antiga organização perdem a única existência que tinham, que é a existência material ou de fato, não se dando, com a modificação da ordem jurídica, nenhuma transformação na esfera jurídica individual, da qual não participavam aquelas vantagens como direito, senão como conseqüências ou reflexos do direito ou da regra objetiva do serviço. E' o que já havia formulado IHERING, com a sua habitual clarividência :

*"Il y a plus encore : toute loi qui protège notre intérêt ne nous confère pas un droit. Telle loi, par exemple, qui, dans l'intérêt de certaines industries, établit des droits protecteurs, profite aux fabricants, les protège, mais ne leur donne aucun droit. Comment expliquer ce fait? C'est qu'il n'y a qu'une action reflexe juridique; c'est qu'il s'agit d'un rapport qui presente, sans doute, la plus grande analogie avec le droit, mais qu'il en faut bien soigneusement distinguer"* (IHERING, *L'Esprit du Droit Romain*, trad. MEULENAERE, vol. IV, § 71, section 2).

Esta distinção entre o direito considerado adquirido e o efeito reflexo do direito objetivo é hoje corrente na literatura jurídica (JELLINEK, *Diritti Pubblici subbiettivi*, cap. VI; RICHARD THOMAS, em *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. II, pág. 616; FERRARA, *Trattato di Diritto Civile*, vol. I, pág. 312; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzione di Diritto Civile Italiano*, 5.<sup>a</sup> ed., a cura de GIULIO VENZI, vol. I, pág. 17; VON TUHR, *Der Allgemeine Theil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. I, pág. 55; FLEINER, *Droit Administratif Allemand*, pág. 111 e segs.; ARANGIO RUIZ, *Diritto Costituzionale Italiano*, pág. 83; MEUCCI, *Diritto Amministrativo*, ed. 1912, vol. I, páginas 140-141; RANELLETTI, *Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 430; CAMEO, *Commentario delle Leggi sulla Giustizia Amministrativa*, pág. 107).

Da mesma maneira, embora reunidos todos os requisitos para a promoção, a Administração não é obrigada a promover. Ela não poderá promover contra a lei; mas não é obrigada a realizar as promoções, se o interesse público lhe indica a conveniência de se abster das promoções ou de adiá-las. No direito à promoção há dois interesses protegidos pela lei: o interesse público e o interesse dos funcionários. O interesse destes se beneficia reflexamente da modalidade da organização do serviço que pareceu ao legislador como mais conveniente ou adequada ao interesse público. No interesse do serviço é que o legislador preferiu a modalidade da organização do serviço mediante os quadros de carreira; o interesse do funcionário é apenas um meio de que se serviu o legislador para beneficiar o serviço. Este, porém, o seu melhor funcionamento, é o fim que o legislador tinha em mira ao estabelecer a modalidade da organização do serviço. E, portanto, a um dado momento, ou quando se verificam vagas num grau imediatamente superior, à Administração fica reservada a liberdade de decidir se é oportuno ou conveniente ao interesse público efetuar imediatamente as promoções, ou reservá-las para um momento mais favorável. Com isto, ela não viola a regra de direito, pois esta se limita tão somente a prescrever as normas a que as promoções devem obedecer; não determina, porém, que as promoções devam ser feitas imediatamente ou logo em seguida, à verificação das vagas. À Administração, cabe, portanto, o direito de livre apreciação quanto à oportunidade de fazer as promoções.

A resposta para os funcionários civis foi negativa, ficando livre à Administração nos graus superiores e reunindo o funcionário de grau inferior os requisitos exigidos para a promoção, possa esse pretender que a administração pública o promova: em outras palavras, se existe um direito perfeito à promoção.

A resposta para os funcionários civis foi negativa, ficando livre à Administração Pública a apreciação de se convém preencher ou deixar vagos os cargos de carreira segundo as necessidades do momento. Do que resulta como consequência necessária que, sobrevivendo novas regras que regulem diversamente a promoção antes que esta seja efetuada, não pode o funcionário vindicar a promoção de acordo com as normas anteriores, mas deve sujeitar-se às posteriores" (C. VITTA, *Diritto Amministrativo*, vol. II, págs. 508-509).

Acorde com esta opinião está PETROZZIELLO:

"Passando ao outro aspecto da questão, o qual considera a carreira não no seu desenvolvimento integral, mas nas suas etapas progressivas, constituídas pelas promoções, ainda aqui não se pode falar de um verdadeiro e próprio direito à promoção. E, antes de tudo, verifica-se ser um princípio comum e normal que se reserve à apreciação discricionária da Administração a determinação do momento em que deva proceder às promoções para os cargos vagos. Ao funcionário não cabe nenhum direito a ser promovido em dado momento e não depois" (PETROZZIELLO, *Il Rapporto di Pubblico Impiego*, pág. CCXCIII).

7 — Ora, no caso em consulta, os funcionários que reclamam a promoção não haviam sido sequer classificados. A Comissão incumbida de apurar o seu merecimento não chegou a reunir-se. Nenhum dêles, portanto, poderia alegar que reunia os requisitos exigidos pela lei para a sua promoção. Êles continuavam a gozar de uma situação objetiva, isto é, tinham a mera possibilidade de virem a ser classificados para a promoção. Podiam, igualmente, não ser classificados. Que direito era o seu? Se se pode chamar de direito a esta virtualidade, não será, contudo, uma situação jurídica definitiva. Será uma simples esperança ou possibilidade de gôzo, que a lei nova poderá modificar, restringindo ou abolindo.

8 — Nestes têrmos, respondo negativamente ao quesito que me foi proposto :

Os funcionários autores da ação não adquiriram direito à promoção por merecimento aos cargos a que aludem, nem se constituiu em favor dêles uma "situação jurídica definitiva", que lhes assegure a promoção a que pretendem.

Rio, 1943. — *Francisco Campos*, professor da Universidade do Brasil.

---