FUNCIONÁRIO PÚBLICO — DIREITO AO EMPRÊGO E DIREITO À PROMOÇÃO — EXISTÊNCIA DE VAGA — OBRIGAÇÃO DE PROMOVER — SITUAÇÃO JURÍDICA DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDA

— O direito de promoção é inerente à relação de emprêgo sua efetivação é de interesse do serviço público.

— Não é admissível um direito do funcionário a que se preencha a vaga. Pertence ao poder discricionário da Administração Pública a apreciação da oportunidade do preenchimento de cargo vacante.

— Para se tornar positiva e real, para se constituir definitivamente, a situação jurídica subordina-se à realização de um ato de fato jurídico, que, pode dizer-se, faz funcionar a lei.

— A vacância de cargo não é fato gerador de direitos. Expressão somente, para o funcionário, a possibilidade de ser chamado a preenchê-lo.

— Interpretação e aplicação dos arts. 50, 52 e 55 do Estatuto dos Funcionários Públicos da Prefeitura de São Paulo e do art. 6 da Introdução ao Código Civil.

PARECER

Omissis.

§ 1.º Com invocarem seu direito à promoção, nos termos da consultação suscitam os reclamantes a questão teórica do direito à carreira e do direito à promoção.

“O direito ao emprêgo — escrevi eu, “Direito Administrativo e Ciência da Administração”, I, pág. 203 — determina a aquisição dos demais direitos que lhe são acessórios. Desde que tem o direito de permanecer, o funcionário tem o de progredir, porque o exercício do emprêgo compreende a soma das vantagens a ele inerentes. O contrário importaria em retrocesso relativo, com desmerecimento de direitos reconhecidos. A carreira administrativa é um dos elementos da instituição do emprêgo público; e o acesso na carreira faz por promoção. Certa semelhança entre a natureza da nomeação e a da promoção não nos ilude, pois a nomeação é a designação para uma função nova enquanto a promoção é a nomeação de um funcionário para um emprêgo superior no quadro do pessoal de que o funcionário faz parte atualmente. Assim, é como uma nomeação complementar, necessariamente consequente à inicial”.

Consagra-se aí um princípio geral de direito administrativo, com aplicação à disciplina jurídica dos funcionários. Toda vez que se propuser ao juris a solução de uma controvérsia, em cuja raiz se embeba o direito do funcionário ao acesso a cargos superiores, esse princípio interferirá para elucidar o texto legal, em que o direito do funcionário acaso não se enuncie explicitamente. Fonte de direito, não equívoca, é claro, a um preceito legal, necessariamente específico.

Insistamos em que o direito à carreira, considerado em tese, só é possível se conceber como elemento consubstancial à relação de emprêgo. Ao admitir o funcionário, a Administração Pública impõe-lhe deveres; os direitos, que lhe reconhece, correspondem à necessidade de manter servidores úteis e eficientes. Um de tais direitos é o de seqüência na carreira, por meio da qual

a Administração Pública seleciona o pessoal burocrático. Seria iníquo ou ilógico atribuir à Administração Pública a faculdade de exigir pessoal útil e eficiente sem garantias jurídicas e econômicas, entre as quais se inclui o progresso na carreira. Eis aí por que, nas leis concernentes ao funcionalismo, se lhe assegura, *objetivamente*, aquêlê direito.

Nessas condições, ao ingressar nos quadros do funcionalismo, o indivíduo conta com a eventualidade da promoção. Direito certo, quanto à existência; mas, quanto à forma por que se efetivará, é incerto e infixo; e por forma queremos significar a regência legal das promoções.

Exatamente porque os direitos reconhecidos ao funcionário *correspondem à necessidade de manter servidores úteis e eficientes*, o arbítrio da Administração Pública, no tocante à utilidade e eficiência dos serviços, determinará a forma de efetivação do direito à carreira, forma, evidentemente, variável, como tudo quanto depende do arbítrio.

Em síntese, *o direito de promoção é inerente à relação de emprêgo e sua efetivação é de interesse do serviço público.*

A doutrina perfilhada, hoje, pelos autores de direito administrativo, não é de outro teor.

LENTINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, I, pág. 476-477, é categórico:

“Discute-se a existência de um direito à carreira e de um direito à promoção. Sustentamos que em ambas as hipóteses a resposta é negativa. Com razão se qualifica êsse pretenso direito como potencial em sua existência e incerto em seu conteúdo (PETROZZI), porque tudo depende dos poderes discricionários da Administração Pública, que tanto pode melhorar quanto piorar as condições de carreira de seus próprios dependentes. Tão pouco é lícito falar de um direito à promoção, visto que a Administração Pública tem a faculdade discricionária de preencher ou não os cargos vagos”.

CINO VITTA, *Diritto Amministrativo*, II, pág. 433, confirma:

“A propósito das promoções genericamente consideradas, questionam-se, em havendo vagas nos graus superiores, e contando o funcionário do grau inferior com os requisitos exigidos para o acesso, pode êste pretender que a Administração Pública tenha de promovê-lo; em outros termos, se há um direito perfeito à promoção. A resposta quanto aos funcionários civis foi negativa, atribuindo-se ao critério da Administração Pública preencher ou deixar vagos os cargos de carreira, conforme as necessidades do momento. O que acarreta como consequência que, sobrevindo normas que regulem diversamente a promoção antes que esta se efetue, não pode o funcionário pretender o acesso fundado nas normas anteriores, mas tem de submeter-se às subseqüentes”.

D'ALESSIO, *Diritto Amministrativo*, I, págs. 476-477, não destoa:

“Certo, não se pode negar que seja tendência do direito público moderno reconhecer que, na normalidade dos casos, a nomeação do funcionário não indica, em relação ao indivíduo, o ponto final de uma situação pessoal, mas o ponto inicial de uma gradual ascensão a melhores posições. E a ordenação jurídica esforça-se por garantir que a semelhante expectativa pessoal do funcionário corresponda, nos limites do possível, a realidade das coisas. Mas é possível dizer-se que, por tudo isso, a lei assegure ao funcionário um *direito à carreira*? O interesse que a lei protege, em verdade, não é de modo algum individualizado; é o interesse difuso por toda a categoria dos funcionários de determinada carreira, no sentido de evitar que estranhos possam ocupar cargos superiores na própria carreira. Não é possível, porém, dizer-se que normas objetivas protejam um interesse particular, pessoal, direto, de Tício, de Caio, de Mévio.

“Devemos, pois, excluir que disponha cada funcionário de um direito subjetivo ao acesso, desde que permaneça sempre subordinado ao poder discricionário da administração, de cujo arbítrio absoluto depende, inclusive escolher o momento mais oportuno para levar a efeito as promoções”.

Não é menos concludente PRESUTTI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, II, n.º 205:

“Ao funcionalismo se dá, em regra, a esperança, que quase sempre se realiza, não só de permanecer ao serviço da Administração Pública, mas também de conseguir melhoria de sua própria situação, consistentes em simples aumentos de remuneração, ou ainda na concessão de postos mais graduados na hierarquia, ou simplesmente mais importantes. A permanência ao serviço da Administração Pública e a consecução de melhoria da própria situação, porém constituem, sempre, uma probabilidade, não uma certeza, porquanto basta a só declaração de vontade do órgão competente do Estado para mudar a organização dos cargos e das carreiras, sem que a atuação de tais transformações possam opor obstáculos às melhorias esperadas por aqueles que ocupavam imediatamente antes da transformação, os cargos que vêm a ser transformados”.

WALINE, por sua vez, expõe, *Droit Administratif*, pág. 404:

“São estatutárias as condições da promoção, ou seja, podem modificá-las novas regras, as quais, portanto, são aplicáveis a todo o pessoal do serviço, sob condição, naturalmente, de que tais modificações sejam impessoais e não possam acoimar de desvio de poder”.

De tal sorte, é facultado à Administração Pública, por *medida de ordem geral*, deixar de efetivar o direito à promoção, que, se direito se denomina, em sentido restrito e relativo, de *direito interior à relação de emprego*, e, na que respeita ao seu titular, é, a rigor, um *interesse legítimo*, ao qual se sobre põe o interesse do serviço público.

Condição material, normal, para a promoção, é a existência da vaga. Contudo, a existência da vaga *não obriga à promoção*. O preenchimento da vaga é objeto de interesse do serviço público, como a criação ou extinção dos cargos, tanto que não é lícito ao funcionário renunciar a esse direito. Assim, a autoridade administrativa expedirá o ato de promoção quando se lhe afigurar oportuno, sem prazo prefixado, quando, em outros termos, o serviço público reclamar.

Não é admissível um direito do funcionário a *que se preencha a vaga*. Aí, a apreciação da oportunidade do preenchimento do cargo vacante, do ponto de vista do interesse geral ou administrativo, pertence ao poder discricionário da Administração Pública.

§ 2.º Assegurado por lei aos funcionários o direito à promoção em determinadas condições, o direito prevalecerá enquanto outra lei, relativa a essa matéria, não entrar em vigor.

Ao princípio do efeito imediato e geral da lei nova (presumidamente melhor que a lei antiga) só se abre exceção no que concerne às *leis de competência* e às relativas às *obrigações e aos contratos*. Os direitos e obrigações pertinentes à relação de emprego excluem-se da categoria dos contratos: são estatutários. Por consequência, as leis, que os regem, têm efeito imediato. Assim, os efeitos da lei, que rege as promoções, cessam com a abrogação dela para dar lugar aos efeitos da lei, que a vem substituir. É que o direito à promoção não importa em direito adquirido.

Conceitua-se como direito adquirido aquele, cuja exercício esteja inteiramente no arbítrio do respectivo titular, ou de alguém por ele, ou o direito cujo exercício, para estar no arbítrio do respectivo titular, ou de alguém por ele, dependa unicamente de um termo ou condição preestabelecida. Ora,

direito de promoção não está no arbitrio do respectivo titular, ou seja, do funcionário em condições de o exercer; logo, não depende unicamente, para se efetivar, de que o termo ou condição preestabelecida se verifique.

De dois títulos podem provir direitos: de um título próprio do indivíduo, que o invoca; ou de um título comum a todos os indivíduos, que é a lei. Na hipótese da existência do primeiro título, existe *direito* no rigor da expressão, o direito atual, ao qual já a ação corresponde; se é o segundo título que existe, não há direito, na cristalina acepção do termo, senão mera *faculdade*. Adquiri a propriedade por um título que me é próprio; posso levar a efeito, na propriedade, todas as modificações que a lei atual permite aos proprietários, quer dizer: em vista de um título comum a todos eles. Não pode a lei despojar-me da propriedade; deve respeitar as modificações a que procedi; mas pode vedar-me a introdução de modificações, que ainda não realizei. Patenteia-se aí a diferença entre direito e faculdade; e resta apenas acrescentar que a própria faculdade se transforma em direito, quando se exercita e traduz em ato, e então — só então — poderá apresentar-se, diante da lei nova, como direito adquirido.

Vem a preceito a lição de SANTI ROMANO, *Corso di Diritto Amministrativo*, pág. 72, segundo a qual “o princípio da não retroatividade não se aplica aos direitos que não são adquiridos e, portanto, a nenhum dos direitos públicos gerais, que têm por título unicamente a lei vigente, enquanto vigente, às capacidades jurídicas determinadas pela lei por disposições gerais para todos os sujeitos ou categorias destes, aos poderes de entidades públicas, aos simples interesses (e, pois, às expectativas) dos indivíduos”.

A caracterização do direito adquirido subordina-se à ocorrência de um fato atributivo de direitos, consoante a lei do tempo em que o fato ocorreu (cf. RICCI, *Diritto Civile*, I, n.º 24). Que fato indicariam os funcionários como atributivo de seu direito à promoção? A *classificação*, relativamente aos que o lograram? É óbvio que não: a classificação nada acresce à possibilidade ou, se quiserem, à promessa de promoção implícita no ato de nomeação do funcionário. Quando muito, significa o reconhecimento de que o funcionário se acha habilitado à promoção, *se promoção houver*; desta forma, entre o classificado e o não classificado, o direito de acesso pertence ao primeiro, a quem o segundo não pode preterir. Equivale a um ato parcial, a uma fase do processo que conduz à promoção. Ora, os atos seriados, parciais, constitutivos da cadeia de atos ou momentos de um ato perfeito e acabado, só permanecem sob o império da lei antiga se puderem produzir efeitos por si próprios, se, por conseguinte, valerem independentemente da perfeição do ato, de cujo complexo fazem parte. Esse não é, evidentemente, o caso da classificação.

Seria aquêle fato gerador de direitos à *vacância* do cargo? Também não. A disponibilidade do cargo decorre da criação dêle ou de sua desocupação. Aí, na existência da vaga, é a vontade da Administração Pública, em suma, que se revela, determinando-a, quer pela criação do cargo, quer por o deixar disponível. Ora, um fato que se remete à vontade da Administração Pública, em correlação, presume-se, com a necessidade do serviço, é, por sua natureza, um fato insuscetível de atribuir direitos a quem quer que seja.

Dispõe o art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil:

“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”.

A noção mais singela, e todavia exata, de *situação jurídica*, será a de um conjunto de direitos e obrigações, determinados ou eventuais, que, para uma pessoa colocada em certas condições, derivam de uma regra de direito ou de uma instituição jurídica. Toda lei tende a produzir situações jurídicas, ao determinar que as pessoas colocadas nas condições por ela previstas terão os direitos e obrigações, que dela decorrem. Em outras palavras, a lei *voca* as pessoas em tais condições, agrupa-as na categoria das que *poderão ser chamadas* a instalar-se na situação jurídica possível, em virtude dela, de se constituir. Não obstante, para se tornar positiva e real, para se constituir definitivamente, a situação jurídica subordina-se à realização de um ato ou fato jurídico, ato ou fato, pode-se dizer, que *faz funcionar* a lei.

É evidente que a realização dêsse ato ou fato nem sempre depende da vontade ou do poder dos interessados; mas, dependa ou não dependa, somente o ato ou fato *dão realidade*, constituem definitivamente a situação jurídica, até aí eventual e teórica, ou *abstrata*, como a crismou BONNECASE, (*Droit Civil*, I, n.º 115).

Ora, a classificação, isto é, o *merecimento* dos funcionários não importa em ato ou fato jurídico, pelo qual se constitua a situação jurídica de sua promoção, pois somente exprime sua *vocação*, a *possibilidade de ser chamados* a preencher os cargos vagos; nem tão pouco o é a existência das vagas, cujo preenchimento está no arbítrio da Administração Pública.

§ 3.º O preenchimento das *vagas* obedece a um processo, opera-se pelo funcionamento de um mecanismo, que representa aquela forma de efetivação do direito à carreira, variável ao arbítrio da Administração Pública, de que já nos ocupamos, e exprime-se na regência legal das promoções. É em virtude de uma lei que as promoções se realizam. Uma, no entanto, pode ser a lei reguladora das promoções e quando da abertura da vaga e outra em vigor ao tempo do preenchimento. Qual das duas se deve aplicar? Se fôsse de se reconhecer ao funcionário o direito de exigir o preenchimento da vaga, ou, por outra, se a vacância do cargo constituísse a condição preestabelecida, cuja verificação lhe outorgasse o direito adquirido à promoção, ou representasse o ato ou fato jurídico, determinante da constituição da situação jurídica do acesso ao cargo, *tollitur questio*: aplicar-se-ia a lei antiga, porque a lei nova teria efeito *ex nunc*. Tal, porém, não se admite. Aplicar-se-á, portanto, a lei atual, a menos que ela própria declare eficaz, quanto a êsse ponto, a lei anterior.

A Prefeitura de São Paulo não está obrigada a preencher vagas existentes; a ter, contudo, de preenchê-las, se o exigirem as necessidades do serviço público, aplicará, *em princípio*, a lei atual. Nem há dúvida, à luz de quanto expusemos.

A lei atual é o Estatuto dos Funcionários Públicos — decreto n.º 13.030, de 1942 — *que revogou as disposições em contrário*. Prescreve o art. 50 que

“as promoções obedecerão ao critério de antiguidade de classe e ao merecimento, alternadamente, de *acôrdo com o regulamento que fôr expedido*...”

Ainda o art. 52 e o art. 55 fazem menção ao Regulamento, que, por força do art. 268, “o Poder Executivo Municipal expedirá”. Qualquer promoção de *acôrdo com o ato municipal* n.º 1.146 ou n.º 1.439, seria contrária ao Estatuto, que manda realizar as promoções *de acôrdo com o regulamento que fôr expedido*.

Poder-se-ia obter-se, que, não se havendo ainda expedido o regulamento, ou se recorrerá àqueles atos municipais, ou não há lei em vigor para regular as promoções. Eis aí uma situação de fato, cuja única solução consistiria no advento da lei reguladora das promoções. Enquanto isso, a Prefeitura abster-se-á de promover funcionários; como esta medida interessa ao

serviço público, pode-se figurar, muito arrojadamente, a hipótese de que o serviço público sofra prejuízo com a omissão. Isto, porém, respeita à economia da administração municipal e nada tem que ver com o direito de funcionários à promoção.

A situação não é, de resto, original, ao que nos faz ver LENTINI, op. cit. I, pág. 44:

“Uma situação especial frequentemente se tem verificado, sobretudo recentemente, no que respeita aos regulamentos executivos, a saber, quando se modificou a lei para cuja execução se expedira regulamento, sem que novo regulamento se haja expedido, e do qual apenas se previu a expedição. Consideramos que, em tal emergência, devem sempre permanecer em vigor as normas do regulamento baixado para a aplicação da lei antiga, *se e enquanto não forem incompatíveis com as da lei nova*”.

Que o Estatuto dos Funcionários Públicos revogou os atos municipais em apêço, não há tergiversar. Superfetatória é a cláusula legal de revogação das disposições em contrário, como observa CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, n.º 441. Não custa, entretanto, interpretá-lo.

A cláusula de revogação é inútil, porque, sem necessidade de se declarar, a abrogação da lei anterior pela lei nova se opera *na medida da contrariedade* (cf. FERRARA, *Interpretação e Aplicação das Leis*, trad., pág. 106): aquela é abrogada *até onde for incompatível* com a lei nova. Essa incompatibilidade será *preceitual* ou *conceitual*; é assim que a oposição se manifestará, seja entre as normas dispositivas de uma e outra, — conflito de preceitos, — seja entre os princípios informadores de uma e outra regulamentação jurídica, — conflito de conceitos, — seja, enfim, entre as normas dispositivas da lei antiga e os princípios informadores da nova lei, — conflito de preceitos e conceitos.

Suponhamos uma lei cuja execução exija regulamento: seu poder abrogatório estender-se-á, incontinente, ao regulamento da lei por ela abrogada, em razão da incompatibilidade conceitual, visto que o regulamento é uma *produção dos princípios* da lei originária, e não há necessidade de esperar pelo seu próprio regulamento, uma vez que não é caso de se operar a abrogação *de um regulamento por outro*, mas trata-se de abrogação *do regulamento pela lei*.

O regulamento antigo encerra, *a fortiori*, “disposições em contrário”, que a lei nova revoga, com ou sem cláusula expressa.

Por conseguinte, os atos municipais atinentes à regência das promoções estão revogados pelo art. 271 do Estatuto dos Funcionários Públicos.

Em conclusão:

Os funcionários, autores da ação, a que alude a consulta, não adquiriram direito “por merecimento” à promoção, nem se constituiu a favor deles “uma situação jurídica definitiva”, que lhes assegure tais promoções.

Belo Horizonte, 14 de maio de 1943. — J. Guimarães Menegale.