

A função pública e o seu regime jurídico

THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI
Procurador da República no Distrito Federal

XIII

DA PROMOÇÃO

O movimento do funcionário em sentido ascendente, vertical, dentro do seu quadro, é o que podemos chamar promoção. Representa uma melhoria, com caráter efetivo, e consiste na passagem para uma classe superior. O decreto 2.290, de 28 de janeiro de 1938, por isso mesmo define a promoção :

“o ato do Presidente da República, pelo qual o funcionário público civil tem acesso, em caráter efetivo, à classe imediatamente superior àquela que ocupa na carreira profissional a que pertence”. (1).

E', aliás, a noção geralmente aceita, conforme se pode verificar pelo cotejo de diferentes definições, entre as quais citaremos Marcelo Caetano : “Chama-se promoção a nomeação de um funcionário para lugar de categoria superior do quadro a que pertence”. (2)

Algumas legislações conhecem outras modalidades de promoção, considerando como tal a nomeação para outro cargo, com outras funções e melhor remuneração. Isto, porém, contraria o

quadro dentro do qual se movimentam os nossos funcionários atualmente. (3)

Waline, por exemplo, diz que a promoção consiste na melhoria da situação de carreira do funcionário. (4)

Cino Vitta (5), por sua vez, ensina que a promoção pode ser de classe (classe) ou de cargo (quadro). No primeiro conserva-se a mesma função mas aumenta-se a remuneração; no segundo passa-se a nova função, melhorando-se na hierarquia.

Ruiz y Gomes (6), dentro dessa mesma orientação, considera promoção, ou a atribuição de um emprêgo superior na mesma função, ou de um novo soldo no mesmo emprêgo. Nota o mesmo autor que a promoção se verifica ainda que o promovido não haja passado de um emprêgo para o outro no serviço.

Efetivamente, essas definições têm caráter mais geral, seguem uma compreensão comum, usual, da palavra.

Entende-se por promoção toda melhoria na vida do funcionário, pelo acesso a um posto hierarquicamente superior ou de melhor remuneração.

Todo o nosso serviço público obedece, porém, a um sistema integral, lógico, e as definições se

(1) Redação conservada, com pequenas alterações, no art. 59 do Projeto de Estatuto dos Funcionários Públicos.

(2) *Manual de Direito Administrativo* — pg. 247 — n.º 139.

(3) Ver Waline — *op. loc. cit.* — e Ruiz y Gomez — *Principios Generales de Derecho Administrativo* — pg. 234.

(4) *Man. de Dr. Adm.*, pg. 386.

(5) *Diritto Amm.*, II, pg. 429.

(6) *Principios Generales de Derecho Administrativo*, pg. 234.

devem a êle adaptar pela conveniência de sua própria aplicação.

Eis porque a definição deve ter uma compreensão mais restrita e rigorosamente técnica.

DO DIREITO À PROMOÇÃO

Deve se indagar também si existe um direito à promoção, isto é, si a existência da vaga crea para o funcionário um direito subjetivo.

Perante o direito administrativo de certos países a questão é controvertida.

Responde, por exemplo, Lentini (7), em obra recente :

“Pergunta-se si existe um direito à carreira e um direito à promoção. Entendemos que se deve responder negativamente às duas hipóteses. Aquele pretendo direito deve se qualificar como potencial quanto à sua existência, incerto no seu conteúdo, porque tudo depende dos poderes discricionários da administração, que pode melhorar como piorar as condições das carreiras de seus funcionários. De direito pode-se, portanto, falar somente em relação às posições já adquiridas, mas nos outros casos só se pode falar de expectativa”.

Petrozielo repete as mesmas palavras, citando em seu abono numerosa jurisprudência dos tribunais italianos (8).

D'Alessio, igualmente, sustenta a mesma tese mas observa que a garantia do acesso não existe na lei italiana, e que só se poderia falar em direito subjetivo si porventura a garantia estivesse consagrada em normas objetivas, o contrário do que dispunha o projeto Zanardelli.

Jelinek (9) ainda é mais explícito :

“O funcionário não tem um direito (*Auspruch*) ao emprêgo, como o eleito tem o de ser admitido as funções de membro da Câmara. A nomeação para um cargo é sempre um ato administrativo unilateral, que impõe deveres ao funcionário mas não lhe atribue nenhuma garantia”.

Pacinotti (10), entre outros, porém, sustenta a teoria contrária e que teve também a sua voga entre nós, teoria segundo a qual o funcionário tem direito ao desenvolvimento de toda a sua carreira, de acôrdo com a lei em vigor ao tempo em que a iniciou. Êste modo de entender seria lógico dentro da tese contratual.

A tese, porem, já não merece mais o amparo da doutrina, nem da jurisprudência. Ela importaria na completa anarquia dos serviços e na impossibilidade de atender às situações individuais de quantos tenham tido ingresso no serviço público sob diversos regimes. Seria a balbúrdia, que afinal importaria na própria negação dos direitos de terceiros, a multiplicação de quadros com vantagens e regimes diferentes .

Daí o ponto de vista jurídico ; além do mais, nenhum fundamento teria tal critério visto como o ingresso no serviço traz apenas expectativas de direitos sujeitos a modificações e a contingências de fato imprevisíveis.

Vigora entre nós a doutrina estatutária, que estabelece a mutabilidade do regime dos funcionários, sem excluir o respeito aos direitos adquiridos.

Ê, aliás, a doutrina mais seguida, mas que não exclue a diferenciação dos regimes pelos diversos países, de acôrdo com as normas peculiares a cada um.

Ruiz y Gomes, ainda neste particular, fixou princípios muito seguros, que não podemos deixar de transcrever (11) :

1.º) O direito ao acesso não é um direito natural decorrente do próprio modo de ver da função pública, mas um direito objetivo, subordinado às disposições legais.

2.º) A regulamentação do acesso não obedece a normas uniformes, mas variadas, estando, em relação a algumas funções, subordinada a disposições rígidas e, em outros casos, predominando o poder discricionário.

3.º) De acôrdo com êsses princípios, o direito ao acesso dos funcionários e empregados é mais ou menos amplo, segundo o regime jurídico.

(7) *Istit.*, I, pg. 477.

(8) *In Primo Trattato de Orlando*, II, v. 3, pg. 292.

(9) *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, pg. 195.

(10) *L'impiego* — *apud* Petrozielo, *op. loc. cit.*, nota.

(11) *Op. cit.*, pg. 243.

4.º) Para conhecer-se o alcance do direito de acesso é preciso, em cada caso, estudar os textos que especialmente o regulam e para cada função.

5.º) Existe uma tendência geral para regular o regime de promoções em todas as funções públicas, de modo que os funcionários e empregados se encontrem garantidos em seu direito ao acesso, obedecendo-se ao regime estabelecido.

Indaga-se também si, aberta a vaga, pode-se modificar o regime de promoções, ou suprimir a promoção por interesse da administração.

Respondem afirmativamente os autores italianos, como Cino Vitta (12), Lentini (13).

Entendem eles que a administração pode modificar o regime de promoções ou deixar de promover, sujeitando os funcionários às novas normas.

A solução dada pela nossa lei é, no entretanto, mais liberal porque do seu texto se deduz, que, uma vez aberta a vaga, estabelece-se para o funcionário uma situação jurídica cuja conclusão só dependia da realização da condição, que era a abertura da vaga.

Depende, naturalmente, o gozo das vantagens de ato formal do poder público. Retroagindo, no entretanto, esse ato, quanto ao gozo de algumas vantagens (como a contagem da antiguidade) ao tempo em que se verificou a vaga.

Não constitui, porém, ofensa aos direitos do funcionário, a supressão do cargo a que teria direito por acesso.

Este é o princípio coerente com a doutrina do estatuto legal (14).

Assim, regula o regime da promoção a lei em vigor ao tempo em que ocorreu a vaga. A lei nova, portanto, pode modificar a situação jurídica.

É a lição de Waline, por exemplo :

"Les conditions de l'avancement son statutaires, c'est à dire que de nouvelles règles peuvent les modifier, et sont alors applicables à tout le personnel du service à condition naturellement que ces modifications soient impersonnelles et qu'elles

ne soient pas entachées de détournement de pouvoir" (15).

Como dissemos acima, nada impede a modificação do regime de promoções, de acordo com as necessidades do serviço, e a atenção apenas às situações individuais constituiria um óbice irremovível ao próprio funcionamento dos serviços públicos.

DA VAGA

Vaga (tratando-se de promoção) é o claro aberto no quadro pela perda do cargo por parte de seu titular.

A vaga verificada na carreira importa na abertura de todas as vagas que decorrerem da necessidade do preenchimento da vaga originária.

Vaga originária é, por isso mesmo, aquela que se verifica, não pela promoção do funcionário que exercia o cargo, mas em virtude :

- 1.º) do falecimento do ocupante do cargo
- 2.º) da transferência, aposentadoria, destituição ou disponibilidade do ocupante do cargo (16).

Verifica-se também vaga pela criação de cargo novo ou pelo ato que conceder dotação para o seu provimento.

Tratando-se de cargo de carreira, a abertura das vagas nas classes superiores da hierarquia administrativa acarreta a de vagas nos postos inferiores, embora o seu preenchimento só se verifique posteriormente pelas promoções sucessivas nas respectivas vagas.

Essas vagas são todas simultâneas, embora seja o seu preenchimento sucessivo, devendo-se contar o tempo de serviço e a antiguidade de classe desde a abertura da vaga.

OS EFEITOS DA PROMOÇÃO E DE SUA REVOGAÇÃO

A promoção traz para o funcionário melhoria de situação, quer sob o ponto econômico, quer hierárquico, ao mesmo tempo que aumenta a sua responsabilidade.

(12) *Diritto Amministrativo*, I, pg. 433.

(13) *Ist. di Diritto Amm.*, I, pg. 591.

(14) Roubier — *Les conflits de lois dans le temps*, I, pg. 471.

(15) *Manuel élémentaire de Dr. Adm.*, pg. 386.

(16) Decreto 2.290, de 28 de janeiro de 1938, art. 9º.

Esses efeitos começam a se produzir com a publicação do decreto de promoção (17) ressalvados os direitos decorrentes da contagem do tempo de antiguidade, que retroage à data da abertura da vaga, quer a promoção tenha sido por antiguidade, quer por merecimento.

Pode se verificar, no entretanto, em virtude, de revisão do processo de promoção ou recurso do prejudicado, a ilegalidade ou erro no ato administrativo.

A nulidade pode ser decretada também pelo poder judiciário, por ferir direitos de terceiros.

Como notamos alhures (18), a revogabilidade é da essência do ato administrativo e pode ser determinada pela própria autoridade que o praticou. Corresponde, assim, a uma nova manifestação da vontade, em sentido contrário àquela que determinou a prática do ato revogado.

Existem, no entretanto, limitações ao exercício dessa faculdade, sendo a maior delas a lei bem como o respeito às situações jurídicas criadas pelo ato administrativo.

Mas também é certo que o vício de fundo ou de forma, importando na nulidade do ato, por ser o mesmo ilegal, não pode justificar a sua subsistência (19).

Tais atos são chamados por alguns "juridicamente defeituosos" (20).

A sua revogação se impõe, na feliz observação de Bielsa, como manifestação de um poder de polícia sobre os seus próprios atos, visto como não seria lícito admitir que tivesse de promover judicialmente a sua revogação. (21)

O meio normal de revogação verifica-se, porém, pelo recurso ou pedido de reconsideração para a mesma autoridade. O decreto-lei n. 1.174, de 27 de março de 1939, regula no momento a matéria.

Ali se estipula, muito acertadamente, que o recurso não tem efeito suspensivo, mas o seu provimento retroagirá à data do ato revogado, po-

dendo entretanto a autoridade determinar outra coisa.

Esta última ressalva atribue à autoridade administrativa a faculdade de reduzir os efeitos da revogação.

Em tese nada se pode arguir contra essa ressalva, visto como a faculdade de revogar pode revestir apenas o caráter modificativo, o que é modalidade atenuada da revogação (22).

Fica assegurado sempre ao prejudicado o recurso ao poder judiciário, que poderá julgar da legalidade do ato administrativo que ferir direitos individuais.

A lei estabelece prazos tanto para a interposição do recurso administrativo como do judiciário. Quanto ao primeiro será de 120 dias (23) e ao segundo de cinco anos, prescrição geral do Código Civil.

A revogação do ato não acarreta outros prejuízos para o funcionário sinão a volta à situação anterior, com perda da antiguidade e de vantagens futuras.

Não poderia a lei, como não o fez, determinar a restituição dos vencimentos e outras vantagens recebidas.

O funcionário beneficiado com a revogação, porém, seria integralmente ressarcido.

As dúvidas suscitadas por alguns autores quanto aos efeitos da revogação em relação às situações e direitos subjetivos criados pelo ato, mais tarde anulado, não procedem, pelo menos nas questões ligadas ao regime de promoção, e isto porque a própria lei previu a hipótese da revogação, determinando as consequências jurídicas deste ato.

DOS CRITÉRIOS DE PROMOÇÃO

A nossa legislação conhece dois grandes critérios de promoção: — merecimento e antiguidade. (Ver especialmente o decreto 2.290 de 1938).

Pretendem alguns autores, como Ruiz y Gomes (24), que esses critérios são em número de três: — antiguidade, merecimento pelo exercício e exame.

(17) Ver o Decreto n.º 3.409, de 6 de dezembro de 1938, VI.

(18) *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*, 2ª ed., Vol. II, pg. 105.

(19) Ver também Velasco — *El acto administrativo*, pg. 258.

(20) Ver Adolfo Merkl — *Teoria General del Derecho Adm.*, pg. 292.

(21) *Derecho Administrativo*, 3ª ed., I, pg. 217.

(22) Ver Raneletti — *Le Garantigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, pg. 136 e segs.

(23) Decreto-lei 1.174 acima citado.

(24) *Op. cit.*, pg. 236.

O exame, porém, constitue critério intelectual, processo de seleção, merecimento intelectual.

Algumas vezes os regulamentos exigem também, nos postos superiores, apresentação de diploma científico. Nesses casos, impõe-se uma condição geral nova para o acesso, que deve ser preenchida por todos quantos estiverem na carreira.

A promoção corresponde a uma verdadeira nova nomeação. Satisfeita a exigência do diploma científico, não fica excluído o critério geral do merecimento e da antiguidade, que funcionará normalmente.

Os que não satisfizerem a condição do diploma científico não poderão ser promovidos, nem por antiguidade, nem por merecimento (25). Será para eles o fim da carreira.

Tem sido objeto de grandes controvérsias as vantagens dos dois sistemas, da antiguidade e do merecimento, no preenchimento dos claros nas classes superiores da carreira.

O critério da antiguidade tem a seu favor a maior igualdade, menor intervenção das influências políticas, evita as rivalidades entre os companheiros, crea, enfim, um automatismo na movimentação do funcionário dentro de sua carreira.

Tem, por outro lado, defeitos vários. Reduz tudo, em matéria de acesso, ao fator tempo, exclue o exame dos méritos dos candidatos, desestimula o funcionário, crea o desânimo e o desinteresse do funcionário, dada a lentidão do acesso, que

se processa exclusivamente em consequência do decurso do tempo.

A crítica somente em parte é procedente.

O trabalho, por si só, estimula o funcionário que por ele se interessa, existindo entre os homens uma emulação natural. Sem isto não existiriam os cargos isolados, sem acesso, e os cargos superiores estariam praticamente sem eficiência, porque o funcionário nada mais teria de aspirar do poder público. Na realidade, para os postos de direção, a antiguidade constitue critério defeituoso, visto como ali se exige principalmente pessoal de capacidade intelectual e merecimento.

O decreto 2.290 (26) foi sábio nesse ponto, fixando o critério do merecimento, "quanto à classe final de cada carreira".

O critério do merecimento tem outros inconvenientes e seria ideal si fôsse possível chegar-se a um processo objetivo e impessoal na apreciação do merecimento.

Falta, porém, não somente esse processo, mas também é difícil chegar-se à determinação de um critério justo e adequado para cada função. Ter-se-ia, a rigor, de procurar critérios adaptáveis a cada categoria de atividade.

Além do mais, o simples critério do merecimento afastaria do acesso certo número de funcionários que, embora sem merecimento em relação a outros, têm, no entretanto, merecimento intrínseco pelo esforço e dedicação ao serviço.

O critério da nossa lei — metade por merecimento, metade por antiguidade — satisfaz plenamente.

(25) Ver o art. 70 do decr. 2.290, de 28 de janeiro de 1938.

(26) Art. 2º *in fine*.