## *FUNCIONÁRIO PÚBLICO — PROMOÇÃO*

*— O funcionário mais antigo adquire direito à promoção por antiguidade quando se abre vaga. Mas êste direito que impede o Executivo de promover outro funcionário não o obriga a fazer a promoção imediatamente, não havendo prazo marcado em lei.*

PARECER

1. O mandado de segurança foi requerido mais de 120 dias após ter o impetrante ciência do ato impugnado.

Extinguiu-se, assim, o direito de usar dêsse remédio excepcional (Código de Processo Civil, art.º 331).

Pretende o impetrante sustentar o contrário, argumentando que aquêle prazo só deve ser contado da publicação do despacho do Sr. Presidente da República, que não conheceu do pedido de reconsideração do despacho anterior de S. Ex. (fls. 10).

E invoca o ensinamento de Castro Nunes, que, longe de ser favorável, lhe é adverso.

Na verdade, segundo acentua Castro Nunes, no trecho citado, *"se a lei exige do interessado que use do recurso administrativo,* antes de pedir o mandado de segurança, deve-se-lhe restituir aquêle prazo, a contar da ciência do indeferimento final".

Mas o Mestre refere-se ao *recurso administrativo que a lei exige do interessado.*

E, no caso, o que houve foi pedido de reconsideração *julgado incabível* (fls. 4 e 22), não tendo o impetrante tentado qualquer demonstração em contrário.

Logo, tivemos razão de dizer que não aproveita ao requerente, antes o desfavorece, a lição invocada, até porque, como é pacífico e muitas vêzes já senteciou o egrégio Tribunal, o uso de recursos inadmissíveis não amplia os prazos processuais.

Onde, portanto, o eminente Castro Nunes poderia ser citado, com pertinência, é no ponto em que mostra serem contínuos e improrrogáveis, não podendo ser interrompidos, os prazos que a lei concede para o emprêgo de certo rito processual (Do Mandado de Segurança, 1937, p. 262, n.º 10).

2. Além de tardio, o pedido é improcedente.

Temos como indubitável que o funcionário número um da escala adquire direito à promoção por antiguidade, quando se abre a vaga.

Mas êsse direito só o reconhece o Poder Judiciário, no sentido de que o Executivo não pode preencher a vaga com outro funcionário, e nunca no sentido de que a promoção deva ser feita imediatamente, pois a lei não o determina nem marca prazo para êsse fim.

Ora, no caso em lide, não foi outro funcionário promovido, mas o próprio impetrante, reclamando êste apenas quanto à demora da promoção.

Em nosso entender, não lhe assiste razão.

Não tendo a lei marcado prazo para a promoção questionada, o Poder Executivo há de ser o juiz da oportunidade em que ela deva ser decretada.

Ao Poder Judiciário não seria lícito interferir na matéria, sem exorbitar, pois estaria invadindo atribuição privativa de outro Poder.

E' o que temos sempre sustentado (v. parecer no *Arq. Judic.*, vol. 50, pág. 430).

Veja-se, por exemplo, o ensinamento de Cino Vitta:

"A proposito delle promozioni in *genere si* si fece questione se *essendovi vacanze nei gradi superiori ed avendo l'impiegato del grado inferiore i voluti requisiti all'avanzamento, possa costui pretendere che la amministrazione pubblica proceda a promuoverlo; in altri termini ne siavi un diritto perfetto alla promozione. La risposta per gli impiegati civili fu negativa, essendo rimesso all'apprezzamento della publica amministrazione cuoprire o lasciar vacanti i posti di ruolo secondo le necessità del momento*". (*Diritto Amministrativo*, 1935, vol. 2.º, pág. 433).

Francesco D'Alessio, por sua vez, esclarece:

"*Dovremo dunque escludere, salvo a farne la riprova, in via di massima, che un diritto subiettivo abbia ciascun impietato all'avanzamento in quanto questo resta pur sempre subordinado al potere discrezionale dell' amministrazione, la quale è poi arbitra assoluta di scegliere anche il momento più opportuno per eseguire le promozioni... Accelerandosi o ritardandosi le promozioni, possono essere spostate sin le basi sulle quali la scelta deve esercitarsi e possono ricevere pregiudizio gli interessi di coloro che al verificarsi della vacanza trovansi in determinate condizioni per aspirare alla promozione.*

*Ma non é dato agli interessati reclamare per tali eventuali pregiudizi risentiti dall' esercizio di une potestà discrezionale insindacabile della pubblica amministrazione*". (*Istituzione di Diritto Amministrativo*, 1932, vol. 1.º, págs. 477-8).

Nesse sentido tem sentenciado o egrégio Tribunal, como se pode ver das decisões citadas em nosso referido parecer e de outra, mais recente, na apelação cível 7 387 (embargos), de que foi Relator o eminente Ministro Orosimbo Nonato (apenso ao *Diário da Justiça* n.º 259, de 7 de novembro de 1944, pág. 5 177).

Veja-se êste trecho irrespondível do voto do Sr. Ministro Orosimbo Nonato:

"Concluir o contrário seria entender que pode a Administração ser constrangida a prover cargo dentro de prazo inampliável, o que chofra com o poder discricionário que, nesse particular, se lhe reconhece e que apenas a lei pode disciplinar e estreitar em certas raias. Ao Judiciário, cabe apenas e sòmente corrigir os atos excessivos ou abusivos dêsse poder, por fôrça dêles degenerado em arbítrio ou maculados do vício da incompetência"... "A nomeação indébita e ilegal é que faria surgir, em prol do embargado, o direito,

que pretende, pois já então se trataria de providência particular contra êle e não de simples ação ou omissão de caráter geral, tomada, presumìvelmente, no interêsse coletivo. A demora no provimento do cargo não constitui mora, pois não tem a Administração, em princípio, dever de efetuá-lo em prazo certo".

Igual pronunciamento formulou o egrégio Tribunal pela sua 1.ª Turma, no rec. extr.º 8 575 (acórdão de 16 de abril de 1945, de que foi Relator o eminente Ministro Laudo de Camargo).

O nobre Relator foi incisivo ao declarar em seu voto: "Direito assistiria aos autores se preteridos fôssem nas promoções, a que teriam feito jus. De ver, porém, que preterição não houve, porque promoções se não fizeram".

3. Em face do exposto, esperamos que o egrégio Tribunal indefira o pedido.

D.F. 10-11-1947. — *Luís Gallotti*, Procurador Geral da República.