FUNCIONÁRIO PÚBLICO — NOMEAÇÃO E TRANSFERÊNCIA — PROMOÇÃO

— Para impetrar mandado de segurança não precisa o funcionário esgotar antes os recursos administrativos.

— Os cargos novos criados nos graus superiores de uma carreira só podem ser providos por funcionários dessa carreira mediante promoção ou por outros funcionários por via de transferência de outra carreira, ou de cargo isolado, mas da mesma classe ou padrão do novo cargo; ou, ainda, pelo aproveitamento, pela reintegração ou readmissão, mas, em todos os casos, satisfeita a condição de igualdade de classe.

— Ainda que não tenha direito certo à promoção, pode o ocupante de cargo da classe inferior pleitear a nulidade de provimento em cargo da classe superior, por funcionário estranho àquele.

JUÍZO DA 2.ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

Requerente: Rui Estrêla

SENTENÇA

Vistos, etc.:

I. Rui Estrêla impetra mandado de segurança contra o ato da Comissão Diretora da Câmara do Distrito Federal, para os fins de se anular o ato que proveu o cargo de Oficial Legislativo, classe N, da Secretaria da mesma Câmara, sem atender ao seu direito de promoção àquele cargo, na qualidade de funcionário mais antigo da classe inferior e se lhe assegurar êsse direito, com as vantagens dêle decorrentes.

Alega o impetrante que foi nomeado 2.º Oficial da Secretaria da Câmara em 9 de novembro de 1935, cargo que mais tarde se denominou de Oficial Administrativo, Padrão *M*; que, com o golpe de 1937, passou a servir na

Prefeitura, mas, uma vez restaurado o regime constitucional, voltou a desempenhar suas funções na Secretaria da Câmara, na classe a que pertencia; que na classe imediata à sua (Padrão *N*) havia onze cargos, dos quais dois estavam vagos; que a Resolução n.º 23 da Câmara do Distrito criou mais dois cargos do Padrão *N;* que, sendo o impetrante o segundo em antiguidade na sua classe, esperava fôsse promovido a uma das quatro vagas do Padrão *N*; que, no entanto, apesar do disposto no art. 13, III, da antiga Lei Orgânica do Distrito Federal, restaurada pela lei federal n.º 30, de 27 de fevereiro de 1947, foi o impetrante prejudicado no seu direito de promoção pela transferência para uma das vagas do Padrão *N*, da auxiliar de Revisor Padrão *M* Maria José Batista Pereira Diniz.

Solicitadas informações, veio o Presidente da Câmara dos Vereadores com o ofício de fls. 60, acompanhado de uma informação do 1.º Secretário da Mesa daquela Casa Legislativa, em que se defende a legalidade do ato impugnado sob a alegação de que não houve transferência, mas nomeação autorizada pelo art. 5.º da Resolução n.º 23 citada pelo impetrante.

Citado o dr. 5.º Procurador da Prefeitura, contestou êle o pedido, alegando, preliminarmente, que o impetrante não esgotou os recursos administrativos, como determina o art. 206 do decreto-lei n.º 3.770, de 1941 (Estatuto dos Funcionários da Prefeitura), sendo, assim carecedor do remédio que impetra.

Em relação ao mérito, disse que não se trata de transferência, mas de nomeação para cargo novo, a que não tinha direito o impetrante; que o Supremo Tribunal já estabeleceu que não existe o direito a promoção por sentença judiciária; que, assim, não tem o impetrante direito líquido e certo ao que pleiteia, pelo que deve o mandado ser indeferido.

Pôsto isto:

II — Argui-se a preliminar de carência do direito de recorrer ao Judiciário por não ter o funcionário impetrante, prèviamente, esgotado os recursos administrativos.

Sempre sustentei que o dispositivo da lei ordinária que condiciona o ingresso nas vias judiciárias ao prévio esgotamento dos remédios administrativos é nenhum em face do art. 141, § 24, da Constituição, que estabelece o mandado de segurança como remédio pronto, imediato, contra a violação de direito líquido e certo. Não se compreende, por exemplo, que o funcionário público privado dos seus vencimentos, por capricho de seus superiores hierárquicos, fique privado de alimentar a si e à sua família, esgotando a sua vida, enquanto esgota os recursos administrativos, por obediência ao seu Estatuto, quando a Constituição lhe dá um remédio heróico que restabelece imediatamente o seu direito aos vencimentos e... à vida. Porisso, sempre entendi que o funcionário não está sujeito ao que dispõe o Estatuto, no tocante ao mandado de segurança.

E mais: entendo, *data venia* do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que vem reformando decisões minhas nesse sentido, que o funcionário não tem a faculdade de esgotar êsses recursos, sem incorrer na perda do direito a mandado, se, naquela recreação, a que não estava obrigado, deixar esgotar-se o prazo de decadência estabelecido no art. 331 do Código de Processo Civil. E a razão me parece simples: o prazo de decadência não é suscetível de interrupção ou suspensão. E nem se pode invocar aqui, o princípio: *contra non valentem agere non currit praescriptio*, porque, como demonstrei, o funcionário pode, desde logo, usar do remédio constitucional, em face do qual não prevalece uma simples regra de ordem disciplinar. E se êle não está impedido de agir não se suspende o início do prazo extintivo. Essa a razão fundamental por que desprezo a preliminar argüida na defesa. Todavia, se assim não fôra, não mereceria ela acolhida, pois que, como tem assentado a jurisprudência, a exigência estatutária, cuja observância se reclama, não é extintiva do direito de agir, mas simplesmente dilatória. Assim, vencido que foi o prazo para interposição de recurso administrativo, não há como mandar o impetrante, agora, de retôrno àquelas vias, com suspensão do remédio judicial que usou.

De meritis:

III. Quer o impetrante que, anulado o ato de preenchimento do cargo do Padrão *N* por outro funcionário que não êle, se lhe assegure o direito à promoção de que se julga preterido. Sustenta a defesa que, de modo geral, inexiste direito a promoção. Invoca um julgado do Supremo Tribunal Federal em defesa da sua tese.

O caso invocado é de muitos conhecido, em face da divulgação que ao mesmo deu uma das partes nêle figurantes: a Prefeitura do Município de S. Paulo. Mas, longe esteve o Supremo, como também o Tribunal de São Paulo, de firmar o princípio que a contestação defende, de que não há promoção por sentença, o que seria um absurdo, pois, assim, se extinguiria o direito à promoção, que ficaria ao arbítrio do Poder Executivo ou da administração dos outros Poderes .

O que firmou a decisão em tela é que à administração é livre decidir da oportunidade em que deve ser feita a promoção. E' a lição de Seabra Fagundes, invocada no voto do Ministro Laudo de Camargo: "quando não exista uma peremptória fixação de prazo para a aplicação da regra, ficalhe a faculdade de conciliar a execução com a conveniência de tempo e utilidade indicadas por circunstâncias que só ela pode aferir." (*Rev. de Dir. Administrativo,* vol. III, p. 235; "Promoção por sentença — contra-razões de embargos", por Osvaldo Aranha Bandeira de Melo, São Paulo, 1946, p. 157).

Não é esta, porém, a situação objetivada nestes autos, onde o impetrante reclama não contra a inércia da administração em praticar o ato da promoção, mas contra o fato de o ter feito, a seu ver, com violação da lei. No próprio voto vencedor do Ministro Laudo de Camargo, no caso citado, há esta ressalva: "Direito assistiria aos autores, se preteridos fôssem nas promoções, a que teriam feito jus". (*Ob.* e *loc.* citados).

IV. Firmada a tese da admissibilidade da proteção judicial ao direito de promoção, examinemos, em espécie, o reclamado pelo impetrante.

Antes da Resolução n.º 23, de 1947, o requerente era Oficial Administrativo, classe *M,* ocupando o 2.º lugar na lista de antiguidade. Existiam, então, duas vagas na classe *N* e outras duas foram criadas pela citada Resolução. Quatro, portanto, eram as vagas da classe superior na carreira de Oficial Legislativo, quando se deram os preenchimentos daquelas e de todos os cargos restruturados na aludida Resolução. O impetrante foi mantido na sua classe, enquanto uma funcionária de outra carreira foi "nomeada" para a classe superior, com preterição dos ocupantes da classe *M* de Oficial Legislativo.

Antes de tudo, é de se esclarecer que, embora denominado — "nomeação", o ato que proveu o cargo de Oficial classe *N,* por uma funcionária do Quadro da Câmara de Vereadores, não se caracteriza como tal, mas como "transferência" que é.

Só há nomeação em cargo de carreira, para o cargo inicial e mediante concurso. O ato de preenchimento de vagas, nos diversos graus da carreira só se dá por promoção da classe imediatamente inferior, por transferência, readaptação, reintegração, readmissão, reversão ou aproveitamento. Essa é a técnica do Estatuto dos Funcionários Públicos da União, idêntica à dos Municípios do Distrito Federal.

A Resolução n.º 23, em que se pretende amparada a nomeação em causa, não tem o apôio buscado pela defesa. O art. 5.º, efetivamente, fala em nomeação e admite que esta se faça para cargo de categoria e vencimento superior ao do funcionário cujo cargo tenha sido extinto. Mas o art. 5.º citado deve ser entendido em harmonia com o Estatuto e os seus têrmos conduzem, perfeitamente, a êsse fim. E' que alí está expresso que os funcionários, cujos cargos tenham sido extintos, serão aproveitados "mediante nomeação ou transferência em cargos isolados ou de carreira". Ora, sabido que é que a investidura em cargo isolado tanto se dá por nomeação como por transferência, mas que, ao contrário, no cargo de carreira só se dá pelas formas estabelecidas no Estatuto, só se permitindo, aí, nomeação em cargo inicial e mediante concurso, impõe-se a conclusão de que o legislador estabeleceu a nomeação para os cargos iso-

lados e a transferência para os de carreira.

Se assim não fôra, de nada valia o estatuído no art. 10 da Resolução, pois tôda vez que a Mesa da Câmara quisesse fazer uma transferência para uma classe superior de uma carreira, burlando a garantia que aquêle artigo encerra para os funcionários da classe inferior, denominaria *nomeação* o ato da transferência.

Foi o que aconteceu, na espécie: denominou-se *"nomeação"* a uma transferência jurìdicamente caracterizada como tal, para se fugir ao cumprimento de uma norma limitadora do ato, a fim de que o mesmo pudesse ser praticado livremente.

É mister que se dê à lei um sentido que a harmonize com as demais normas que disciplinam a matéria por ela regulada.

Em rigor, o art. 5.º foge à técnica admnistrativa, quando fala em nomeação de quem já é funcionário, sem se quebrar o liame que liga o funcionário ao Estado.

Nomeação, ensina Temístocles Cavalcanti, "é o ato formal pelo qual o poder público atribui determinado cargo a uma *pessoa, estranha aos seus quadros*". (Temístocles Cavalcanti, "O Funcionário Público e o seu Estatuto", 2.ª ed., Rio, 1946, p. 171).

Êste é também o ensinamento de Tito Prates da Fonseca, *in* "Lições de Direito Administrativo", Rio, 1943, pág. 156.

Para que a funcionária referida na espécie fôsse considerada nomeada, se nomeação se permitisse em cargo superior de uma carreira, era necessário houvesse ela sido exonerada do cargo anterior.

Se não houve exoneração, o que se verificou foi uma transferência. Mas esta não se deu em sentido horizontal, consoante a definição de Temístocles (Ob. cit., p. 261). Verificou-se em movimento vertical, assumindo o caráter de promoção. Promoção de quem não pertencia à classe imediatamente inferior; de pessoa estranha à carreira. Promoção ilegal.

Argumenta-se que a chamada "nomeação" se deu para cargo novo criado na carreira, para o qual não havia direito adquirido de promoção aos funcionários da classe imediatamente inferior.

Não vemos em que se possa apoiar tão estranha pretensão.

Os cargos novos criados nos graus superiores de uma carreira só podem ser providos por funcionários dessa carreira, mediante promoção, ou por outros funcionários, por via de transferência de outra carreira, ou de cargo isolado, mas *da mesma classe ou padrão* do novo cargo; ou ainda pelo aproveitamento de funcionário em disponibilidade, pela reversão do aposentado, pela reintegração ou readmissão do demitido ou exonerado, mas, em todos os casos, *satisfeita a condição de igualdade de classe.*

Seria absurdo, por exemplo, pretender o Govêrno que, criados na Justiça do Distrito Federal, novos cargos de Desembargadores, porque os cargos fôssem novos, pudesse provê-los com juízes dos Territórios, em prejuízo dos Juízes locais, sob o fundamento de que os juízes atuais só têm direito aos 27 cargos atuais de Desembargador. E' evidente o absurdo.

V. Em síntese, o ato impugnado não é uma nomeação, não só porque a pessoa investida no cargo já era funcionária, como também e, principalmente, porque a investidura em cargo de carreira só é admissível mediante concurso (Constituição, art. 186).

Trata-se de uma transferência com efeito de promoção, o que é vedado pelo art. 10 da Resolução n.º 23, da Câmara do Distrito Federal, e pelo art. 70 do Estatuto dos Funcionários Públicos da Prefeitura, *in verbis:* "A transferência só poderá ser feita para cargo do mesmo padrão de vencimento ou igual remuneração".

Se, como nomeação, o ato impugnado contraria o art. 186 da Carta Magna e, como transferência, se desajusta da norma estatutária citada, não há fugir à ilegalidade do mesmo.

É, pois, nenhuma a nomeação ou a transferência, como quer que se denomine, da Auxiliar de Revisor, padrão *M*, para o cargo da carreira de Oficial Legislativo, classe *N*. Procede, assim, a primeira parte do pedido.

VI. Além da nulidade do ato, pede o impetrante se lhe assegure o direito de promoção ao cargo referido, por ser

êle o 2.º em antiguidade, para a promoção a uma das quatro vagas.

O Estatuto dos Funcionários da Prefeitura diz no art. 50: "As promoções obedecerão ao critério de antiguidade de classe e ao de merecimento, alternadamente, *salvo quanto à classe final da carreira. Neste caso serão feitas sòmente pelo critério do merecimento*".

Ora, a classe *N*, como se vê da Resolução n.º 23 e o próprio impetrante o afirma (inicial, fls. 7), é a última da carreira. A promoção, aí, só se dará pelo critério do merecimento.

Não há, portanto, direito líquido e certo do impetrante à promoção pleiteada. Daí nasce uma outra questão: não tendo o autor direito líquido e certo à promoção, tem êle o de invalidar a investidura ilegal de outro funcionário ?

Perfeitamente.

Ampara-o a disposição do art. 319, § 1.º, do Código de Processo Civil, que reza: "Quando o direito ameaçado ou violado couber a uma categoria de pessoas indeterminadas, qualquer delas poderá requerer mandado de segurança".

Como assinala Machado Guimarães, comentando êste dispositivo, é êle reprodução do art. 6.º, § 1.º, da Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936, resultante da emenda introduzida no projeto pelos, então, deputados pelo Rio Grande do Norte, José Augusto, Ferreira de Sousa e Alberto Roselli, que assim a justificaram: "A medida é da mais absoluta necessidade para a efetiva garantia do direito, em dadas circunstâncias. Exemplo: Há cinco indivíduos aprovados em concurso realizado para o provimento de uma determinada função pública, e, dentro do prazo de validade do mesmo ocorre a vaga que deverá ser na forma da lei preenchida por um dos cinco, à escolha do Govêrno. Mas êste, ao invés de nomear um dos cinco, provê no cargo pessoa diversa. Nenhum dos prejudicados pode ir a juízo defender o direito postergado, porque ainda em nenum dêles se individualizou o direito à nomeação. A concessão do mandado criará à autoridade a obrigação de proceder ao preenchimento da vaga, nomeando para ela um dos cinco aprovados." (Luiz Machado Guimarães, *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, ed. Revista Forense, Rio, 1942, vol. IV, p. 319).

E' o caso do impetrante: não se individualizou nêle o direito ao acesso, mas, na qualidade de integrante da classe donde há de sair a promoção, assiste-lhe o direito de pleitear que esta se processe no seio de sua classe.

VII. Atento ao exposto: Julgo em parte, procedente o mandado e concedo a segurança pedida, para o só efeito de declarar nulo o ato do provimento do cargo de Oficial Legislativo, classe *N*, por funcionário de classe inferior e estranho à carreira de que é integrante o cargo provido. Custas na forma da lei. P. R. e I.

Rio de Janeiro, D. F., 24 de junho de 1948. — *Raimundo Ferreira de Macedo.*