FUNCIONÁRIO PÚBLICO — PROMOÇÃO

— À administração não é lícito decidir da oportunidade da promoção pelo critério da antiguidade de classe havendo fixação de prazo em lei ou regulamento para o respectivo processamento.

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

Ernesto Diniz do Nascimento *versus* Prefeitura do Distrito Federal

SENTENÇA

Vistos, etc.

I. Ernesto Diniz do Nascimento, funcionário aposentado da Prefeitura do Distrito Federal, move contra esta a presente ação, para que lhe seja assegurado o direito à promoção à classe K, direito que diz haver adquirido no momento da sua aposentadoria (fevereiro de 1948), e que não se efetivou por culpa da ré, que demorou o processamento das promoções, que, de acôrdo com a lei, deviam ser realizadas no último quadrimestre de 1947.

Pede, com as vantagens da promoção, juros de mora e honorários de advogado.

A contestação da Prefeitura não foi recebida, por ter entrado em Cartório um dia fora do prazo. Foi, porém, junta por linha aos presentes autos.

Saneado o processo, realizou-se a audiência de instrução e julgamento, em que as partes apresentaram memoriais, tendo a Prefeitura, nessa oportunidade, suprido, eficientemente, a falta de contestação.

II. Pôsto isto:

O autor estava incluído na lista de promoções à classe K, quando foi aposentado na classe J, por motivo de saúde, de modo que, no momento em que foram decretadas aquelas promoções, não foi contemplado com as mesmas por se achar na inatividade.

Julga-se com direito às vantagens da classe K e, com a presente ação, visa a efetivação daquele direito.

O pedido enseja amplas indagações sôbre a existência do direito à promoção, a respeito do que hão debatido os tratadistas e os aplicadores da lei.

A matéria foi brilhantemente tratada pelo eminente Ministro Filadelfo de Azevedo em voto proferido no recurso extraordinário n.º 8.575, em que eram recorrentes Adolfo Goldstein e outros e recorrida a Prefeitura Municipal de São Paulo (*Rev. de Direito Administrativo*, vol. III, págs. 194-234).

O seu voto, apesar de brilhante, foi vencido, entendendo a maioria da Turma que:

"O direito à promoção está condicionado à conveniência administrativa". (Revista e volume citados, pág. 194).

Predominou a lição de Seabra Fagundes, citado pelo Ministro Laudo de Camargo:

"A administração pública pode, sem contrariar o "regime de legalidade", sem ir positivamente de encontro à determinação legislativa, abster-se de executar a lei. Quando não exista uma peremptória fixação de prazo para a aplicação da regra, fica-lhe a faculdade de conciliar a execução com as conveniências de tempo e utilidade indicadas por circunstâncias que só ela pode aferir." (*O Contrôle dos Atos Administrativos*, págs. 79-80).

Todavia, o Supremo Tribunal, que assim decidiu, há reconhecido o direito à promoção ao funcionário que haja alcançado o n.º 1 da lista de antiguidade, desde que ocorra vaga, consoante acentuou o citado voto do Ministro Filadelfo.

Donde a conclusão de que o direito a acesso existe, em tese.

No caso do cônsul Carlos Meissner Júnior, aposentado antes de promovido, o mesmo Supremo Tribunal, por unanimidade, seguiu, em sessão plena, o voto do Ministro Lafayette de Andrada, no mandado de segurança n.º 963, cuja conclusão é a seguinte:

"O direito à promoção por antiguidade é adquirido desde o dia em que ocorrer a vaga e não pode ser prejudicado pela inobservância da época própria para ser expedido o decreto. No caso de antiguidade o decreto vem apenas confirmar o direito do funcionário, que já existe." (*Diário da Justiça*, de 16 de setembro de 1949, ap. n.º 214, págs. 2.910-2.911).

Firma-se, assim, o princípio de que à administração não é livre decidir da oportunidade da promoção pelo critério da antiguidade de classe.

O caso dos autos tem pontos de identidade com o acima citado. Aqui, como ali, a aposentadoria precedeu à promoção a ser feita na classe, em prejuízo do autor.

Mas o autor tem, sôbre o caso decidido pelo Supremo, a vantagem de estar expresso em regulamento a data em que as promoções se deviam fazer.

É o decreto n.º 7.891, que diz, no art. 8.º:

"Para efeito de processamento das promoções, fica o ano civil dividido nos três quadrimestres seguintes:

I — Primeiro, etc..."

Tornou-se, assim, obrigatório o processamento de promoções, quadrimestralmente.

Há, portanto, uma fixação de prazo para a promoção, não sendo livre à Administração decidir da oportunidade da prática do ato, que é, por isso, vinculado, nessa particularidade.

Alega a ré que a lei apenas estabelece prazo para o processamento das promoções e não para a efetivação do ato.

Mas não procede a objeção, pois, que, quando a lei fala em processamento, inclui aí, a execução do ato.

E tanto assim é que, no art. 9.º, reza o referido decreto:

"Os cargos *a serem providos em cada quadrimestre* serão os correspondentes a vagas originárias e decorrentes verificadas no quadrimestre anterior."

E no art. 11 é ainda mais claro, no sentido oposto ao entendimento da ré:

"As vantagens decorrentes da promoção serão conferidas aos funcionários a partir dos meses de fevereiro, junho e outubro de cada ano."

Portanto, os cargos vagos são providos em cada quadrimestre seguinte ao em que ocorreu a vaga, fixando a lei o mês exato em que o funcionário passa a perceber as vantagens da promoção.

Ora, apurado que, no mês de junho (2.º quadrimestre) verificavam-se as vagas constantes da publicação do *Diário Oficial*, de 24 de dezembro de 1947, no terceiro e último quadrimestre era obrigatório o provimento daquelas vagas.

Estava, pois, naquele momento, adquirido o direito dos funcionários à promoção. No mês de fevereiro começaria o gôzo das vantagens decorrentes.

Se a lei houvesse sido observada, o autor, que foi aposentado em fevereiro de 1948, teria sido contemplado.

Pela publicação feita no *Jornal do Brasil*, de 25 de março de 1948 (documento de fls. 13), verifica-se que o autor chegou a ser incluído entre os promovidos por antiguidade, o que evidencia a liquidez do seu direito.

Assim:

a) a Administração era obrigada por lei a decretar as promoções durante o último quadrimestre de 1947;

b) em fevereiro de 1948, quando por antiguidade;

c) a aposentadoria que então foi decretada deverá ser na classe K.

III — Atento ao exposto:

Julgo procedente a ação, nos têrmos da inicial, exceto quanto a honorários de advogado, que são incabíveis na espécie.

Custas na forma da lei.

Recorro de ofício.

P. R. e I.

Rio de Janeiro, 23 de fevereiro de 1950. — *Raimundo Ferreira Macedo.*