FUNCIONÁRIO PÚBLICO — PROMOÇÃO — LEI NOVA — INCONSTITUCIONALIDADE

— Sancionada a lei, não pode o Executivo Municipal negar-lhe execução sob alegação de inconstitucionalidade.

— A promoção de funcionários fica sujeita às regras da lei nova e de seus regulamentos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Prefeitura Municipal de Santos *versus* Francisco Villani
Agravo de petição n.º 62.102 — Relator: Sr. Desembargador PRADO FRAGA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição n.º 62.102, da comarca de Santos, entre partes — recorrente o Juízo *ex-officio*, agravante a Prefeitura Municipal de Santos, agravado Francisco Villani: Acordam, em Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, adotado o relatório de fôlhas, negar provimento aos recursos, para confirmar a respeitável sentença recorrida, pelos seus jurídicos fundamentos. Custas na forma da lei.

Assim decidem, porque:

Francisco Villani, fiscal padrão "M" da Prefeitura Muncipal de Santos, impetra mandado de segurança contra o ato do Sr. Prefeito que, deixando de aplicar o disposto na lei n.º 1.362, de 5 de julho de 1952, teria violado direito líquido e certo do impetrante de ser enquadrado no padrão "N" da referida carreira.

Alega o impetrante, em resumo, que a carreira de "Fiscal" foi estruturada em Santos pelas leis municipais números 1.064 e 1.079, de 29 de setembro de 1949 e 2 de dezembro de 1949, compreendendo três cargos do padrão "O", quatro cargos do padrão "N", seis do padrão "M", sete do padrão "L" e oito do padrão "J". Ficaram vagos os cargos dos padrões "O" e "N" para serem oportunamente preenchidos por promoção. Mais tarde foram preenchidos por promoção os quatro cargos do padrão "N", continuando vagos os do padrão "O".

Ainda se encontravam por preencher os três cargos finais da carreira quando, em 5 de julho de 1952, foi promulgada pelo Sr. Prefeito a lei número 1.362, aprovada pela Câmara Municipal. A referida lei dispõe, entre outras coisas, que dentro de trinta dias o Sr. Prefeito promoveria o enquadramento no padrão "O", pelo critério de antigüidade na classe, dos fiscais pertencentes ao padrão "N". E mais, que os três cargos que se vagassem, no padrão "N", em virtude da promoção de seus ocupantes ao padrão "O", seriam também, pelo mesmo critério, providos

pelos três mais antigos fiscais ocupantes de cargos da letra "M".

Entretanto, contrariando os têrmos da lei que êle próprio sancionara, o Senhor Prefeito promoveu por antigüidade, da classe "M" para a classe "N", os fiscais Francisco Rodrigues Frias e José Maria Vidal, e, para a última vaga, ao invés de conduzir o impetrante, que era o terceiro na ordem de antigüidade, promoveu por merecimento o fiscal Alfredo Sousa que, na escala de antigüidade, ocupava o oitavo lugar.

Assim procedendo, teria o Sr. Prefeito violado direito líquido e certo do impetrante, que, pelo presente mandado de segurança, deveria ser havido, a partir do dia 30 de julho de 1952, como enquadrado na classe correspondente ao padrão "N", com tôdas as vantagens a ela inerentes.

Em suas informações, reconheceu o Sr. Prefeito Municipal que, realmente, deixou de cumprir o disposto na lei número 1.362, mas o fêz pelos seguintes motivos:

1.º) A Lei Municipal n.º 1.362, já teria encontrado uma situação jurídica definitivamente constituída a favor de terceiro;

2.º) A lei n.º 1.362 seria inconstitucional, pois não é dado ao legislador cercear a atribuição privativa do Executivo de prover os cargos públicos, vinculado de tal forma à Administração que esta se veja obrigada a conduzir ao cargo, certo ou determinado funcionário;

3.º) A lei n.º 1.362 criou uma forma nova desconhecida pelo Estatuto (lei estadual de natureza orgânica) e pela Lei Orgânica dos Municípios (artigo 52, n.º IV).

Ouvido, manifestou-se o Representante do Ministério Público pela concessão da medida pleiteada.

A êsse relatório da respeitável decisão recorrida (fls.), acrescente-se que foi concedida a segurança impetrada por Francisco Villani para o efeito de, a partir de 30 de julho de 1952, ser havido como integrante da classe correspondente ao padrão "N" da carreira de Fiscal, com tôdas as vantagens a ela inerentes.

Recorreu o Dr. Juiz de Direito *ex-officio*, e a Prefeitura Municipal interpôs o presente agravo de petição, que foi minutado a fls. e contra-minutado a fls., havendo o Dr. Juiz de Direito mantido a sua decisão.

Isto pôsto:

Em suas informações, diz a impetrada, mui lealmente que: "Francisco Villani, o impetrante, era a 5 de julho o terceiro homem da lista de antigüidade na classe "M" da carreira de "fiscal". A prevalecer a lei n.º 1.362, cumpriria o Prefeito "enquadrar" na classe "N" 3 fiscais da classe "M", tomados pela ordem da lista de antigüidade. Conseqüentemente, pela lei n.º 1.362 é fora de dúvida que caberia ao impetrante o provimento que êle pleiteia" (fls.)

Entendeu, porém, o Sr. Prefeito que a lei não podia ser aplicada, pelos motivos mencionados no relatório, mas cuja improcedência foi bem demonstrada na respeitável sentença recorrida.

Com efeito: Se o Sr. Prefeito entendia que a lei n.º 1.362 era inconstitucional, deveria, oportunamente, ter usado o direito de veto, nos têrmos do artigo 52 da Lei Orgânica dos Municípios. Depois de a ter sancionado e promulgado, cumpria-lhe apenas executar a lei, como determina o n.º I do referido art. 52.

Diz Roubier que, se uma lei muda as condições do provimento de certas funções públicas, esta lei não seria aplicável aos funcionários "já nomeados", mas teria efeito imediato para tôdas nomeações ulteriores, e mesmo no caso em que um processo tivesse sido intentado visando uma nomeação" (*Les Conflits de Lois*, vol. II, pág. 471, n.º 122).

No mesmo sentido se expressa Faggella, dizendo que: "Quanto à modalidade das promoções, não há dúvida que estão sujeitas às regras da nova lei e dos novos regulamentos".

E explica o mesmo autor que "tudo isso é conseqüência da natureza do negócio de direito público, que é sempre

determinado por um interêsse geral que deve prevalecer" (*Retroatività delle leggi*, págs. 210-211).

A respeitável sentença agravada, está muito bem fundamentada, tendo analisado a questão sob os seus vários aspectos, resolvendo-a de acôrdo com as disposições de direito que lhes são aplicáveis.

Em face do exposto, negam provimento aos recursos, para o fim acima mencionado.

São Paulo, 23 de abril de 1953. — *Rafael de Barros Monteiro*, Presidente. — *Prado Fraga*, Relator. — *Cantidiano de Almeida*. — *Edgar de Moura Bittencourt*.

*

DECISÃO AGRAVADA

"Omissis"...

Confessa o Sr. Prefeito ter descumprido a lei n.º 1.362, pela qual (é ainda a autoridade coatora quem o diz) "caberia ao impetrante o provimento que êle pleiteia" (fls.).

Das razões aduzidas pela autoridade, para negar cumprimento à lei, a mais ponderosa, segundo me parece, é a de que o referido diploma, ao ser promulgado (5 de julho de 1952), já encontrou uma situação jurídica definitivamente constituída em favor de terceiros. Ora, de acôrdo com o art. 141, § 3.º, da Carta Magna e o art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil, deve a lei nova respeitar as situações jurídicas definitivamente constituídas.

Entretanto, do acurado exame dos autos, concluo que, contràriamente ao que afirma o Sr. Prefeito, não veio a lei n.º 1.362 ofender qualquer situação jurídica já constituída em definitivo.

Na verdade, ao ser publicada a discutida lei, regia as promoções na Prefeitura de Santos a lei n.º 1.243, de 25 de setembro de 1951 (fls.). Segundo esta lei, as promoções nas diversas carreiras deveriam obedecer ao critério alternado de antigüidade na classe e de merecimento (art. 2.º), com exceção da classe final, cujo provimento é exclusivamente feito por merecimento. A promoção por merecimento é feita da seguinte forma: A Comissão de Serviço Civil organiza uma lista para cada classe com os nomes dos funcionários de maior merecimento, em número triplo ao das vagas a serem providas por êste critério (art. 6.º, parágrafo único). A promoção recairá no funcionário escolhido pelo prefeito, entre os que forem indicados na lista (art. 6.º).

No dia 2 de julho de 1952 (antes, portanto, da publicação da lei número 1.362), reuniu-se a Comissão de Serviço Civil. Entre outras vagas no quadro do funcionalismo municipal, existiam, então, três de fiscal letra "O", final de carreira.

A Comissão propôs o provimento dos referidos cargos pela promoção por merecimento de fiscais, integrados na letra "N".

Logo que tais promoções fôssem feitas, sobrariam, como é óbvio, na letra "N", três cargos a serem preenchidos por funcionários da mesma carreira e de classe imediatamente inferior. Sempre de acôrdo com o disposto na lei número 1.243, de 25 de setembro de 1951, a Comissão de Serviço Civil propôs que duas das vagas fôssem preenchidas por antigüidade e uma por merecimento. Para o provimento desta última, indicou ao Sr. Prefeito o nome dos fiscais Ernesto Fogoso, Milton Garcez de Carvalho e Alfredo Sousa. O último foi escolhido e nomeado pela portaria número 225, de 30 de julho de 1952 (fls.).

A questão a ser enfrentada é a seguinte: o fato da Comissão de Serviço Civil ter indicado o nome de três fiscais para a promoção, constitui para êstes uma situação jurídica definitiva? Têm os funcionários o direito adquirido de exigir que o Sr. Prefeito escolha um entre êles para a promoção?

Em que pesem as judiciosas considerações da Diretoria de Serviços Jurídicos da Municipalidade, sou de parecer que os funcionários indicados para promoção por merecimento tinham mera expectativa de direito. Não havia para êles situação jurídica definitivamente consolidada, e, portanto, poderia a lei nú-

mero 1.362 alterar, como alterou, os requisitos e processo da promoção.

Oportuna é a doutrina de Waline, segundo a qual, *"les conditions de l'avancement sont 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 impersonelles et qu'elles ne soient pas entachées de détournement de pouvoir"* (*Man. El. de Droit Adm.*, pág. 386).

Em parecer versando hipótese semelhante à dos autos, esclarece J. Guimarães Menegale (*Rev. dos Tribunais*, 155-34):

"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 sòmente exprime sua vocação, a possibilidade de serem chamados a preencher os cargos vagos; nem tampouco o é a existência de vagas, cujo preenchimento está no arbítrio da Administração pública".

E mais adiante, focalizando hipótese perfeitamente ajustável à espécie, conclui o renomado jurista:

"Uma, no entanto, pode ser a lei reguladora das promoções, 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 de 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 quœstio*: 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".

E' essa, aliás, a jurisprudência vitoriosa em nossos tribunais, como se constata pelo voto do Ministro Orosimbo Nonato, no mandado de segurança número 880, julgado pelo Excelso Pretório (*Rev. de Direito Administrativo*, vol. XI, pág. 125) ou pelo acórdão proferido no mandado de segurança número 38.047, do egrégio Tribunal de Justiça do Estado, no qual foi relator o Senhor Desembargador Paulo Costa (*Revista de Direito Administrativo*, vol. XVII, pág. 173).

No caso dos autos ocorrem ainda circunstâncias que tornam patente não existir a favor dos funcionários indicados na lista, uma situação jurídica definitivamente constituída.

Senão vejamos:

Parece-me evidente que os fiscais da letra "M" não poderiam adquirir direito à promoção antes que existissem vagas na classe "N".

Ora, quando a Comissão de Serviço Civil procedeu a indicação dos três fiscais, ainda não existiam as vagas na classe "N". Estas apenas ocorreram, nos têrmos do art. 11, parágrafo único, letra *c*, da lei n.º 1.243 (fls.), quando tomaram posse de seus cargos os fiscais que foram promovidos para a letra "O". Isso se deu, certamente, depois da publicação da portaria n.º 225, de 30 de julho de 1952. Antes desta data, os três fiscais indicados em lista de merecimento não tinham nenhum direito adquirido e sim mera expectativa de direito, expectativa desfeita, aliás, com a promulgação, em 5 de julho de 1952, da lei n.º 1.362.

Aliás, ainda que existissem as vagas, em 2 de julho de 1952 (data da indicação feita pela Comissão do Serviço Civil), não teria se constituído para os funcionários indicados uma situação jurídica definitiva. Até 120 dias após a publicação da lista, pode qualquer funcionário dela recorrer ao prefeito se se julgar prejudicado (art. 54, da lei número 1.243, fls.). Ora, se cabe reclamação é porque a lista pode ser alterada nos 120 dias seguintes aos de sua publicação. E se é passível de alteração, não se pode dizer que os funcionários nela incluídos tenham direito certo à promoção.

As outras duas razões invocadas pelo Sr. Prefeito para justificar o seu ato

se me afiguram ainda menos procedentes.

Não pode o Sr. Prefeito negar cumprimento à lei n.º 1.362, alegando que pela mesma o Legislativo invade atribuições próprias do Executivo, qual seja, a de prover os cargos públicos. Quem restringiu a esta atribuição foi o próprio Executivo quando, ao invés de vetar, sancionou a lei. E' lícito ao Poder Executivo restringir o próprio arbítrio estabelecendo normas para a admissão ou acesso dos funcionários aos cargos de carreira. Desde que nesse sentido estabeleça normas, deve cumprí-las.

Ademais, a lei n.º 1.362, apenas estabeleceu em caráter excepcional um critério impessoal de promoção por antigüidade. Com certa freqüência, a Assembléia Legislativa do Estado e as Câmaras Municipais têm decretado leis semelhantes e nunca ninguém as averbou de inconstitucionais. Alaim de Almeida Carneiro, comentando na *Revista de Direito Administrativo*, vol. XVIII, página 58, um acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado, anota a respeito:

"São comuns, e não nos parecem inconstitucionais, as leis que, reestruturando serviços, fixam o critério geral de preenchimento das vagas criadas".

Finalmente, pouco importa que a lei n.º 1.362 tenha se utilizado do têrmo — enquadramento — para significar promoção por antigüidade.

Se, nos têrmos da referida lei, enquadramento é promoção, segue-se que o legislador não criou nova forma de provimento de cargo público não prevista nos Estatutos ou na Lei Orgânica. Apenas se utilizou de terminologia não consagrada, para designar uma das formas conhecidas de provimento, que é a promoção.

Não procede, pois, êste último argumento de que se valeu o Sr. Prefeito para negar cumprimento à lei número 1.362.

III — Ante o exposto e considerando que o impetrante tem pela lei n.º 1.362, de 5 de julho de 1952, direito líquido e certo à promoção ao padrão "N" da carreira de Fiscal da Municipalidade de Santos, concedo a segurança impetrada por Francisco Villani, para o efeito de, a partir de 30 de julho próximo passado, ser havido como integrante da classe correspondente ao padrão "N" da carreira de Fiscal, com tôdas as vantagens a ela inerentes.

Custas na forma da lei. Recorro de ofício da presente decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado. Publicado em cartório. Intime-se.

Santos, 3 de janeiro de 1953. — *Marcos Nogueira Garcez.*