FUNCIONÁRIO PÚBLICO — CARGO DE CARREIRA

— Não existe critério constitucional para a definição dos cargos de carreira, cabendo, essa tarefa, ao legislador ordinário.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Luís Gonzaga Campos Lima *versus* Prefeitura Municipal de São Paulo
Mandado de segurança n.º 108.438 — Relator: Sr. Desembargador
CARMO PINTO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 108.438, da comarca da Capital, em que é impetrante Luís Gonzaga Campos Lima, sendo impetrado o Exmo. Sr. Prefeito Municipal de São Paulo: 1. Luís Gonzaga Campos Lima impetra segurança contra o Sr. Prefeito Municipal de São Paulo objetivando o reconhecimento de seu direito ao aproveitamento no cargo de Lançador, padrão "T", da Tabela VI, da Parte Permanente do Quadro Geral do Funcionalismo Municipal, de acôrdo com o disposto no § 2º do art. 2º da lei municipal nº 5.791, de 3 de janeiro de 1961.

Alega, em suma, que a citada lei, criando cargos isolados de lançador, prescreveu que nêles ficavam "aproveitados os servidores em exercício no cargo ou função de lançador, na qualidade de substituto ou extranumerário" (art. 2º, § 2º). E nessa situação se achava o impetrante à data da promulgação da lei, pelo que lhe assiste, como aos inúmeros nomeados, o direito ora invocado.

O impetrado informou não ter a pretensão do impetrante amparo legal, visto como, embora tivesse eventualmente exercido tal cargo ou função em tempo anterior à lei, não preenchia êle, contudo, à data de sua entrada em vigor, as condições nela previstas de substituto ou extranumerário.

A Municipalidade de São Paulo, intervindo como assistente, alegou, ainda, ser inconstitucional a Lei nº 5.791, pois é de carreira o cargo de lançador e a primeira investidura nêle deve efetuar-se mediante concurso, consoante estipula o art. 186 da Constituição federal; e que os cargos em foco foram totalmente preenchidos, inexistindo a possibilidade de aproveitamento do impetrante.

A douta Procuradoria da Justiça opinou pela denegação da segurança.

2. Assegurou o § 2º do art. 2º da lei municipal nº 5.791, de 3 de janeiro de 1961, o aproveitamento no cargo de lançador, dos servidores em exercício naquele cargo ou função, na qualidade de substituto ou extranumerário.

Provou o impetrante que àquela data se encontrava no exercício dessa função, que desempenhara em caráter de substituição no período de 10 de outubro de 1958 a 20 de julho de 1960 e na qual fôra mantido por necessidade do serviço.

A propositura inicial restringia tal direito aos que tinham exercido o cargo ou função anteriormente a 30 de novembro de 1960. E já abrangia o impetrante. A supressão dêsse limite no tempo visou a possibilitar o aproveitamento de servidores que só depois passaram a exercer aquela atividade; não, afetar a situação dos que até então a tinham exercido. A alteração objetivou ampliar o benefício a outros, que tivessem exercido posteriormente tal cargo ou função, e não limitá-lo em relação aos que até aquela data a vinham exercendo.

A interpretação propugnada pelo impetrado e que reclama no caso a formalização da "substituição", desatende ao espírito da lei, conduzindo a flagrante injustiça: substitutos de última hora foram aproveitados no cargo em questão e não o seria o impetrante, que o vem desempenhando há longa data. A mantença, confessada, do impetrante na função de substituto de lançador, ainda que sem formalização, após o período de 10 de outubro de 1958 a 20 de julho de 1960, em que tal substituição estêve formalizada, confere-lhe o direito de que se trata, dando-lhe, em face do espírito da norma, a condição de "substituto", necessária para a efetivação.

E tendo a lei disposto imperativamente que "ficam aproveitados" os servidores em questão, no aludido cargo, retirou ao Executivo qualquer discrição a respeito, não lhe permitindo que aproveite alguns e não outros, escolhendo entre êles. A expressão "ficam aproveitados" vincula o Executivo, retirando-lhe qualquer poder discricionário para o provimento, que se impõe em relação a todos aquêles que preenchem os requisitos legais, como o impetrante.

Alega-se a inconstitucionalidade da lei em causa por terem os cargos de lançador a natureza de cargos de carreira, o que obrigaria o concurso para a primeira investidura, como preceitua o art. 186 da Constituição federal.

O problema é o de saber se está o legislador ordinário subordinado a um critério *a priori* quanto ao que seja cargo de carreira, ou se tal qualificação foi deixada à sua discrição.

A Constituição não diz o que é cargo de carreira, não tendo assim, expressamente fixado barreiras à liberdade do legislador ordinário na matéria.

Tratar-se-á de conceituação rígida, que dispensaria a explícita manifestação do legislador constituinte? Não. O conceito doutrinário de cargo de carreira pode ser obtido atendendo-se à natureza da atividade do cargo e à circunstância da organização da entidade pública a que se liga. Já vai aí uma imprecisão: o cargo que seria de carreira, em razão da atividade que envolve, pode deixar de sê-lo em face da peculiar organização da pessoa jurídica a que se vincula. Aponta-se o caso de

advogado ou procurador que, cargo de carreira por natureza, deixará de sê-lo se houver apenas um; apesar de suscetível de integrar-se em carreira, será cargo isolado.

Para logo uma séria dificuldade se apresenta. Qual o número de cargos da mesma classe que torna obrigatória a instituição da carreira? Quantos funcionários da mesma profissão podem integrar uma só classe e quando é que se faz mister o seu desdobramento em outras para a formação da carreira?

São questões que caem no terreno da conveniência ou oportunidade. Sua resposta passa a depender do caso concreto.

Em certas circunstâncias poderá convir mais ao serviço que só exista uma classe, ainda que extensa, de funcionários da mesma profissão. E razões de ordem financeira poderão desaconselhar o desdobramento dos cargos em classes, com a conseqüente diversidade de padrões de vencimentos.

Inexiste, assim, conceito doutrinário rígido, absoluto, vinculativo de carreira. E a Constituição não o definiu. Nem determinou que fôssem sempre instituídos em carreira os cargos que pudessem sê-lo.

Não ficou, em conseqüência, o legislador ordinário submisso a qualquer critério para a instituição de carreiras. É assunto que foi deixado ao seu poder discricionário.

Essa parece ser a opinião de Pontes de Miranda ao dizer "que postos há que a lei não considera carreira" (*Comentários à Constituição de 1946*, 2ª ed., vol. V, pág. 231).

Se a criação do cargo como de carreira é matéria confiada à discrição do Legislativo, nada impede que, como no caso, sejam os cargos criados como isolados, para na sua primeira vacância se transformarem em cargos de carreira (art. 2º, § 1º).

O que não seria lícito era a transformação do funcionário isolado em funcionário de carreira, sem concurso. Na espécie, não seria permitido que, preenchidos os cargos em questão, viessem posteriormente os nomeados sem concurso a ser integrados na carreira, com a subseqüente transformação dos cargos isolados em cargos de carreira. A inconstitucionalidade surgiria por ocasião do acesso na carreira, de tais funcionários isolados como se de carreira fôssem. Não agora. De resto, a lei em tela não foi a tanto. Os cargos só se transformarão em cargos de carreira com a sua primeira vacância. Quer dizer: os ora nomeados, enquanto os ocuparem, não poderão ser considerados funcionários de carreira.

3. Isto pôsto: Acordam, em Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, em rejeitar, com a participação do Des. Presidente, a argüição de inconstitucionalidade da lei municipal nº 5.791, de 3 de janeiro de 1961, contra os votos dos Des. Bandeira de Melo e Ulysses Dória, e conceder a segurança, contra o voto do Des. Bandeira de Melo, para que o impetrante seja efetivado no cargo em questão.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 3 de agôsto de 1961 — *Joaquim de Sílos Cintra*, Presidente com voto vencedor na questão de constitucionalidade — *G. Carmo Pinto*, Relator designado — *O. A. Bandeira de Melo*, vencido, *in totum*, com a seguinte declaração de voto. Trata-se de mandado de segurança, impetrado pelo autor, escriturário, contra a ré, Municipalidade de São Paulo, a fim de ver proclamado o direito líquido e certo, que pretende ter, de nomeação ao cargo de lançador, ante o disposto na lei municipal nº 5.791, de 1961, e desconhecido pelo então Prefeito desta Capital. Recorda haver o referido texto legal criado cargos isolados e efetivos de lançador, que se transformariam, após o primeiro provimento, em cargos de carreira, aliás, na carreira já exis-

tente e a ela relativa. Esclarece, ainda, que êsse provimento seria feito mediante aproveitamento dos servidores em exercício no cargo ou função de lançador, na qualidade de substituto ou extranumerário. Por fim, prova que vinha desempenhando atividade de lançador, quando da promulgação do referido texto legal. Em informação prestada pelo atual Prefeito da Capital, e em razões apresentadas pela Municipalidade, através do Departamento Jurídico, se afirma que o requerente deixou de ser aproveitado, porquanto não exercia, na época da promulgação do decreto, cargo de lançador, em substituição ao titular impedido por qualquer circunstância, nem integrava a série funcional de extranumerário, pois era funcionário municipal efetivo, titular do cargo de escriturário. Pelos elementos dos autos se fica com a impressão de que realmente o impetrante desempenhava atividades de lançador, mas isso o fazia por designação irregular dos seus superiores, uma vez que não exercia tal atividade como substituto de outro lançador, e, menos ainda, como lançador extranumerário, a cuja série funcional não podia integrar por ser funcionário efetivo, titular do cargo de escriturário. Ora, a lei municipal nº 5.791, de 1961, assegura a vantagem de aproveitamento tão-sòmente aos lançadores substitutos e aos lançadores extranumerários. Não incluiu os que exerciam essa atividade além dos cargos existentes legalmente e das funções legìtimamente criadas. A situação do impetrante é de exercício irregular das atribuições de lançador, embora designado, ao que parece, por superior hierárquico. Se, entretanto, se pretender dar entendimento amplo ao contexto, e nêle se incluir todos que desempenharem as atividades de lançador, se impõe a prova de designação do superior hierárquico para o exercício de dita atividade e essa se não juntou. Observe-se que essa designação seria irregular, pois é privativa do Prefeito. Só êle pode designar funcionário efetivo para exercer atribuições estranhas ao respectivo cargo. De qualquer forma, ante a dúvida dessa designação, negada pela impetrada, e não provada satisfatòriamente pelo impetrante, mesmo se dê entendimento lato ao texto, os direitos dêle se me não afiguraram líquidos e certos, por dependentes de prova de fato, que só pode ser feita em ação ordinária, jamais em mandado de segurança. A final, há que ponderar-se a inconstitucionalidade da lei municipal nº 5.791, de 1961. Sendo os cargos de lançador de carreira, só podem ser providos mediante concurso, nos têrmos do art. 186 da Constituição federal, e art. 83 da Constituição paulista. O subterfúgio de considerá-lo isolado para efeito de primeiro provimento, em verdadeiro abuso legal de direito, não impede a decretação da inconstitucionalidade, ante a sua evidente violação dos artigos constitucionais mencionados, a meu ver. Não ficou a critério do legislador classificar à vontade os cargos como de carreira e isolados. Êstes são tão-sòmente os que não podem ser agrupados em classes escalonadas, pela própria natureza da atividade que lhes competem ou ante a circunstância da organização da entidade pública a que se ligam. Portanto, cabe ao legislador ordinário, ante o conceito doutrinário assente na matéria, verificar se há ou não possibilidade do referido agrupamento. Se existe tal possibilidade, sob pena de burla do texto constitucional que exige o concurso para o provimento dêsses cargos, não pode deixar de considerá-los de carreira.

Apontei, então, por ocasião do julgamento, a hipótese restrita de cargos que, em razão da atividade, podem ser de carreira e deixam de o ser em face da peculiar organização da pessoa jurídica. Assim, o cargo de advogado, suscetível de ser agrupado em classes, deixa de o ser na pessoa jurídica que necessitar de apenas um para o desempenho de serviços da procuradoria judicial e consultoria jurídica. Argüiu-se, então, quantos funcionários da mesma profissão são necessários para integrar uma classe para se or-

denar em seriação de diferentes classes. Ora, desde que haja dois funcionários, poder-se-á estabelecer a seriação de classes. Por outro lado, mesmo se admita a flexibilidade na escolha de determinado número de funcionários para o estabelecimento do escalonamento de classse, êsse critério não pode ficar a gôsto do legislador, sob pena de nulificar-se a exigência constitucional de concurso para cargos de carreira. Discrição não se confunde com arbítrio. Cumpre, então, ao Judiciário, em cada caso, verificar o motivo determinante da classificação dos cargos, para apurar se houve ou não desvio do poder. Em ocorrendo abuso legal de direito, como na espécie, coibirá tal desnaturamento do instituto jurídico dos quadros funcionais. Não pode a matéria ficar exclusivamente ao "libitum" do legislador, em invocação desarrazoada de conveniência ou oportunidade pública. Esta se limita pelo bem comum e êle não é atendido quando se deixa de aplicar o texto constitucional, como na questão "sub judice", de exigência de concurso, para os cargos de carreira, que deve constituir a regra da organização administrativa. sem razão plausível — *Ulisses Dória*, vencido quanto à constitucionalidade da lei — *Edgar de Moura Bittencourt*.