FUNCIONÁRIO PÚBLICO — DIREITO A PROMOÇÃO — DOUTRINA E LEGISLAÇÃO COMPARADAS — NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPRÊGO PÚBLICO — DIREITO ADQUIRIDO — ATOS DISCRICIONÁRIOS — ABUSO OU DESVIO DE PODER — CONTRÔLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

— O direito a promoção está condicionado à conveniência administrativa.

— Os atos administrativos sòmente podem ser fulminados pelo Poder Judiciário quando eivados de ilegalidade.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Adolfo Goldstein e outros *versus Prefeitura Municipal de S. Paulo*
Recurso extraordinário n.º 8.575 — Relator: Sr. Ministro

LAUDO DE CAMARGO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Recurso Extraordinário n.º 8.575, de São Paulo, em que são recorrentes Adolfo Goldstein e outros e recorrida a Prefeitura Municipal de São Paulo, acorda o Supremo Tribunal Federal, pela Primeira Turma, em conhecer do recurso e lhe negar provimento, nos têrmos das notas juntas, pagas pelos recorrentes as custas.

Rio, 16 de abril de 1945. — *Laudo de Camargo,* Presidente e Relator do acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Filadelfo Azevedo (Relator) — Adolfo Goldstein e outros, funcionários da Prefeitura de São Paulo, moveram ação contra esta para que fôsse declarado lhes competir direito a promoção ao cargo de segundo auxiliar de contador, em 1938, o que não acontecera, em seu prejuízo, por inobservância do Ato n.º 1.146, de 1936, desde o não funcionamento, por obra do Prefeito, da Comissão de Serviço Público, encarregada das listas de

---

COMENTÁRIO

DIREITO A PROMOÇÃO — ORGANIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO EM CARREIRA

O direito a promoção é a tese central que se agita neste importante julgado, onde se alinharam, pró e contra, os mais brilhantes argumentos.

A decisão de primeira instância, em São Paulo, foi favorável aos funcionários municipais, mas o Tribunal do Estado, sob o fundamento de que "não é permitido ao Judiciário examinar os atos da Administração, senão pelo prisma da legalidade", e de que tal legalidade não foi afetada, reformou a sentença.

classificação por merecimento e a recusa ao preenchimento de vagas ocorridas a partir daquele exercício.

Assim, queriam ver reafirmados o direito a promoção e o cumprimento do Ato de 1936, que continua em vigor até a regulamentação do estatuto dos funcionários municipais, cuja vigência também era envolvida no pedido declaratório.

A Prefeitura contestou, alegando impropriedade de ação, por não ser o Judiciário órgão de consulta e, menos ainda, o indicado para decidir questões de caráter discricionário, afastadas de apreciação no pretório, máxime na ausência de abuso de poder, eis que explicada estaria a conduta da autoridade, norteada pelo bem público.

Ainda mais: não haveria, para o funcionário, um direito de promoção, salvo excepcionalmente, diante do texto expresso, inexistente na espécie, de modo que à administração cabe sempre julgar da oportunidade do preenchimento de vagas, especialmente quando ligadas apenas ao critério de merecimento, apurável após vários trânsitos e exigências; descendo ao exame do caso, destacou a ré a situação dos vários autores, em face das vagas ocorridas e do aproveitamento de outros funcionários, e concluiu sua defesa, mostrando que desde 1942 vigorava o estatuto municipal, dependente, porém, de regulamentação nesse particular.

Afora documentação fornecida pelas partes, prescindiram estas de outras provas, mas se empenharam em magistral debate, realçado por pareceres emitidos pelos maiores nomes da nossa cultura jurídica. *

Afinal o juiz pendeu para a legitimidade dos autores, em face de irrecusável interêsse, e da idoneidade e do meio declaratório; no mérito concluiu pela procedência do pedido, dado que o acesso constitui pela procedência do pedido do funcionário e estava atendido no ato municipal de 1936, senão como direito adquirido, ao menos como expectativa, suficiente para assegurar um resultado, enquanto não atingido pela nova, o que se dera sòmente em 1942, já depois de lesados os autores e ainda não vigente por falta complementar.

O poder discricionário, acrescentou o magistrado, não se poderia estender ao abuso, censurável, ao menos indiretamente, pela ação judicial, máxime quando se pedia sòmente a declaração, assim respondida afirmativamente.

Apelou a Prefeitura, que em erudito arrazoado reafirmou os seguintes pontos: imprestabilidade do meio declaratório, incompetência do Poder Judiciário para apreciar a conveniência do ato, ausência do direito a pro-

---

O assunto foi, pràticamente, esgotado, e nada mais haveria a acrescentar. Tão importante, todavia, é o problema, e tantas as questões envolvidas, que a matéria pode merecer, ainda, algumas ligeiras considerações.

A egrégia Côrte Suprema, não dando provimento ao recurso extraordinário que trouxe a questão ao seu elevado pronunciamento, parece que se acostou à melhor doutrina.

Que não há qualquer "direito a promoção", mas, apenas, justa expectativa do servidor, é a tese dominante, em a qual

---

* NOTA DA RED.: Os pareceres dos Profs. Francisco Campos e Mário Mazagão, no caso, foram publicados no vol. I, págs. 273 e 693, respectivamente, desta Revista.

moção, em princípio e na hipótese, e faculdade do administrador em fixar a oportunidade para o preenchimento de vagas; novos pareceres foram exibidos, após combate à reserva da sentença, quanto ao argumento de autoridade.

Responderam os autores e a Primeira Câmara do Tribunal de São Paulo, por acôrdo de votos, afastou a preliminar nos têrmos do art. 275 do Código de Processo, embora a reapreciasse, diante do agravo no auto de processo, interposto pela edilidade contra o despacho saneador, e a tivesse por procedente, eis que já seria cabível a ação condenatória: no mérito, também concluiu pela improcedência do pedido, eis que não existia qualquer preceito determinando prazo para o preenchimento de vagas, escapando, por isso, do Judiciário e apreciação da demora no exercício de atos discricionários praticados sem abuso, antes mediante satisfatória explicação — os autores só podiam pedir e os Juízes lhes conceder indenização, quando, acaso, fôssem preteridos na promoção por terceiros, sem direito.

Daí, o recurso extraordinário com fundamento nas letras *a* e *c* do inciso constitucional adequado, ante o desprêzo da lei municipal e da federal, pois o debate se orientara em tôrno do Decreto-lei n.º 1.713, de 1939, e dos regulamentos sôbre promoção ns. 2.290, 3.409 e 8.168, de 1938 e 1941; além disso, se cometeria ofensa aos arts. 159 e 160 do Código Civil, quando na causa se debatera sôbre abusos de poder e de direito.

Deferido o recurso, foi longamente arrazoado pelas partes, sendo que a recorrida levantou a preliminar de não cabimento, por versar a demanda em tôrno de leis municipais, não sobrepostas a qualquer regra federal, e não haver sido ferido o texto do Estatuto dos Funcionários da União; aliás não questionado oportunamente.

Nesta instância, assim opinou a Procuradoria Geral da República:

"O recurso parece-nos cabível, com apoio na invocada alínea c (fls. 868), pois os recorrentes contestaram a validade do ato do govêrno local também em face da lei federal (fls. 850) e aquêle ato foi julgado válido.

Em se tratando da alínea *c*, saber se foi certa ou errada a invocação da lei federal, é ponto que diz com o mérito do recurso.

De meritis, opinamos que ao recurso seja negado provimento.

Como bem decidiu o Acórdão de fls. 866v.-867, não tendo a lei marcado prazo para as promoções questionadas, o Poder Executivo há de ser o juiz da oportunidade em que elas devam ser decretadas.

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

---

estão mais ou menos acordes os maiores vultos do moderno direito administrativo.[1]

Mau grado, porém, a doutrina ampla e segura que as partes indicaram, o ilustre Ministro relator discordou da tese e, como vimos, fundamentou, longa e eruditamente, o seu brilhante voto vencido.

Parece-nos, contudo, *data venia*, que o problema foi deslocado do seu verdadeiro centro de gravidade, que é, sem dúvida alguma, a conceituação da natureza jurídica da relação de emprêgo.

---

1 TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCÂNTI, *Tratado de Direito Administrativo Brasileiro*, vol. III, pág. 239.

É o que temos sempre sustentado (v. parecer no *Arquivo Judiciário*, vol. 50, pág. 430).

Veja-se, por exemplo, o ensinamento de CINO VITTA:

"A propósito *delle promozione in genere 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 promoverlo; in altritermini se siavi un diritto perfetto alla promozione. La risposta per gli impiegati civili fu negativa, essendo rimesso all'apprezzamento della pubblica 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 u diritto subiettivo abbia ciascun impiegato all'avanzamento, in quanto questo resta pur sempre subordinato al potere discrezionale dell'amministrazione, la quale è poi arbitra assoluta di scogliere anche il momento più oportuno per eseguire le promizioni.

. . . . . .

Accelerandosi o ritardandosi le promozioni, possono essere apostate sin le basi nulle quali la scelta deve esercitarsi e possono ricevere pregiudizio gli interessi di coloro che al verificarsi della vacanza trovansi in determinate condizione per aspirare alla promozione.

Ma non è dato gli interessati reclamare per tali eventuali pregiudizi rissentiti dall'esercizio di uno potestà discrezionale insindicabile dela publica amministrazione" (*Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1932, vol. 1.º, pág. n.º 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 Civel 7.307 (embargos), de que foi relator o eminente Ministro Orozimbo Nonato (apenso ao *Diário da Justiça* n.º 259, de 7 de novembro de 1944, pág. 5.177).

Em face do exposto e do mais que consta das magistrais decisões do ilustre patrono da Prefeitura recorrida, opinamos que ao recurso seja negado provimento.

Tudo está em distinguir e caracterizar o vínculo jurídico, analisando o problema à luz dêsse conceito.

Sem êsse exame prévio, pouco importa, de fato, enumerar opiniões díspares de autores que representam escolas antagônicas, ou que estudam o problema em face de situações positivas diversas.

Contra o reconhecimento de qualquer direito a promoção se manifestam, em uníssono, JELLINEK,[2] ROUBIER,[3] PRESUTTI,[4]

---

2 JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, pág. 195.

3 PAUL ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, vol. I, pág. 471.

4 ERICO PRESUTTI, *l'Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. II, pág. 24.

Distrito Federal, 20 de novembro de 1944. — *Luís Galloti*, Procurador da República. — De acôrdo. — *Gabriel de R. Passos*".

ANTECIPAÇÃO DO VOTO

O Sr. Ministro Filadelfo Azevedo (relator) — Sr. Presidente, o advogado da Prefeitura de São Paulo levantou nova preliminar, porque, tendo o Tribunal de Apelação recebido a prejudicial da inidoneidade da ação declaratória, embora por demasia examinasse o mérito e concluísse pela improcedência do pedido, o recurso extraordinário, que se limitou, apenas, à última questão, estaria definitivamente prejudicado.

É preciso, porém, raciocinar dentro do sistema da lei processual que se afastou do velho caminho, que a lógica formal indicava. E tanto se afastou que, não obstante os juízes entenderem incabível o processo declaratório, entraram no mérito, porque, no atual sistema, sempre há prevalência do princípio de economia processual; e, ainda quando o processo seja nulo, se o juiz entender que, apesar da nulidade, a parte por êle prejudicada teria ganho de causa, afasta-se do rigorismo formal e entra no mérito, para decidir favoràvelmente àquele a quem a nulidade prejudicaria.

Por conseguinte, embora o Tribunal entendesse que a ação declaratória era imprópria, entrou no mérito desprezando a preliminar; não haveria assim necessidade da parte vencida recorrer também contra essa preliminar, se, invertendo a ordem do debate, essa Côrte fôsse favorável no mérito aos recorrentes, aí é que se teria de cogitar, *a posteriori*, da idoneidade do meio processual empregado.

A causa é muito interessante, principalmente devido aos valiosos estudos de direito administrativo, que os autos contêm, especialmente em tôrno do conceito da função pública, versado com tanto brilhantismo pelos advogados de ambas as partes, especialmente pelo da recorrente e enriquecida ainda mais aquela com dezenas de pareceres dos nossos mais notáveis juristas desta Capital e de São Paulo. Isso me forçou a fazer demorado estudo da matéria e a escrever o longo voto, que peço a benevolência dos ilustres colegas para cuvir:

CINO VITA,[5] BERTHÉLEMY,[6] ZANOBINI,[7] PETROZIELLO,[8] GASTON JÈZE,[9] LENTINI,[10] CHARLES GEORGIN,[11] TEMÍSTOCLES,[12] SANTI ROMANO,[13] VACHELLI,[14] MARCEL WALLINE[15] e muitos outros que nos dispensamos de citar.

---

5 CINO VITTA, *Diritto Amministrativo*, vol. II, pág. 508.

6 HENRY BERTHÉLEMY, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, pág. 67.

7 GUIDO ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. II, pág. 120.

8 MODESTINO PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico Impiego*, p. CCXCIII/CCXCIV.

9 GASTON JÈZE, *Les principes généreaux du droit administratif*, pág. 494.

10 ARTURO LENTINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1939, vol. I, pág. 591.

11 CHARLES GEORGIN, *Le Statut des Fonctionnaires*, 1912, pág. 484/88.

12 TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCÂNTI, ob. e pág. cits.

13 SANTI ROMANO, *Principi di Diritto Amministrativo Italiano*, 1901, pág. 95.

14 VACHELLI, *Sul diritto alla carriera degli impiegati della pubblica amministrazione*, La Legge, pág. 1.204.

15 MARCEL WALLINE, *Manuel Élémentaire de Droit Administratif*, 1939, pág. 404

VOTO

O Sr. Ministro Filadelfo Azevedo (relator) — Conheço do recurso, não só pela orientação que sempre adotei, como à vista do parecer da Procuradoria Geral da República.

É perfeitamente legítimo e, muitas vêzes, conveniente o uso da declaratória, embora o agente já disponha da condenatória, sem importar abuso do espírito de *finesse* o destaque das finalidades de ambas.

Já no empirismo da antiga legislação processual se encontravam casos de desdobramento da prestação jurisdicional, recorrendo-se, v.g., à anulação da hipoteca, antes do executivo hipotecário, à rescisória do contrato de locação, antes do despejo, ao seqüestro antes da penhora, à ordinária antes da decendiária ou executiva, enfim, à inscrição da hipoteca judicial de sentença passada em julgado, ou sujeita a recurso extraordinário, antes de execução definitiva, desde logo cabível.

LEVÍ CARNEIRO reuniu num só capítulo de seu projeto de Código de Processo, como meios para a declaração de direitos, a ação declaratória e o mandado de segurança, que também pressupõe concurso eletivo com as ações petitórias.

A cautela e a ponderação do bom pai de família sempre recomendaram os procedimentos moderados, em caso de dúvida, para evitar que uma decisão, porventura tomada contra a expectativa do autor, não depare com o dano irreparável ou de custosa reparação, a que, v.g., alude o Código de Processo, a respeito da anulação de execução provisória (art. 883, n.º III), em caso de recurso meramente devolutivo.

Por isso, a ação declaratória encontrou terreno preparado e vicejou no pretório brasileiro, a despeito de tímida reação, em alguns casos, como nas sentenças do saudoso BURLE DE FIGUEIREDO, ou nos votos do ilustre SARAIVA JÚNIOR, a que adiante se aludirá.

Em geral, os tribunais admitem e ampliam o emprêgo dêsse processo mais suave de litigar, tão da índole do nosso sentimentalismo, a fim de não impor ao interessado o duro emprêgo de meios desnecessários.

Nada mais consentâneo com a conduta jurídica de homem padrão que a reserva resultante do emprêgo de soluções menos drásticas, sem a menor

---

Alguns tratadistas se pronunciam, mesmo, de forma categórica, como D'ALLESSIO, para quem o órgão incumbido das promoções tem, *em definitivo*, um poder discricionário, em virtude do qual pode promover um servidor em detrimento de qualquer outro.[16]

ARNALDO DE VALLES, tratando da promoção, também não reconhece ao funcionário outro direito que não seja o de ser julgado *"con parità di tratamento agli altere colleghi"*.[17]

DEMARTIAL, descrevendo o processo usado na França, classifica-o de absolutamente arbitrário,[18] de acôrdo, aliás, com a obser-

16 FRANCESCO D'ALLESSIO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1932, vol. I, 105, pág. 170.

17 ARNALDO DE VALLES, *Elementi di diritto Amministrativo*, 1937, pág. 163.

18 G. DEMARTIAL, *Le Statut de Fonctionnaires*, 1908, pág. 145.

ofensa a interêsses de ordem pública — o único argumento em contrário de solidez aparente é o do acréscimo de despesas; mas se a sentença, em tal hipótese, não tem execução e exige repetição de energias, contudo, fará coisa julgada e, assim, sòmente por capricho o vencido se furtará à execução, mantendo inútil rebeldia; também a sentença condenatória pode ser cumprida espontâneamente e as despesas de execução sòmente se justificam diante da insistência do vencido.

É certo que ainda na doutrina nacional e estrangeira se mantém algum dissídio, mas, a meu ver, no terreno puramente teórico.

Observa-se, por exemplo, que, na Alemanha, a possibilidade de abertura da condenatória exclui a declaratória, mas semelhante interpretação do § 256 do Z.P.O. encontra uma série de exceções levantadas especialmente, quando não há cálculos certos, mas dependência de estimação de danos, ou quando o processo se dirige contra o Estado, ante a probabilidade de se submeter êste ao julgado, sem ameaça de execução (GOLDSCHMITD — *Derecho procesal civil*, 1936, págs. 108, § 14 e notas 28 e 29).

Nos países anglo-americanos, onde a moderna declaratória nasceu e se expandiu, não há, em geral, reservas, quanto ao seu emprêgo, como se vê da memória apresentada por BORCHARD, Professor de Yale, ao 1.º Congresso de Direito Comparado na Haya (*Anais*, tomo II, 4.ª parte, pág. 535); mais tarde, êsse animador da lei uniforme norte-americana sôbre o assunto proclamou suas virtudes — *more civilized method of submetting disputes to judicial determination* — em segunda edição de seu livro clássico e no artigo da "Brocklin Law Review", trasladado à pág. 39 de *Current Legal Thought*, 1939, censurando reservas encontradas em Pensilvânia e Michigan.

Naquele Congresso, fôra relator da tese o insigne CHIOVENDA (*Anais*, cit., vol. II, 2.ª parte, págs. 598), que, aliás, reproduziu seu relatório e a conclusão, unânimemente aprovada, na *Rivista di Diritto Processuale* (volume 1933, 1.ª parte, pág. 3), mostrando como, ao invés de carrear graves e prejudiciais sanções, a ação deve ter mero caráter provocatório, *re adhuc integra*, sem multiplicação de lides.

O mestre, já nos *Princípios* (pág. 175), já nas *Instituições* (§ 66, vol. I, pág. 210, da edição italiana, e 328 da trad. portuguêsa), mostrava como o interessado pode querer apenas a primeira função da sentença, ainda que depois de já violado seu direito.

PIERRE LEPAULLE, na *Revue trimestrielle de droit civile* (1934, pág. 773), acentua que *"le prejudice peut n'être qu'eventuel"* e na obra clássica de

---

vação de HAURIOU, que acentua só existir, lá, sistema legal definido de promoções para os militares, os professôres e os magistrados.[19]

MAURICE VAUTHER, tratando do serviço civil da Bélgica, também foi categórico:

"Les règles de l'avancement sont établies par l'administration avec une entière independence (ces règles s'efforcent de combiner avec sagesse le principe de l'ancienneté avec celui de "choix").

Mas une transgression de ces règles ne saurait donner lieu à aucun recurs contentieux. Le pouvoir discrétionnaire de l'admi-

---

19 HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 1914, pág. 635.

MIGUEL MAYNARD não se encontra outra orientação, afora a diretriz germânica, sujeita, aliás, a colapsos, como o julgado de 1880 (*Les jugements déclaratoires*, 1912, pág. 98) é a opinião de HELLWIG, trazida a colapso por SABÓIA DE MEDEIROS (Apelação n.º 3.094, de 1932) e reproduzida em acórdão relatado por FREDERICO SUSSEKIND.

No Brasil, é certo, a controvérsia se tornou renhida, embora sem maior profundeza, a despeito da valia pessoal dos propugnadores da incompatibilidade das duas fórmulas.

Cita-se, por exemplo, o egrégio COSTA MANSO, que, no anteprojeto paulista (art. 1.156 — *Trabalhos*, vol. 4, pág. 381), excluiria o uso da declaratória, quando já aparelhada a condenatória, mas a verdade é que entre os exemplos típicos por êle formulados se encontra o de abertura de discussão sôbre legitimidade de impôsto já cobrável por ação executiva, aberta, embora, esta a ampla defesa, dadas as vantagens da declaratória no evitar que se fizessem e desmanchassem pagamentos, com juros, etc.; também se alude ao relatório CARLOS DE CAMPOS (*Rev. Forense*, vol. 52, pág. 403), sôbre a lei mineira, aliás, silenciosa a respeito.

Certo é que aquêle grande jurista ainda há pouco patrocinou ruidosa causa, iniciada em São Paulo, onde se pedia declaração sôbre a moeda de pagamentos já efetuados, de acôrdo com parecer de PEDRO MARTINS (*Revista Forense*, vol. 84, pág. 67); do resultado dêsse pleito, redundaria, de certo, motivo para a repetição do pago, que poderia, contudo, ter sido logo objeto de ação condenatória.

Não posso, por isso aceitar a provecta opinião de LUÍS MACHADO GUIMARÃES, nascida, aliás, a propósito de caso típico, a meu ver, de declaratória: o de um pai que queria apenas declarar o débito do filho, acusado de rasgar o documento comprobatório, em mão do procurador, não pretendendo, porém, cobrá-lo no momento (apelação n.º 3.094 no Distrito Federal, 1932).

Por isso, ao tempo do Congresso de Direito Judiciário, manifestou-se MACHADO GUIMARÃES (*Arq. Jud.*, vol. 40 — Supl., pág. 42, e *Anais do Congresso*, 1940, 2.º vol., pág. 314 — 7 e anexo I), em apoio à proposta de GUILHERME ESTELITA (projeto, art. 8.º), que sôbre o assunto já escrevera elogiada monografia (*Da ação declaratória no direito brasileiro*, 1933), mas admitira, em sentença, a simples provocação sôbre a espécie de moeda, em que seria paga dívida já vencida (*Arquivo Judiciário*, vol. 21, pág. 80).

Em favor da *madureza* da ação, ainda volveu MACHADO GUIMARÃES, outras vêzes, à liça, quer em comentário ao art. 2.º do Código de Processo

---

nistration peut s'exercer librement à cet égard (sauf en ce qui concerne les grades dans l'armée)."[20]

Importa considerar, entretanto, que, por outro lado, seria fácil arrolar depoimentos favoráveis, não em menor número, a começar pelos autores brasileiros.

ALCIDES CRUZ refere-se a um "direito a promoção";[21] VIVEIROS DE CASTRO fala de um "direito ao acesso";[22] GABINO FRAGA afiança que "*otro de los derechos que integran la situación del em-*

20 MAURICE VAUTHIER, *Précis du Droit Administratif de la Belgique*, 1928, pág. 43.

21 ALCIDES CRUZ, *Direito Administrativo*, 2.ª ed., pág. 102.

22 VIVEIROS DE CASTRO, *Direito Administrativo*, 3.ª ed., pág. 589.

(*Rev. Forense*, vol. 81, pág. n.º 38), quer (*Rev. Forense*, vol. 82, pág. 811) a propósito da tese de TORQUATO CASTRO (*Ação declaratória*, Recife, 1940), favorável à livre escolha do caminho pelo interessado (§ 45, pág. 123).

Acompanharam MACHADO GUIMARÃES, nesse terreno, PEREIRA BRAGA, que também invoca COSTA MANSO (*Exegese do Código de Processo Civil*, II, págs. 89 e 147), LOPES DA COSTA, buscando analogia com o direito alemão (*Direito processual civil*, pág. 19), HEROTIDES LIMA (*Código de Processo Civil Brasileiro*, I, pág. 39), e CARVALHO SANTOS, embora êste pouco nítido a respeito (*Código de Processo Civil interpretado*, vol. 1, pág. 52) e estendendo a proteção a direitos eventuais ou a têrmo, se houver interêsse atual (pág. 45).

De acôrdo com TORQUATO CASTRO ficou, porém, JORGE AMERICANO, a despeito das culpas que em geral lhe imputam, fazendo abortar a proposta de COSTA MANSO, em 1924, aliás, por um escrúpulo de ordem constitucional; em verdade, o reitor da Universidade de São Paulo hoje sustenta o cabimento irrestrito dêsse meio tão dútil, até porque "quem pode o mais, pode o menos" (*Comentário ao Código do Processo*, vol. 1, pág. 623); em verdade, se o réu assenta sua negativa apenas na incerteza da situação, e não na intenção de descumpri-la, quando acertada, não há razão para excluir o meio esclarecedor, ainda que possa vir a falhar a expectativa de satisfação.

PAULO BARBOSA DE CAMPOS entende, mesmo, que êsse meio permite substituir o conselheiro particular, sempre falível, pelo Tribunal (*Revista Forense*, vol. 82, pág. 264), evitando que se azedem os litígios, como já observava JORGE DA VEIGA, na conferência do Instituto dos Advogados, que despertou, confessadamente, a iniciativa de COSTA MANSO em São Paulo (*Rev. dos Tribunais*, vol. 49, pág. 259). Só não se deve tolerar o abuso que transforme o judiciário em academia para a resolução de teses abstratas.

PEDRO BATISTA MARTINS, não só em parecer (*Rev. Forense*, vol. 84, pág. n.º 67), como no comentário ao Código, de sua autoria, sustentou o emprêgo indiferente dos meios judiciais, ao sabor das conveniências, ainda com caráter meramente preventivo, para eliminar a *res dubia*, recordando a hipótese de tributo, aventada por COSTA MANSO, e o caso da anulatória de assembléia de sociedade anônima, cuja gravidade entibiaria o litigante mais audacioso no tomar uma iniciativa, que pudesse ser tida por abusiva e até acarretar uma indenização (*Comentários ao Código de Processo*, vol. 1, pág. 34, e 3, pág. 363); assim, aliás, aconteceu no caso de arresto inútil (*Revista Forense*, vol. 92, pág. 450). SEABRA FAGUNDES também encomiou o papel reservado à ação declaratória (*Revista Forense*, vol. 96, pág. 40) no direito administrativo,

---

pleado publico es el derecho al ascenso";[23] RODOLFO BULLRICH afirma que "*es indispensable respetar en forma absoluta el derecho al ascenso*";[24] FELIX SARRIA assinala que os funcionários têm direito de ser promovidos para ocupar "*las vacantes que se produzcan*";[25] GUILLERMO DE VARAS diz que "*este derecho asegura al empleado el reconocimiento de su antiguidad y meritos*";[26] RUIZ Y GOMEZ conclui que "*seguiendo la evolución del Derecho Administrativo que ha ido passando de lo discrecional a lo reglado, ori-*

23 GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, 1939, pág. 230.

24 RODOLFO BULLRICH, *Derecho Administrativo*, 1942, pág. 340.

25 FELIX SARRIA, *Derecho Administrativo*, 1938, pág. 174.

26 GUILLERMO VARAS, *Derecho Administrativo*, 1940, pág. 321.

como já opinara GUILHERME ESTELITA, respondendo à indagação de TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI (*Arquivo Judiciário*, vol. 40, Suplemento, pág. 40), e sustenta BORCHARD (Revista citada, pág. 67).

Assim, também, já foi decidido em caso de Jóquei Clube, a despeito da oposição do Procurador Geral da República (*Direito*, vol. 14, pág. 252) e, em outra hipótese, até sem dependência do depósito eu a admitia (Agravo n.º 11.886, em 23 de outubro de 1944), embora vencido .

Mas, onde o assunto está melhor estudado é na tese de A. BUZAID — *A ação declaratória no direito brasileiro*, 1943 — apreciando o fundamento e os objetivos das ações concorrentes, desde o precedente de RUI BARBOSA, no caso do Acre Setentrional, até os julgados conhecidos de nossos tribunais, recenseados para melhor confirmação da tese de livre opção (§ 120, pág. 153).

Não destoa dessa orientação o ilustre anotador LIEBMAN da obra de CHIOVENDA, ora em colaboração científica conosco na gloriosa Faculdade de São Paulo, conforme a nota 8 ao § 66, da tradução das *Instituições* do grande mestre italiano.

Como já observamos, escassos foram, no pretório, as espécies de repulsa à declaratória, por importuna (*Revista de Direito*, vol. 107, pág. 501, e *Revista de Jurisprudência Brasileira*, vol. 13, pág. 227), quando freqüentes as hipóteses de seu recebimento irrestrito, conforme já acentuara ESTELITA em sua tese; — ainda, a sentença por êle mesmo já prolatada (*Arquivo Judiciário*, vol. 21, pág. 80), como a de NELSON HUNGRIA (*Arquivo Judiciário*, vol. 16, pág. 76) e os acórdãos do Distrito Federal (*Revista Forense*, vol. 67, pág. 721, e *Revista do Direito*, vol. 98, pág. 71), do Rio Grande do Sul (*Justiça*, vol. 25, pág. 411) e de São Paulo (*Revista dos Tribunais*, vol. 1.137, pág. 653), embora às vêzes surja, de novo, um dissídio (*v. g.*, *Revista dos Tribunais*, vol. 152, pág. 104, *Diário da Justiça*, 1944, pág. 3.730).

Se há dúvida, por exemplo, sôbre a firma do devedor e o credor hesita em consciência, por que iniciar a cobrança sob a violência da penhora, quando se pode prèviamente deslindar êsse ponto essencial?

Seria mais prudente usar de ação ordinária, como dantes se alcançava com a fase liminar da descendiária, ou, ainda, de mera declaratória.

A tôdas as razões, que aqui e alhures têm desaconselhado o afastamento da declaratória, quando o interessado já dispõe da condenatória, poderia acrescentar um último argumento no sentido de anular a objeção do acréscimo de ônus.

---

ginalmente el ascenso es de carater discrecional, pero progressivamente se han ido dictando normas para evitar los abusos del arbitrio en su empleo".[27] PACINOTTI não é menos incisivo: *"Le cose ora dette giustificando eziandro l'affirmazione che l'impiegato ha diritto anche alle promozioni di grado, perchè egli ha diritto allo svolgimento completo del suo rapporto di impiego cosi come fu contemplado* ab initio".[28]

Mais importante, todavia, do que todos êsses depoimentos, a que muitos outros se poderiam aditar, é a análise do ponto de vista

---

27 JULIAN RUIZ Y GOMEZ, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, 12.ª ed., pág. 236.

28 PACINOTTI, *L'Impiergo nelle pubbliche amministrazione*, pág. 259.

É que nosso Código de 1940, a despeito de valiosos e louváveis esforços em prol da economia processual, adotou preceito nada elogiável, mas denunciador da irrelevância da duplicação de lides — o do art. 157, que permite ao autor separar pedidos, ainda que conexos, desdobrando as ações; se assim acontece com duas ou mais ações condenatórias, a despeito do gravame que traz ao réu, por que não admitir o prévio uso da declaratória, que na grande, na imensa, maioria de casos dispensará qualquer outro procedimento?

Tão pouco o mandado de segurança evitaria novo processo para a reparação dos danos acaso decorrentes da ofensa a direito certo e incontestável por aquêle já amparado.

Apurada, assim, a idoneidade do meio, usado, aliás, na esfera do direito administrativo até na Alemanha, como já vimos, e afastada a segunda objeção por confundida com o mérito, isto é, saber se há interêsse no seu uso e não mera consulta teórica, incompatível com a função judicante, mais lógico seria passar agora ao exame da legitimidade do interêsse dos autores, mas a natureza da demanda aconselha a debater preliminarmente a existência do direito, em tese, para apurar, em seguida, seu exercício *in concreto*.

Preliminarmente, convém assentar quão infrutífero seria entrar, a fundo, no campo doutrinário, eis que para compensar o labor da penetração no labirinto das opiniões isoladas, ou obedientes a sistemas, com caráter *più dottrinale che pratico* (CINO VITTA — "Digesto italiano", vol. VI, pág. 796), problema elegante da *"efficienza pratica piuttosto scarsa* (PETROZIELLO — *in Tratatto di Dir. Amm. de Orlando*, vol. 2, p. 3, pág. CXII), nem sequer encontraríamos o prazer da novidade, pois, no Brasil, o debate sôbre a natureza do emprêgo público tem sido levado ao máximo analitismo, especialmente a propósito de duas questões surgidas, em 1924 e 1926, à conta de modificações feitas na organização judiciária do Distrito Federal.

Os trabalhos de MELO ROCHA, JOSÉ MIRANDA VALVERDE, ÁLVARO PEREIRA e PIRES E ALBUQUERQUE estancaram tôdas as fontes de pesquisas e artifícios de dialética, podendo, fora dos preciosos memoriais, então publicados, encontrar-se, por exemplo, o primeiro, na *Revista de Direito*, vol. 86, págs. 267 e 480; ainda os valiosos arrazoados de LEVÍ CARNEIRO, OSCAR SARAIVA e OSCAR SANTANA, respectivamente em casos da Prefeitura de Niterói, e dos médicos da União e da Municipalidade do Rio de Janeiro, e incluindo pareceres de RUI, CLÓVIS, ESPÍNOLA, LACERDA DE ALMEIDA, ABELARDO LÔBO e SÁ VIANA, destacaram os contornos do problema do emprêgo público no Brasil, afora monografia de CARPENTER (*Revista de Direito*, vol. 22, pág. 249),

---

dos autores americanos, cuja organização administrativa serviu, em grande parte, de modêlo para as reformas que se implantaram no Brasil em 1936, e cuja doutrina informou o nosso sistema de pessoal.

Estudando o problema nos Estados Unidos, diz OLIVER FIELD, professor da Universidade de Minesota:

"The power to make promotion is entirely within the discretion of the promoting officer".[29]

FRANK GOODNOW não se manifesta de outra maneira:

"It is difficult to speak of the officer as having a right to promotion except in the sense that he has, so far as it is so provided

---

29 OLIVER FIELD, *Civil Service Law*, 1939, pág. 128.

JOSÉ HIGINO (*Revista Forense*, vol. 2, pág. 15), NELSON BATISTA (*Revista Forense*, vol. 25, pág. 5) e PEDRO VERGARA, êste na assembléia constituinte (pág. 1.703) e os completos capítulos dos nossos modernos e conspícuos autores de direito administrativo.

Na presente demanda, também os arrazoados e os pareceres versaram com erudição e excepcional brilho o mesmo problema básico, mas todos, confessadamente ou não, chegaram à conclusão de que pouco proveitoso, senão indiferente, para o desfecho da lide, seria o debate a tal respeito; a menos que se recusasse todo e qualquer direito aos funcionários, seria, em rigor, secundário colocá-los em face das teorias privatistas ou publicistas, institucionais, contratuais ou unilaterais, eis que a um meio têrmo razoável e conciliador dos interêsses em jôgo, já chegaram, em regra, autores e teorias, as mais opostas, dando-se *rendez-vous* para a convergência de pontos de vista do Estado e de seus servidores, de modo a excluir o puro realismo (RUI BARBOSA — *Constituição federal*, vol. 3, pág. 226).

Razões de ordem pública poderiam, assim, justificar modificações leves ou profundas na organização dos serviços estatais, afetando, com ou sem compreensão, interêsses individuais, e ofendendo até, por menção expressa, direitos adquiridos, respeitados sempre os limites constitucionais, porventura estabelecidos.

Na balança de interêsses, a tendência é, sem dúvida, para favorecer a liberdade de ação do Estado, de mãos livres para inovar sempre que não encontrar direitos já assegurados ou óbices constitucionais: o funcionário, por sua vez, só poderá reclamar o que lhe tiver sido concedido no estatuto, fornecido unilateralmente pelo empregador, mas dentro dêle adquirirá verdadeiros direitos subjetivos aptos a um valimento em juízo.

Admite-se ainda que a êsse terreno estatutário não alcançasse sequer o texto do art. 123 da Constituição Federal, que ressalva outras garantias que não as explícitas no preceito imediatamente anterior.

Êsses os postulados de já muito assentados e a que sempre me curvei, dando-lhes o máximo de rendimento, em várias oportunidades surgidas e procurando afastar preocupações privatistas: assim, os direitos têm que provir todos da lei (meu voto *in* apelação n.º 8.430 — *Direito*, vol. 29, pág. 244).

Aceitando, portanto, ainda uma vez, semelhante argumentação, forro-me ao esfôrço de documentar objeções e reservas dos adversários, que ainda não se renderam ou exageram unilateralmente a face favorável ao empregado como GIOVANNI PACINOTTI, em seu *l'impiego nelle pubbliche amministrazione*,

---

by law, a right to an increment of salary at the expiration of some specified period".[30]

Mesmo quando os Estatutos determinam que a promoção se fará na base do merecimento, ainda assim a interpretação autorizada tem sido no sentido de que daí não deve decorrer nenhum automatismo, capaz de obstar à discrição administrativa.

Há sôbre o assunto, até, decisão expressa do "Comptroller General":

"*Statutes providing for increases in compensation or for promotions upon the basis of efficiency ratings are interpreted so as*

---

30 FRANK J. GOODNOW, *The Principles of the Administrative Law of the United States, The rigths of officers*, pág. 285.

tomo — 1907; todavia, impõe-se, ao menos, ressalva, não incompatível com a extensão há pouco repelida: é que as garantias funcionais podem não decorrer de têrmos peremptórios ou minudentes, bastando que resultem do próprio sistema estatutário, inscrito na Constituição ou em leis ordinárias.

Eis aí insinuada a questão básica, que se agita com tanto brilho e imensa cultura nesta demanda.

Existe um direito de promoção para o funcionário, acima de preceitos positivos de leis ou regulamentos, que lhe fixem os contornos, que o declarem e regulem?

Na falta de regras, que fixem um têrmo para que as promoções se realizem, podem elas ser diferidas indefinidamente, demorando, assim, mais de seis anos, como acontece no presente caso?

Não basta, ao revés, a pressuposição derivada da indicação de datas para a promoção ou para a organização de listas, v.g., anualmente, além da alusão a suplementos para o caso de se esgotarem elas prematuramente?

Para mim, dês que a Constituição Federal se refere a *carreira* e faz a distinção entre cargos de carreira e cargos isolados, desenvolvida em inúmeras leis ordinárias, existe, em tese e em contrário ao que ocorre, v.g. na Itália e em outros países, um direito de acesso, que aliás todos consideram conveniente, senão necessário ao próprio interêsse estatal pelo estímulo que traz aos funcionários. CINO VITTA o tem, até por uma das características do emprêgo público (V. *Digesto Italiano*, vol. VI, pág. 792).

Os recorrentes se apóiam, ainda, em opinião do Ministro CASTRO NUNES, que, embora relativa ao Poder Judiciário, tolera generalização, no exaltar o interêsse da carreira para todo o servidor, como para todo homem que precisa da esperança de progresso para ser feliz, ou, ao menos, tentar a felicidade, ainda que à custa de ilusões.

Podem, assim, as leis ordinárias desenvolver ou restringir êsse direito fundamental na sua regulamentação, mas nunca negá-lo em definitivo, lançando positiva norma jurígena na categoria dos preceitos literários, lemas ingênuos ou aforismas de intuito ilusionista, sem reflexo jurídico, como adverte em sua prévia classificação PONTES DE MIRANDA (*Constituição de* 1937, vol. I, pág. 85), que, considerando o emprêgo público figura bilateral, embora institucional, não deixa de reconhecer direitos subjetivos de ordem pública a favor de funcionários (*Comentários à Constituição*, 1934, vol. 2, pág. 450).

---

not to make them automatic if there is any room for such an interpretation".[31]

Essa é a doutrina dominante. Alguns Estados adotaram até disposições expressas a respeito e, mesmo no serviço federal, sòmente em casos excepcionais se aboliu a discrição administrativa, que é considerada vantajosa.[32]

"*Except in the public healt service and a few others units for which a definite system has been prescribed by statute or otherwise, the selection of persons for advancement, in the staffs at Washington as well as throughout the country, is almost entirely at the*

31 *Decision of Comptroller General*, n.º 721.

32 *A Digest of State Civil Service Law*, Special Bulletin n.º 12, págs. 2 e 30.

Podem os funcionários não ter maiores garantias, inclusive quanto à própria estabilidade, mas não se lhes pode retirar de todo o acesso, qualquer que seja a conceituação que se prefira, como direito subjetivo, situação jurídica ou direito eventual, sob proteção *sui generis* (RUBENS GALENO GOMEZ — *Ensaio de una Teoria de los derechos eventuales* — Santiago, 1941, págs. 185-6). PETROZIELLO, que se refere a *pretese giuridiche* transformáveis (*volta in veri e proprio diritti*), acentua não ser verdadeiro que nenhuma conta se faça de interêsse dos empregados, tuteláveis "per puro acidente, per mera casualità, si trove a coincider con quello generale (*op. cit.*, pág. CXIII)".

É certo que, ao elaborar-se a Constituição de 1934, foram rejeitadas propostas de inclusão, no elenco do futuro estatuto, do direito de promoção dentro em sessenta dias, em razão dos princípios de merecimento e antiguidade, vencido o membro da subcomissão encarregada do assunto, o então deputado *Valdemar Falcão*.

Seria realmente exagerado chegar a êsses detalhes, quando, em relação aos próprios juízes, nem se precisaram os prazos para o acesso, nem a proporção de critérios (art. 104, *b*), deixada às ordinárias de cada Estado, sem prejuízo, porém, de garantia eficaz, como transparece, ainda, da lei n.º 3.070.

A carreira como situação objetiva resulta, portanto, de regras constitucionais, repetidas em 1937, tanto para juízes, como para funcionários.

Reconheceu-o o legislador ordinário em todos os projetos de estatuto e, em várias oportunidades (*Diário Oficial* de 17 de dezembro de 1938, *Diário do Congresso*, 1929, pág. 6.453, projetos Henrique Dodsworth, de 1934, e Morais Paiva, de 1937, e parecer de Muniz Sodré, de 1913), ainda em 1936, o Poder Legislativo, votando a Lei n.º 284, chamada do reajustamento, regulou o direito de promoção para os cargos de carreira, no art. 1.º, destacado na exposição, precedeu o projeto de estatuto (*Diário Oficial* de 17 de dezembro de 1938, pág. 25.567):

"A presente lei adota o princípio geral da formação de carreiras para os funcionários civis federais".

Justificando a adoção do estatuto federal, após rememorar o histórico do problema, entre nós, e o fracasso de inúmeras tentativas anteriores, LUÍS SIMÕES LOPES acentuou dito aspecto:

"A negação da tese contratual não importa em negar-se aos funcionários direitos e prerrogativas...

"A Constituição de 1934, cometendo ao legislativo ordinário a expedição do estatuto, fixou desde logo as garantias essenciais da função pública, não

---

discretion of administrative chiefs, with such regard for efficiency records (where existing) as the may care to show".[33]

A situação brasileira, nesse particular, em que pese à observação em contrário do ilustre Ministro relator, é idêntica à americana. Lá e cá os regulamentos traçam normas gerais, mas o arbítrio da Administração permanece inquestionável.

Diz GUSTAVO LESSA que, na América do Norte, as vagas verificadas podem ser providas por transferência, reintegração, nomeação e promoção.[34]

---

33 *Essentials of American Government*, 2.ª ed., pág. 251.

34 GUSTAVO LESSA, *A Administração Federal nos Estados Unidos*, 1942, pág. 26.

mais sujeitas aos caprichos da legislação comum, ao menos em sua estrutura fundamental. O estatuto manteve o método de apuração do mérito por meio de uma fórmula matemática, a fim de cercar de maiores garantias o *direito à promoção* (*Rev. Forense*, vol. 78, págs. 10, 13 e 15)".

Antes mesmo da adoção do estatuto federal, já haviam sido baixados os regulamentos de promoções para desenvolvimento de preceitos da Constituição e da lei ordinária, desde os de ns. 2.290 e 3.409, de 1938, até o de n.º 3.569, de 1941, que transferiu das Comissões de Eficiência para os Serviços de Pessoal a formação das listas; a lei de proteção à família chegou a intervir no assunto, em favor das proles numerosas, assunto afinal regulado no Decreto-lei n.º 5.976, de 1943.

Ainda a Lei n.º 1.202, de 1939, sôbre as relações entre Estados e Municípios e a União, no regime provisório de incompleta aplicação da Carta de 1937, já estabelecia, no art. 48, que os funcionários locais teriam os mesmos deveres e gozariam das mesmas garantias que os federais.

O estatuto, aprovado pelo Decreto n.º 1.713, de 1939, aplicável, no que coubesse, a funcionários locais, se referiu, inequìvocamente, à promoção do art. 55 em têrmos incisivos, e fixou com extraordinária minúcia o dia da abertura de vagas — arts. 93 e 94, inclusive as decorrentes de um só evento.

Ainda, a Lei n.º 3.070, que determinou a elaboração de estatutos locais, acentuou no art. 6.º que seria adotado o princípio geral da formação de carreiras, salvo impossibilidade, e, nos arts. 19 e 20, que a lei regularia as condições de promoção e a apuração de merecimento de modo objetivo, e a de n.º 5.527 foi ao cúmulo de igualar as retribuições, proibindo fôssem ultrapassadas as tabelas federais para cargos locais idênticos.

Pessoalmente, venho me insurgindo, quer em matéria de serviços públicos (*v. g.*, Rec. extr. n.º 8.614, *in Diário da Justiça*, 1944, págs. 5.802 e 6.412, em 14 de dezembro de 1944, e agravo n.º 10.923, *in Diário da Justiça*, 34, pág. 33), quer no terreno fiscal (v.g. Rec. extr. n.º 6.221 em embargos e Agravo n.º 10.908, *in Diário da Justiça*, 1934, pág. 118, e em 1944, pág. 1.311), contra a indébita intervenção da União na esfera local, ainda que neste período transitório, diante afinal do regime federativo mantido de todo modo na Carta de 1937.

Também no Brasil pode a Administração, livremente, prover às vagas verificadas nas carreiras, até mesmo por transferência *ex-officio*, o que caracteriza, de forma insofismável, o arbítrio que se quer negar.

Essa situação é inconfundível e está perfeitamente clara em nossa legislação de pessoal.

As vagas a serem preenchidas por merecimento podem ser providas mediante readmissão (art. 79 do Estatuto) e por transferência a pedido, sem qualquer preferência pelo ocupante da carreira.

Quanto às vagas a serem preenchidas por antiguidade, ainda a essas poderá a Administração prover, em prejuízo do funcionário da classe inferior da carreira, por transferência *ex-officio*.

Foi, portanto, com grande satisfação, que encontrei, no mesmo sentido, o parecer autorizado e incisivo de FRANCISCO CAMPOS, que a recorrida trouxe a fls. 1.032 v., nestes autos.

Mas, não menos certo é que a maioria de votos, nesta casa, tem sancionado semelhante extensão, admitindo v.g., que não apenas os preceitos constitucionais alcançam a todos os funcionários locais, mas também, e igualmente, os constantes de leis ordinárias federais, especialmente quando, com tanto cuidado, resguardam o acesso, ligado a raízes constitucionais.

Assim, o recurso, como bem notou o parecer da Procuradoria Geral da República, encontraria cabimento diante da invocada inaplicação do art. 55 do estatuto federal, que postula:

> "As promoções serão processadas e realizadas em épocas fixadas em regulamento";

para mim, é certo, não seria suficiente, mas bastante a ofensa à própria Constituição, referida, aliás, na petição de fls. 868, diante da recusa genérica e total ao direito de promoção, postulada pela recorrida, ou de sua degradação ao arbítrio da esfera regulamentar.

Observemos, de passagem, que a alteração de fundamento jurídico, irrogada aos recorrentes, não teria maior consistência, eis que a lei sempre teve de ser aplicada pelo juiz, embora sem provocação das partes, desde o nascedouro da vida jurídica — *La Cour connait son droit* — se os fatos não são alterados, intatos permanecem as condições objetivas da demanda.

Não seria, portanto, razoável negar-se, em princípio o direito de promoção, aberto à evidência, desde a Constituição, aos funcionários civis, como aos juízes e aos militares e, na espécie, reiterado nos atos municipais ns. 1.146, de 1936, e 1.349, de 1939.

Assim também o reconhecem TITO PRATES (*Direito administrativo*. 1939, pág. 249) e GUIMARÃES MENEGALE (*Direito Adm.*. vol. 1, pág. 203); os que o negam. aqui ou no estrangeiro, admitem, já vimos, exceções expressas na lei positiva, o que exclui uma incompatibilidade substancial, v.g., BERTHÉLEMY — *Droit adm.*, pág. 77, e WALINE, *Droit adm.*, pág. 356.

Em face dessas disposições claras da lei, e uma vez que as vagas verificadas podem ser providas sem atender à situação da carreira, não há como falar em direito subjetivo de Caio ou de Mévio, que o Judiciário possa reconhecer e amparar.

O ilustrado relator, entretanto, invoca um suposto direito constitucional à carreira, insistindo em que o nosso sistema é diverso do americano, no qual a promoção equivale a nova nomeação.

A objeção, *data venia*, não parece inteiramente procedente, pois, em face mesmo do nosso Estatuto dos Funcionários Públicos, a promoção muito se assemelha a nova nomeação.

Ambas são consideradas formas de provimento, e, para ambos os casos, a lei exige a satisfação integral dos mesmos requisitos, estabelecendo, de forma iniludível, a paridade refutada.[35]

35 Decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939, arts. 12 e 13.

Ao contrário, CINO VITTA destrói tôda sua famosa teoria com a resposta dada à própria pergunta que formulara:

"È stato spesse volte discusso se esista un diritto alla promozione nel senso che l'amministrazione sia obligata a provvedervi quando un posto superiore resta scoperto e l'impiegato abbia i requisiti acertati por coprirlo e la risposta deva essere negativa in via generale, ma per certe categorie d'impiegati versamente: *nel silenzio della legge si presume la regola che non vi visia diritto al avanzamento*" (*Nuovo Digesto*, vol. cit., pág. 801).

Exatamente o contrário do que ocorre no Brasil, como se viu e se verá adiante, a propósito do caso dos militares a ser melhor examinado diante de outros aspectos.

Vejamos, pois, as objeções levantadas contra a afirmativa exposta, algumas das quais provariam até de mais: assim, a falta de prazo legal para o preenchimento de vagas libertaria a administração, e o esgotamento do têrmo, quando porventura fixado e desatendido, não ensejaria, de qualquer modo, a intervenção do Judiciário, salvo usurpando funções executivas.

O grande JÈZE, acentuando que o poder de promoção é, em princípio, discricionário, isto é, exercitado pelo chefe, salvo desvio de poder — *comme il veut et quand il veut* — observa: "Ce cas est de plus en plus rare en France. Le pouvoir peut être conditioné par une presentation ou par un concours" (*L'avancement, in* "Rev. de droit public", 1928, tomo 45, páginas 500 e segs.).

Em outros têrmos o arbítrio da administração excluiria o compulsório da promoção e a indeterminação dos favorecidos impediria que o mero interêsse se concretizasse em direito; por último, sòmente no regime de contencioso administrativo se admitiria a pesquisa do abuso de poder na esfera do simples interêsse, distante do terreno legal.

Passemos à discussão dêsses motivos, que resumem a extensão do debate, na síntese feita pelo grande BIELSA, em sua nota de autorizado apoio à recorrida (*Anuário del Instituto de Derecho Público da Universidad del Litoral*, Rosário, 1944, pág. 479).

A indeterminação de prazos não seria irremediável, como não é na órbita civil, em que a lei presume, ou os juízes fixam, a data de cumprimento de obrigação incertas no tempo (Código Civil, arts. 127 e 952).

Tão pouco existe, no caso dos juízes, ou no dos militares, prazo obrigatório para o preenchimento de vagas, fixado diretamente em lei, mas, às

---

Acresce considerar, aliás, que não temos, de fato, o que se possa chamar de *carreira*, mau grado o invocado mandamento constitucional.

O conjunto de cargos referentes a dada função e escalonados pelos seus padrões de vencimento não constitui o que os estudiosos de administração pública denominam *carreira*.[36]

Não havendo *carreiras* em nosso serviço público, também não temos verdadeiras *promoções*.

Não há dúvida que alguns autores, como, por exemplo, RUIZ Y GOMEZ, consideram promoção até o aumento puro e simples de

---

36 ASTÉRIO DARDEAU VIEIRA, *Seleção do Pessoal e Promoção do Funcionários*, pág. 16; *Como classificar os cargos*, pág. 21.

vêzes, preceitos simplesmente indicativos de época de promoção; todavia, ninguém ousaria lhes recusar direito a essa promoção, cruzando o Judiciário os braços, diante da rebeldia do Executivo em efetivar o acesso por meses ou anos a fio.

Estudando-se, por exemplo, o estatuto dos militares, vê-se que acesso não foi sequer incluído na parte relativa a seus direitos e vantagens (capítulo III, art. 67), mas em outro título (VI), sôbre a *carreira militar*.

O estatuto militar (Decretos-leis ns. 3.084 e 3.864, de 1941) e, principalmente, a lei de promoções do Exército, n.º 1.928, de 1939, regulam o acesso de modo indireto, fixando apenas os processos preliminares de escolha, a formação de listas e quadros de acesso e indicando as datas de promoção; ditas regras sequer se aplicam integralmente à Marinha ou à Aeronáutica, onde os regulamentos não consignam datas certas para as promoções, sem que isso coloque seus oficiais em posição inferior à dos colegas do Exército, eis que, desde 1873, a Lei n.º 2.296 se referia à anualidade das promoções na Armada, como fato suficiente para assegurá-las.

É certo que o art. 128 daquele estatuto assegura o direito de promoção por *antiguidade* desde o dia da vaga, mas além de não envolver a regra diretamente um prazo para execução, como pretende a recorrida, nada significaria, pois, o regulamento civil n.º 2.290, desde 1938, fôra, além, mandando contar a antiguidade na nova classe a partir da vaga, preenchível por *antiguidade* ou *merecimento*, até sua modificação pelo art. 119 do estatuto, que adotou outras regras.

Ambos os regulamentos, civil e militar, asseguram, ainda, reaparecimento ao funcionário nomeado (TEMÍSTOCLES CAVALCANTI — *Direito Administrativo*, vol. II, pág. 238); e ultrapassada a época normal da promoção, por qualquer critério haveria que satisfazer a diferença de estipêndio, pelo tempo da mora.

O mesmo sistema prevalece, assim, exatamente para os funcionários civis, onde, por igual, os regulamentos desceram a minúcia no preparo de quadros e na época de promoções, por quadrimestre, embora sem declaração precisa sôbre o prazo de execução, salvo a contagem de antiguidade em reaparecimento (Decreto n.º 2.290, de 1938).

Tal corolário se há de ter, porém, por implícito, e a solução, que se tomar em um setor, ampliado aos demais, nada autorizando, em princípio, uma solução diversa para civis e militares, ao menos no Brasil, e provàvelmente no estrangeiro, onde a querela não assentar em minúcias de direito positivo.

---

salário no mesmo emprêgo;[37] não é essa, todavia, a inteligência universal do têrmo.[38]

WILLOUGHBY, que muito bem estudou o assunto, afirmou que o aumento de salário é, apenas, o resultado colateral da promoção, que, com ela, todavia, não se confunde.[39]

---

37 RUIZ Y GOMEZ, op. cit., p. citada.

38 DALE YODDER, *Personnel and Labor Relations*, 1938, pág. 343; LEONARD D. WHITE, *Introduction to the Study of Public Administration*, 1939, pág. 368; LUCIUS WILMERDING, *Government by merit*, 1935, pág. 154; OLIVER FIELD, *ob. cit.*, pág. 136; THEAD e METCALF, *Personnel Administration*, 1933, pág. 206; JOHN M. PFIFFNER, *Public Administration*, 1935, pág. 223.

39 W.F. WILLOUGHBY, *Principles of Public Administration*, 1927, pág. 303.

Mas, se o govêrno deixar passar as épocas regulares, sem preencher vagas, ou abster-se de designar os membros das Comissões de Promoções, o direito dos militares, e dos juízes, como os dos burocratas, ficará, acaso, desamparado, sem mercê?

Ninguém o diria, a menos que se considerassem todos êsses preceitos como *leges imperfectas*, simples recomendações ou conselhos, o que seria incompatível com o regime de repartição de poderes.

Negue-se o direito, considerando-o condicionado, degrade-se seu conceito a situação genérica, expectativa ou simples interêsse, mas não se admita que a simples fixação de um prazo rígido na lei fizesse o milagre de afastar tôdas as dificuldades alinhadas de ordem substancial, como a imprecisão, a escolha e o arbítrio intransferível ao Judiciário.

Isso seria pagar-se com a simples letra, insuflar alento à *flatus vocis* ou espiritualizar a matéria, pois a regra que declarasse obrigatória a promoção em dia certo não se distanciaria, em essência, das que, com maior ou menor amplitude, aludem às promoções periódicas e ao processo de realizá-las.

De que maneira diversa se sancionaria a infração daquele preceito que mandasse, por exemplo, fazer as promoções até por merecimento dentro de 60 dias do implemento de vaga? Como resolveriam os autores nacionais e italianos as dificuldades dos juízes para reparar a ofensa, a menos que concluíssem em ambos os casos pela sua importância?

Então, o Decreto, minuciosíssimo, de promoções estaduais, em São Paulo, n.º 13.561, de 1943, a despeito das regras tomadas, aliás, dos modelos federais, também de nada valeria se o Govêrno não o quisesse cumprir. Como, pois, chamar a isso lei?

Na própria Itália, não existiria convincente justificativa para admitir, p. ex., que haja direito adquirido a promoção de militares e impere a irretroatividade de normas, nesse terreno, segundo sustenta o próprio CINO VITTA (op. cit., vol. II, pág. 509).

Será, como se declara, porque lá existe um texto de lei a respeito? Mas aqui existem êles. E para militares e civis, em planos semelhantes, não sendo excepcional "Qu'il existe pour certains fonctionnaires un statu légal" (BONÑARD — *Précis élémentaire de droit adm.*, 1926, pág. 79).

A indicação de um prazo rígido, ou de declaração do automatismo das promoções, não alteraria, assim, de uma linha a posição do problema, eis que o desrespeito a semelhantes normas ofereceria sanção diversa da dos preceitos indireta, e mais razoàvelmente, outorgam sadia discrição ao Govêrno sem

---

Só há promoção quando há aumento de responsabilidade, e só há aumento de responsabilidade quando há *carreira*, como no caso dos militares se verifica.

Não parece, pois, que possa ser invocado um suposto direito constitucional à carreira, direito que o legislador ordinário desconheceu e que, aliás, seria muito menos defensável que um direito à promoção, pôsto que, a ser reconhecido, seria um direito difuso entre todos os funcionários e não um direito subjetivo que possa ser invocado e protegido.

Essa distinção é importante, e PETROZIELLO, que, na Itália, melhor estudou os problemas decorrentes da relação de emprêgo,

40-41-42, PETROZZIELLO, op. cit., p. CCXCI.

lhe afligir com preceitos escusados, diante de uma aplicação, corrente e normal, de textos mais dúteis quanto ao prazo; se atrasaram por dificuldades técnicas, mas, realizadas recentemente, asseguraram a percepção de vantagens pretéritas, ainda nos casos de merecimento.

Na espécie, em debate, o fenômeno seria rigorosamente o mesmo que se processasse com a União: havia um diploma legal, regulador do processo de promoções, pressupondo claramente sua execução anual, embora sem determinação precisa de época, e seu cumprimento foi obstado *ab initio* pela não designação ou reunião do Comité de Promoções, ou Comissão Municipal de Serviço Público.

Não importa, ainda, o exemplo norte-americano, se se acentua que lá não há carreira nem acesso, em princípio, tanto que uma promoção equivale a nova nomeação; aliás, como na Inglaterra, os próprios juízes nunca podem pretender mudança de pôsto.

Tenho sempre o cuidado de não ver com olhos de civilista as relações jurídicas de direito público (Rec. extr. 5.890, 23 outubro 1944, Apelações ns. 8.083 e 7.131 e Rec. extr. n.º 5.243, a propósito de concessionários da recorrida *in Diário de Justiça*, 1944, pág. 5.360); mas, perfeitamente adequada é a extensão de um princípio de direito genérico, em suas fontes profundas, embora reproduzido no Código Civil, sob feição contratual:

> "reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento fôr maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer. Considera-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquêle a quem aproveita o implemento (art. 120)".

Apliquei-o em certo caso de oficial de marinha, atrasado na escala, porque fôra impedido ilegalmente de prestar exame, feito, porém, no ano seguinte; argumentava-se que constituiria simples hipótese sua aprovação anterior, que o Judiciário, assim, não poderia presumir (Apelação n.º 8.117, *in Diário da Justiça*, 1944, pág. 3.210).

E não destoei da boa prática desta Côrte, porque, em sua Jurisprudência (vol. 25, pág. 905), se encontra o acórdão de 14 de janeiro de 1935, na liquidação de sentença n.º 77, sob a seguinte ementa:

"A impossibilidade de prestar as provas para promoção ao pôsto superior se deve ter por justificada pela ilegalidade, judicialmente declarada, de afas-

---

distingue, expressamente, direito a promoção de direito à carreira, embora não reconheça êste nem aquêle.[40]

Para êsse autor, o interêsse do funcionário pode ter uma tutela mais ou menos eficaz, segundo o modo da promoção, sendo tanto menor quanto mais amplo o poder discricionário da Administração. Conclui, entretanto, que, ainda quando se trate de promoção por concurso, forma em que o poder discricionário quase desaparece, não se assinala a existência de um direito ao cargo, visto que a Administração pode, a qualquer tempo, suprimi-lo ou transformá-lo.

O que se reclama, todavia, no processo que deu origem a êste brilhante julgado, é mais do que o direito de ser promovido, mas o

tamento do oficial por efeito da reforma compulsória do serviço da ativa, porque só nesta poderia prestar ditas provas".

Por sistema diverso, ficaria impune a imensa maioria de lesões a direitos individuais praticadas pelo Estado, assim quanto a conseqüências próximas como a remotas; ao revés, o Poder Judiciário há de levar ao máximo os corolários da reparação, só estancando diante da impossibilidade física.

Nos casos de promoção por antiguidade, o problema é fácil e pode ser apreciado com precisão de datas e quantias; em certo caso, alegou-se até que a interessada estaria colocada em número inferior ao das vagas mas bastou a consideração do aproveitamento de candidatos mais distantes para justificar também a sua Apelação n.º 8.161, *in Diário da Justiça*, Supl., 1944, pág. 3.127).

Nos de merecimento, enseja-se, porém, maior arbítrio, apoiado na escolha, intransferível a terceiro.

Mas, em caso nenhum, de antiguidade ou merecimento, o Judiciário se substituiria ao Executivo, limitando-se ao terreno da reparação econômica, ao menos no regime atual; assim, as conseqüências por êle extraídas não envolveriam usurpação de atribuições, graduando apenas a extensão dos prejuízos, conforme a certeza ou a indeterminação dos interêsses apurados.

Na própria França, às vêzes, a anulação, reforma ou substituição do ato administrativo, se prefere uma indenização, fixável por arbítrio, v. g., 30.000 francos (*Rev. de Droit public*, vol. 45, pág. 160); em verdade tôda liquidação assenta em certo grau de probabilidade e só não atinge aos chamados sonhos de ganhos (FISCHER — *Danos civiles*, págs. 57 e 59).

A incerteza do benefício, maior ou menor, na espécie, aliás desprezível, porquanto os candidatos superavam às vagas existentes, pode se refletir no âmbito da reparação econômica, mas nunca impedi-la de todo, a menos que se trate de situação puramente aleatória, como no caso da Apelação cível n.º 7.372 (*Diário da Justiça*, 1943, pág. 1.251).

Por isso, nossa jurisprudência, em regra vacilante, a propósito de causas de funcionários públicos, é firme no sentido da proteção de direito daquele que alcançou o número um do quadro, ao tempo da abertura da vaga — *Diário da Justiça*, 1942, pág. 892, e 1944, pág. 5.061, e outras decisões, adiante indicadas.

PONTES DE MIRANDA sustenta, é certo, a possibilidade de alteração do regime de acesso, ainda nesse momento (*Comentário à Constituição de* 1937, pág. 187), mas é voz isolada, prevalecendo geralmente a solução apontada

---

de sê-lo em determinada época, restringindo, assim o princípio incontestável de que cabe à Administração determinar o "momento em que deve prover os cargos vagos".[41]

A tese é ainda mais arrojada e comportaria longo exame; contentemo-nos, todavia, com a afirmativa de PETROZZIELLO, para quem o empregado

> *"Non può affaciare il diritto ad essere promosso in un dato momento e non dopo".*[42]

Em que pese, portanto, ao erudito voto vencido, estamos em que o egrégio Supremo Tribunal Federal seguiu a melhor doutrina.

ALAIM DE ALMEIDA CARNEIRO

por TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, em contrário a fórmulas estrangeiras (*Dir. Adm.*, 2, pág. 238) segundo acordam os recorrentes.

O caso tem próxima semelhança com o das concorrências públicas e concursos, sendo possível que não se possa precisar o prejudicado, o que melhor prova prestaria dês que o promitente as impeça, mas nem por isso se justificaria o desalento de uma evasiva do Judiciário, tornando letra morta a que o Código Civil estabeleceu nos artigos 1.512 a 1.516, na órbita privada, assim, várias vêzes assegurado (*Revista dos Tribunais*, vols. 61, pag. 328, e 78, pág. 551), conforme pareceres de CLÓVIS BEVILÁQUA e CARVALHO MOURÃO e arrazoado de SABOIA DE MEDEIROS (*Rev. Jurídica*, vol. 19, págs. 104 a 122)), diante mesmo do óbice criado pela parte (*Revista Forense*, vol. 87, pág. 469); em direção análoga DOLOR BARREIRA (*Revista de Direito*, vol. 120, pág. 133) e ESPÍNOLA (*Manual Lacerda*, vol. 3, 1.ª parte, págs. 42, 91 e 96), êste dando certa proteção até a direitos futuros, como o chileno GOMEZ já referido.

Pode-se hesitar em atribuir a todos os concorrentes a mesma reparação, o que, aliás, não me repugnaria, em caso de malícia e a título punitivo para o promitente faltoso, mas alguma coisa se haverá de estabelecer, ao menos a título de interêsse negativo ou *in rem verso*, segundo ensina o mesmo ilustre PONTES DE MIRANDA (*Manual Lacerda*, vol. XVI, 2.º); assim, quando se deu a fusão da Faculdade de Direito, em 1920, achava-me, com outros colegas, inscrito em concurso, afinal desfeito pelo excesso de pessoal docente que dali resultou — conformamo-nos, todos, porém, em receber compensação oferecida pelas despesas ligadas ao preparo de concurso e à impressão da tese, o que, em princípio, autorizaria maiores exigências, se então as reclamássemos.

O mesmo acontece com o dano moral em face das dificuldades, de fixação da *pecunia doloris*, mas de qualquer modo não se deverá deixar impune o infrator — preferível será sempre uma estimação arbitrária, eis que a indenização constitui o máximo comum divisor jurídico. Assim, também ocorre nas obrigações de fazer, quando sua execução exigir violência à pessoa; o *nemo ad factum cogi potest* determina, por isso, a forma indireta de reparação aplicável ainda nas causas contra o Estado quando se considera impossível praticar o juiz diretamente o ato impugnado sem que a objeção do caráter exclusivamente político tenha o menor cabimento diante da ofensa de um direito individual.

O professor ODILON C. ANDRADE (*Serviços Públicos* — São Paulo, 1937), estremado adversário do privatismo e dos direitos adquiridos (*Revista Forense*, vol. 70, pág. 463), aliás não totalmente ausentes de trabalho de publicistas, bastando recordar DUGUIT, que os combate com veemência (*Droit Constit.*, vol. 3, § 65), conclui admitindo, em certos casos, a indenização para que "não se perca a confiança no direito (pág. 148)".

ANTÃO DE MORAIS e SÍLVIO PORTUGAL, em convincentes pareceres, acentuam como a supressão de cargos, por efeito de reforma, teria de ressalvar interêsses individuais (*Rev. Tribs.*, vol. 145, págs 473-8); MENDONÇA AZEVEDO (*A Constituição interpretada pelo S. Tribunal*, n.º 1.736).

As lições definitivas de RUI BARBOSA e PEDRO LESSA têm ainda todo o cabimento, como declarou, com prestígio inacessível, o Ministro FRANCISCO CAMPOS, ao abrir o ano judiciário de 1941, nesta Suprema Côrte, que considerou de caráter político sempre mantido, em expressões como as seguintes:

"Os vossos poderes não são apenas os da justiça comum ou ordinária. A Constituição vos outorgou poderes de Govêrno. As vossas mais altas instituições têm, portanto, raízes na política e nas atmosferas de política se encontram os princípios sôbre os quais trabalha vossa técnica. Decidindo a questão, decidis, embora reflexa, oblíqua ou indiretamente, sôbre a política

legislativa do Govêrno. Sois o juiz dos limites do poder do Govêrno" (*Revista Forense*, vol. 86, pág. 694).

Na própria França a execução do "acte de gouvernement", que corresponde aos nossos atos políticos, sofre temperamentos capazes de excluir as "lesões a direitos individuais (WELTER — *Contrôle jurisdictionel de la moralité administrative*, 1929, pág. 62).

Quanto às objeções em têrmo da feição inexpressiva de interêsses inobjetiváveis ou inconcretizáveis, pois haverá sempre probabilidades para um cálculo, que, no momento, não interessa determinar, podendo agravar-se ainda o tônus da indenização, em face da atitude assumida, posteriormente ao julgamento declaratório.

O jurista não se pode equiparar ao burro de Buridan, que morreu de fome por não ter motivos para escolher um dos molhos de feno, nem ao avarento de Tomas Reid, que não dava esmolas para não preferir qualquer das moedas idênticas, contidas em seu saco.

Na espécie, não houve, sem dúvida, escolha ou preferência, mas recusa na prática de atos, que as pressupusessem, o que se torna mais grave do que a própria preterição.

A demonstração inequívoca da precariedade de argumento encontra-se na concessão feita pelos partidários da abstenção e da lavagem de mãos; o não provimento a ninguém prejudica, ao contrário da escolha de quem não poderia ser contemplado, caracterizadora, esta sim, de uma lesão positiva.

Mas, onde a diferença essencial no terreno de prejuízo e da conseqüente reparação, máxime se se admitir que o juiz não pode refazer o ato, mas anulá-lo e quedar inerte, voltando à primeira forma, sem meios sequer para compelir a paralisação das vantagens fruídas pelo usurpador, se o Estado não as fizer estacar? Para mim, os atos têm, aliás, a mesma gravidade, especialmente na órbita econômica.

Se há cinco concorrentes e nenhum é nomeado, a situação é idêntica à nomeação de um sexto, estranho, pois as probabilidades de interêsse ferido são as mesmas, e a incerteza da ofensa para cada um rigorosamente igual, não se concedendo ação para um efeito simplesmente moral, isto é, a volta ao *statu quo*, afastado o intruso, o que, isso sim, poderia envolver excesso de intervenção judicial.

O parecer de CARLOS MAXIMILIANO, às vêzes apontado (*Diário da Justiça*, 1944, pág. 2.957), só autorizaria a uma repristinação teórica anulando a promoção indébita, sem indicação de outra, e tornando vã a ação, apresentada, assim, com verdadeiro caráter popular (*Arquivo Judiciário*, vol. 321, pág. 79).

Na França, se existe a demonstração de certo interêsse, embora, de modo lato, para se evitar mera ação popular, mas se assegura reparação eficaz ao lesado (GASTON JÈZE — *Rev. de Droit Public*, 1928, vol. 45, págs. 133 a 193), assim como na Itália (VITTA — *Dir. Amm.*, vol. 1, págs. 574 e 621), sem falar no caso do contencioso da declaração, admitido na França, como em Portugal em bem da pureza teórica da lei administrativa em têrmos análogos ao recurso de cassação na defesa da lei privada.

A alegação de que, em um caso, a lesão seria definitiva e noutro provisória, não basta, porque não só outro ou o mesmo administrador poderia desfazer o ato ilegítimo, como, de qualquer maneira, o prejuízo correspondente ao período de inércia, que se pode prolongar anormalmente, como na espécie presente, exigiria reparação adequada.

No caso, por exemplo, do Govêrno não aposentar o funcionário que atingiu a idade limite, retardando abusivamente a expedição do decreto, o funcionário a que tocasse, v. *g.*, a promoção poderia pedir a diferença de vencimentos, sem que a invocação de conveniência ou discrição pudesse obstá-la.

É irrecusável a existência de dificuldades e de obstáculos lógicos e jurídicos para a perfeita solução de problemas assim criados pelo desrespeito à lei, mas não a ponto de se tornarem irremovíveis, a justificar atitude de desânimo e de tolerância pela lesão franca de direito.

Não se adiantaria, naquela hipótese de escolha ilegítima de terceiro, um passo no sentido da caracterização de dano, a propósito de cada um dos interessados, que teriam de demonstrar sua possível entrada em lista e o exame de títulos, de modo que a lesão em essência seria a mesma que no caso de omissão; em ambos se ensejaria a desculpa de falta de adminículos, nada restando ao Judiciário senão reparar indiretamente a menos que, por irrisão, se pudesse êle conformar com *neminem lædit* por quem *jura suo utitur*.

Que no sentido de nosso direito não seria o de abdicação em casos tais, basta recordar a regra, ao contrário, inscrita na Lei n.º 191, de 1935, a propósito do mandado de segurança:

> "Quando o direito ameaçado ou violado seja "certo e incontestável, mas não se tenha individualizado o titular respectivo, cabendo, indeterminadamente, a uma ou determinadas pessoas, qualquer delas poderá impetrar mandado de segurança para que o mesmo seja garantido a algumas delas (Lei n.º 191, art. 6.º, § 1.º)".

A reprodução, em essência, dêsse texto, no Código de Processo Civil (artigo 319), ainda que de modo mais sintético, não lhe alterou o sentido impressionante de norma altamente moralizadora para o prestígio do direito, segundo acentuaram todos os seus comentadores: CASTRO NUNES (*Mandado de segurança*, pág. 199), TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, que aludiu ao direito comparado (*Mandado de segurança*, pág. 163), MACHADO GUIMARÃES (*Comentários* ao art. n.º 319), etc.; a justificação da emenda feita pelo então deputado professor FERREIRA DE SOUSA e outros concretizará rigorosamente o caso de cinco concorrentes, sendo a sugestão aceita pelo relator LEVI CARNEIRO, ainda em aparte a discurso do proponente (*D. Cong. Nac.* — 29 de dezembro de 1935, págs. 10.137 e 10.143, de 21 de novembro de 1935, página 6.029). DUGUIT estende o interêsse da reclamação de modo amplo (*Direito Constitucional*, vol. 3, § 63, pág. 137) e já vimos como JÈZE rescenceou a fixação construída pelo Conselho de Estado.

Nem por estar incluída a propósito de um remédio excepcional ou por se apresentar como idiotismo na legislação comparada, perderia tal preceito o caráter genérico, que caracteriza no direito pátrio o interêsse protegido na aplicação da norma jurídica, de modo que a indeterminação não excluiria a proteção e a defesa dos direitos e interêsse.

Irrecusável se apresenta, portanto, a existência de um direito genérico a promoção, inscrita na Constituição federal e desenvolvido em leis federais e locais com possibilidade de correição judicial, embora indireta, máxime no caso de sua negação total ou infração absoluta, com desrespeito dos textos que o regulamentarem.

Várias decisões têm sufragado êsse direito a promoção resultante da carreira, como o recente acórdão da mesma Primeira Câmara, do Tribunal de São Paulo, inserto na *Revista dos Tribunais*, confirmatório de sentença do Dr. CLÓVIS DE MORAIS BARROS anulando o ato e mandando, até, promover o autor (vol. 151, pág. 698).

Inútil seria ainda, em rigor, transferir o debate para o campo dos direitos adquiridos, que, perdendo, embora, a categoria constitucional, mantiveram, até 1942, a conceituação peculiar, inscrita na antiga lei de Introdução do Código Civil.

De passagem, permito-me, apenas, recordar que sempre sustentei os defeitos da definição, embora dela resultasse, de qualquer forma, a hipertrofia de conceito de direito adquirido para alcançar, no Brasil, o que, em outros países em geral, se teria por meras expectativas. Em crítica a acórdão do Tribunal do Ceará desenvolvi êsse ponto de vista (*Rev. Crit. Judiciária,* vol. 11, pág. 150), que também vi sustentado por CARVALHO SANTOS (*Código Civil interpretado,* vol. 1, pág. 42), MELO ROCHA (*Revista Crit. Judiciária,* vol. 16, pág. 315, e *Rev. de Dir.,* vol. 86, págs. 285 e 485), EDMUNDO LINS (*Rev. Dir.*, vol. 80, pág. 92), e vários outros juristas de nomeada.

Todavia, recentemente, se pronunciaram sôbre a primeira asserção, contrariando-a formalmente, EDUARDO ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO (*Tr. de Direito Civil,* vol. 2, pág. 270 — *Lei de Introdução,* vol. 1, pág. 352), sob o fundamento de que só são proibidas as condições potestativas puras e a favor do devedor, e OROZIMBO NONATO, em voto nesta Côrte, tendo-a por envolvente de petição de princípio (*Diário da Justiça,* 1944, pág. 5.177).

Data venia, não se convenceram as outras censuras, máxime quando os primeiros opositores reconheceram a contradição flagrante entre o art. 3.º, § 1.º, da Introdução e o art. 118 do Código Civil, como PONTES DE MIRANDA ao salientar também vários defeitos daquela fórmula, e o próprio ESPÍNOLA pràticamente ao adotar a solução que tenho propugnado, no caso Guaianás, adiante referido.

Posso, por isso, repetir:

1.º, que tal definição é ímpar no direito universal, como se pode fàcilmente ver na coleta de FERREIRA COELHO (*Comentários ao Código Civil,* vol. 2, págs. 71-79), provinda, como foi, do projeto COELHO RODRIGUES, que, aliás, não contemplava texto correspondente ao atual art. 118;

2.º, que o art. 3.º, § 1.º, girava em órbita diversa dêsse outro, abrangendo assim todos os ramos de direito (*Rev. Dir.*, vol. 86, pág. 49);

3.º, que só se poderia dirigir ao legislador, eis que o particular não poderia prescrever leis retroativas;

4.º, que a palavra *condição* não corresponderia a seu sentido técnico, de acontecimento incerto e futuro, não dependente exclusivamente das partes, tanto mais quanto teria de pressupor a letra do art. 115, e não quaisquer restrições doutrinárias, por mais autorizadas que fôssem e que nós mesmos sustentamos longamente (rec. extr. n.º 5.832 — *Rev. Direito,* vol. 148, pág. 48); ESPÍNOLA mostrou, aliás, como o Código Civil emprega o têrmo em múltiplas acepções (*Manual Lacerda,* vol. 3, parte 2.ª, pág. 50) e CLÓVIS também não disse coisa diversa em vários pareceres adiante lembrados;

5.º, que assim quis o legislador sublimar a proteção do direito adquirido, levando-o aos casos de pendência, até à verificação de prazo ou de condição ou, melhor, de cláusula por êle próprio estabelecida;

6.º, que, por isso, as opiniões emitidas no estrangeiro não poderiam ser aqui recebidas senão *cum grano salis* (*Rev. Dir.,* vol. 86, pág. 494).

A crítica, feita sob o ponto de vista lógico, tolera, *data venia,* perfeita inversão, pois, para sustentar a solução, aliás tècnicamente defeituosa, a cláusula final do texto resultando inócua, seria preciso sustentar que em 1891 e 1899, quando se elaboraram a Constituição e o Código, já estariam excluídas a influência privatística e a natureza contratual do serviço público, então dominante na doutrina e no pretório pátrios — bastaria, para não trazer um exército, a ajuda de CLÓVIS (*Soluções práticas,* vols. 1, pág. 21, e 2, pág. 65); hoje, sim, domina a teoria estatutária, mas a despeito da debilidade do elemento histórico para submeter o antigo art. 3.º, § 1.º, aos novos princípios, seria mister grande violência verbal e de sentido. Além do anacro-

nismo se exigiria generalização extrema, pois o texto não abrangeria apenas relações oriundas de empregos públicos; VIVEIROS DE CASTRO, autor do famoso voto que, em 1918 (ap. 2.847, *in Rev. For.*, vol. 31, pág. 119) fulminava a explicação contratual nessa matéria, como velharia, em 1925, admitia ainda que relações contratuais se estabelecessem entre o Estado e os estudantes para que êm cursos não sofressem modificações por leis posteriores (*Arq. Jud.*, vol. 7, pág. 455).

Da definição defeituosa resultou, pelo menos, a variabilidade de nossa jurisprudência, exatamente no campo do direito administrativo, onde as relações jurídicas se formam entre o funcionário e o Estado, e não entre particulares, e o art. 3.º, § 1.º, da Introdução foi centenas de vêzes invocado em oposição a atos tidos de natureza pública.

Por isso, a proteção a direitos, considerados, pela técnica comum, condicionais e eventuais, tem variado quase ao infinito e sòmente a partir da vigência da nova Introdução se poderá contar com a estabilização do pêndulo. A despeito de todos os freios e das novas doutrinas, a noção ampla e original do direito adquirido repontava subconscientemente, de quando em vez, e assim o Supremo Tribunal chegou a conceder mandado para que um estudante seguisse o curso pela lei anterior (*Arq. Jud.*, vol. 55, pág. 119) como a assistentes de professôres (*Arq. Jud.*, vol. 42, pág. 160), até *habeas-corpus*, para que a reforma do ensino Rocha Vaz não alcançasse os acadêmicos, já então matriculados (*habeas-corpus* n.º 16.175, *in Arq. Jud.*, vol. 7, pág. 453).

Essa a mentalidade judicial, que hoje pode ser tida por abusiva ou romântica, mas que se esteava na hipertrofia do direito adquirido.

Sem pretender, o que, aliás, seria inútil, um levantamento completo da jurisprudência desta Côrte, em matéria de emprêgo público, animo-me a apontar apenas os traços gerais demonstrativos da hesitação que sempre denunciou, diante de hipóteses semelhantes.

Assim, em matéria de garantias, ora se apoiou no feitio contratual rígido para o emprêgo público, a fim de que prevalecesse a lei do dia da admissão do funcionário (*Revista de Jurisprudência Brasileira*, vol. 39, pág. 35; *Revista do Supremo Tribunal Federal*, vols. 28, pág. 215, 57, pág. 202, 60, pág. 122 e 63, pág. 166), ora tolerou a incidência de normas gerais modificadoras de situação jurídica genérica, favorável ou prejudicial aos funcionários (*Revista do Direito*, vol. 99, pág. 316, e acórdão recente de SEABRA FAGUNDES, *in Revista dos Tribunais*, vol. 136, pág. 276).

Para a promoção por antiguidade, ora assentou a intangibilidade geral de escalas e quadros (*Revista de Direito*, vols. 11, pág. 83, e 33, pág. 497, e *Revista do Supremo Tribunal Federal*, vol. 48, pág. 131, *Arquivo Judiciário*, vol. 46, pág. 105, parecer do Procurador Geral PIRES E ALBUQUERQUE na Apelação n.º 5.782), até contra lei expressa (*Diário da Justiça*, 1943, pág. 151), ora exigiu atingisse o lesado o primeiro lugar na colocação para poder reclamar (*Revista do Supremo Tribunal Federal*, vols. 32, pág. 135; 33, pág. 77; 63, pág. 107; e 69, pág. 579); ao caso dos Juízes locais uma lei veio manter o princípio anterior para a promoção de todos os antigos magistrados (n.º 4.988, de 8 de janeiro de 1926), tornando o primeiro pleito sem objetivo, não tendo tido o segundo ainda solução definitiva (Apelação n.º 6.024), ambas as sentenças, porém, favoráveis aos autores.

Quanto ao mínimo de aquisição de direito a vaga já aberta, a jurisprudência se mostrou, por exceção, firme (*Rev. Tribs.*, vol. 136, pág. 233, parecer de GALLOTTI, *in Arq. Jud.*, vol. 50, pág. 429); demonstração eloqüente foi feita na oportunidade já referida, por MELO ROCHA, o homem que me deu a impressão de mais profunda cultura técnica no país, embora sem o renome correspondente, ante a reduzida produção que deu a público.

No tocante a aposentadoria, a controvérsia se pôde restringir, ora se aplicando rigidamente a lei vigente na data do direito, ora se prolongando a eficiência da antiga (*Rev. Dir.*, vol. 52, pág. 511), ao menos, se, quando abolida, já o funcionário perfizera as condições exigidas para alcançar a vantagem (*Rev. de Dir.*, vol. 131, pág. 83; *Rev. Trib. Federal*, vol. 62, pág. 58; e *Rev. dos Tribs.*, vol. 131, pág. 233 — *contra Rev. Dir.*, vol. 111, pág. 282, por não se ter usado oportunamente da faculdade — GALLOTTI, *in Arq. Jud.*, vol. 44, pág. 79, e *Boletim Jud.*, Estado do Rio de Janeiro, vol. 1.º, pág. 156, salvo se já requerida — *Rev. For.*, vol. 87, pág. 428); não, porém, quando ainda estivessem pendentes (*Arq. Jud.*, vols. 32, pág. 474, e 33, pág. 77. D.A.S.P., *in Diário Oficial* de 1 de abril de 1942, pág. 5.308, *Arq. M. Justiça*, vol. 6, pág. 193; *Rev. Forense*, vols. 82, pág. 698, e 64, pág. 37; *Diário da Justiça*, 1944, pág. 979; e *Rev. S. T. Federal*, vol 7, pág. 381).

No que tange com a reforma dos militares, alguns arestos chegaram a afastar, por ilegítimas, as leis que diminuíram a idade da compulsória, sem respeitar a situação dos que já tivessem alcançado o pôsto (caso do General Pedra — *Rev. Dir.*, vols. 80, pág. 92; e 87, pág. 224, MENDONÇA AZEVEDO, op. cit., n.º 285); outros, porém, em maior número, tiveram por válidas e sem óbice as reduções de idade exigidas pelos interêsse público (*Arq. Jud.*, vols. 34, págs. 31 e 252; 29, pág. 320; 16, pág. 32; e 18, pág. 272; *Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, vols. 21, pág. 697, e 38, pág. 240; e *Rev. Forense*, vol. 90, pág. 109).

O montepio foi tido por inalterável (*Rev. S. T. Federal*, vols. 7, pág. 423; e 25, pág. 99) e até a inamovibilidade de professôres (*Rev. Forense*, vol. 70, pág. 550), como as vantagens de inatividade de funcionários, inclusive da ora recorrida (*Diário Justiça*, 1942, pág. 892) e a permanência do critério de antiguidade (*Jurisprudência do S. T. Federal*, vol. 22, pág. 78 — contra — *Diário da Justiça*, 1944, pág. 4.041).

A pedra de toque foi, porém, o caso das gratificações adicionais, por tempo de serviço, dependentes de têrmo e até de condição, como bons serviços ou feitura de livros didáticos.

Nesse terreno, o Tribunal, em princípio, recuou do veto à irretroatividade, fundado em distinção, a meu ver incabível, entre gôzo e exercício, pois oriunda do estrangeiro, aqui não encontraria apoio na regra constitucional, nem na conceituação exagerada e original do direito adquirido, pelo art. 3.º, § 1.º, da lei introdutória.

Quando o Estado prometia vantagens pelo tempo de serviço futuro, sujeitava o direito a têrmo ou condição inalteráveis a seu próprio arbítrio, em face do preceito constitucional que vedava a prescrição de leis retroativas (acórdãos do Rio Grande do Sul, *in Arq. Jud.*, vol. 54, pág. 316).

A verdade, porém, é que a Suprema Côrte prestigiou a aplicação imediata das leis revogatórias de adicionais no Ministério da Viação, em 1912 e 1916 (*Rev. Direito*, vol. 193, pág. 357; *Rev. S. T. Federal*, vols. 35, pág. 114, 50, págs. 1 e 110; e 10, pág. 109), com prejuízo das situações em curso, embora tivesse antes assegurado o acréscimo a certos docentes, como ao egrégio João Vieira de Araújo (*O Direito*, vol. 117, pág. 383). No caso do professor estadual Alonso Guaianás (rec. extr., n.º 1.271) os votos eruditos de EDUARDO ESPÍNOLA, LAUDO DE CAMARGO e CARVALHO MOURÃO, de acôrdo com o parecer de PIRES E ALBUQUERQUE, sustentaram, porém, a invulnerabilidade da condição em curso, a despeito de recusarem a tese contratual (*Revista Forense*, vol. 65, págs. 532 e segs.; e *Rev. Jurisp. Brasileira*, vol. 33, pág. 202), embora, prevalecesse, afinal, a conclusão do Ministro ARTUR RIBEIRO, assente, aliás, em outro fundamento, qual o da redutibilidade cons-

titucional de vencimentos, salvo os de magistrados, hoje admitido (Parecer e julgados, *in Rev. Tribunais*, vol. 152, págs. 13 e 177), sem mais reservas, com as que tanto reclamara HENRIQUE COELHO, mas que na espécie estaria deslocado, chegando a provar de mais, isto é, a própria supressão de adicionais, já concedidas e percebidas, o que não se debatia.

Não aludo aos recentes e numerosos casos vindos da Bahia, porque, também, outra razão se insinuara qual a da aprovação de atos do Govêrno Provisório, como na órbita federal, pela Assembléia Constituinte do Estado (*Rev. dos Tribunais* da Bahia, vols. 29, pág. 62; 30, pág. 297; 31, pág. 68; e 32, pág. 51; *Diário da Justiça*, 1942, págs. 654, 1.000, 1.367; e 1.944, pág. 489, etc.), mas aos do Ceará, em que prevaleceu a proteção de acréscimos progressivos de estipêndio (*Rev. Crit. Jud.*, vols. 7, pág. 315; e 11, pág. 151; e *Rev. Direito*, vol. 93, pág. 369).

Mas, já ficou observado não interessaria qualquer discussão em tôrno da extensão de direitos adquiridos, uma vez que, na espécie, não se aponta, ao menos com resultado prático, a revogação de qualquer preceito, antes ou depois da abertura da vaga, tudo se resumindo na escusa silenciosa no seu preenchimento e no desrespeito às regras reguladoras do processo preparatório para as promoções, à conta do Poder Executivo.

Por isso, seria admissível sustentar-se, sem qualquer estôrvo, a aplicação imediata de leis modificadoras do *status* funcional, ainda mesmo que já aberta a vaga, dando-se, assim, curso livre às diretrizes favoráveis à ampliação irrestrita de atividade estatal (ainda recs. extr. n.º 8.471, desta turma, relatado por ANÍBAL FREIRE — *Diário da Justiça* — 1945, Supl., págs. 23 e 6.412, julgado em 27 de dezembro p.p. e decisão do Tribunal de Apelação dêste Distrito redigida por SERPA LOPES, *in Diário da Justiça*, 1944, pág. 2.305).

Tôdas as mutações no estatuto seriam, destarte, toleráveis, ainda que com ofensa de interêsses e até de direitos adquiridos, que hoje, aliás, poderiam ser transpostos por dispositivos expressos, mesmo sem a reparação econômica, aconselhável por elementar justiça em casos tais; nunca se recusaria, aliás, que o Estado pudesse suprimir empregos, embora compensando os titulares dos prejuízos sofridos, como ressalvam TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI (*Trat.*, vol. 3, pág. 388) e os pareceres já colecionados de ANTÃO DE MORAIS e SÍLVIO PORTUGAL.

Prevalece, irrestrito, o interêsse público, mas não se anule *ex-radice* todo e qualquer direito do funcionário, sem possibilidade de indireta compensação; o ilustre advogado da recorrida ao traçar os contornos do ato — união que propugnava para o emprêgo público, destacou a equação econômico-financeira do funcionário, regularmente assegurado (O. A. BANDEIRA DE MELO *in Direito*, vol. 24, pág. 98).

Sòmente uma barreira encontraria o legislador ordinário — a dos direitos assegurados constitucionalmente; assim, a supressão de serviços não prejudicaria os funcionários vitalícios e estáveis, como as reformas e as aposentadorias, nos casos previstos na Constituição.

De tais limites me tenho aproximado, procurando prestigiar, ao máximo, as medidas ditadas pelo bem público, ainda que em prejuízo de interêsses, que não chegaram a constituir direitos adquiridos, salvo, ainda, a ofensa, expressamente determinada pelo legislador, hoje absoluto com a erradicação da cláusula constitucional.

Diz-se inexistir um só precedente, obrigando o Estado a fazer promoções, mas, em vão, se procurará até hoje nos anais administrativos a paralisia do acesso em bloco, por tanto tempo, e à distinção pregada, entre direito à carreira em geral e direito a determinada promoção, corresponderiam lesões específicas, sendo que no caso do acórdão citado pela recorrida, dêste Distrito

Federal, de 1943, houve interferência de lei nova e não de simples arbítrio governamental.

Mas, na presente espécie, não houve supressão de vagas, nem alteração de carreira — esta, ao revés, fôra pouco antes ampliada por vários atos da autoridade precedente, embora os lugares não preenchidos, ficando em ser as verbas orçamentárias.

Ao arbítrio do legislador, que poderia suprimir as vagas, como o fêz a recorrida, em caso análogo, segundo alegam os recorrentes, e faz diàriamente o D.A.S.P., e, bem assim, reduzir as probabilidades de acesso, se substituiu, na hipótese, o arbítrio do administrador em não cumprir as leis, mediante simples omissão, que se pretende ter por legítima.

Nem a fórmula simplista de que tal implicaria, menos do que a supressão dos cargos e a ofensa direta a direitos e interêsses, afastaria a solução ilegítima, ainda que também relegado do debate o princípio da continuidade administrativa, tão chocantemente pôsto à prova na hipótese.

Não posso aceder à sedutora argumentação, tolhido por primacial distinção, que põe em terra o motivo principal, versado, em todos os tons, nos brilhantes arrazoados e nos eruditos pareceres, favoráveis à recorrida.

Assentam êles fundamentalmente, na lição estrangeira, que atribui desmesurado arbítrio à administração, quando exatamente, na França e na Itália, de onde provém, o estatuto dos funcionários é antes regulamentar do que legal.

Todos os tratadistas salientam e deploram a situação, aludindo à secular campanha desenvolvida para alcançar o traspasse de órbitas, apenas atingido fragmentàriamente, diante de poderosos interêsses políticos, como depõe insuspeitamente GASTON JÈZE (Rev. cit., vol. 45, pág. 500).

HAURIOU declara que as promoções podem ser reguladas por simples atos ministeriais sem nenhuma garantia, a título de meras mutações de emprêgo, mas podem também ser regidas por leis ou regulamentos do Chefe de Estado, tornando-se *"des avantages de la fonction et comptant dans l'état du fonctionnaire, car la violation des règles peut donner lieu à recours par excès de pouvoir"*;

Nesse terreno são privilegiados juízes, militares e docentes (*Précis de droit ad.*, 8.ª ed., pág. 636).

BERTHÉLEMY mostra como, até a Terceira República, salvo exceções, nada se conseguiu nas leis de finanças anuais, além de: *"preciser les cadres, les nombres des emplois et le chiffre des traitements, sans contenir aucune limitation serieuse au pouvoir arbitraire des ministres, quant'aux nominations et aux avancements"* (BERTHÉLEMY — *Traité él. de Droit ad.*, 1926, pág. 71).

A própria ação do Conselho de Estado é débil porque: *"Malheureusement, il advint le plus souvent que les ministres dont les actes étaient ainsi censurés par le Conseil D'Etat ne craignirent pas de modifier les réglements qu'on leur reprochait d'avoir meprisés afin de maintenir en place les agents qui avaient beneficié des dispositions illegales justement condamnées"* (pág. 7), o que ALESSIO, na Itália, apreciava de outro modo, para mostrar que a garantia não seria perfeita enquanto *"non sottrato alla contringente disciplina della stessa amministrazione"*. (*Istit. di dir. ammin.*, 1923, vol. 1, pág. 420).

Concluía aquêle mestre:

"Ceci demontre plus clairement encore la nécessité de substituer ici la loi au décret et justifier l'action opiniâtre des associations des fonctionnaires pour arriver à cette fin.

De l'ensemble des mesures appliquées en vertu des divers décrets, nous pouvons déduire ce qu'est non statut légal, mais le statut regimentaire de la plupart des fonctionnaires publics" (172).

WALINE confirma a competência do executivo francês, nessa matéria (*Manual de dr. ad.*, pág. 341), e BONNARD se reporta aos abusos apenas afastáveis quando as modificações emanarem de autoridade *"qui est placée en dehors et au dessus de la hiérarchie administrative"* (op. cit., pág. 230).

DUGUIT recorda que, para muitos funcionários, a situação é regulada por simples decreto e se acha, assim, "à la discretion du gouvernment", e em relação a outros servidores nem se pode dizer que tenha estatuto positivo (*Dr. const.*, vol. 3, § 65, pág. 149); a seguir, justifica a conveniência do estatuto em proveito do serviço público e indiretamente do funcionário, embora para lhe compensar novas e especiais obrigações, com vantagens legítimas, inclusive quanto a lhes assegurar "un avancement régulier" (pág. 160).

Na Itália, o problema é ainda mais expressivo:

CINO VITTA, estudando as fontes da relação de emprêgo público, confessa que:

"La fonte principale è il regolamento emanato dalla amministrazione del rispetivo ente publico; leggi e contratti hanno carattere accezionale"; fracassando tentativas para que o legislativo tomasse a matéria, ao menos sob a forma de competência delegável (*Diritto amministrativo*, vol. II, § 96, pág. 440), ao contrário do que acontece no direito alemão, onde a lei domina (vol. I, § 21, pág. 601).

PETROZIELLO lembra como o regime fascista volveu à rigidez regulamentar, salvo para militares e magistrados (op. cit., CXVI-CXVIII).

WALINE admite, assim, que não só a autoridade legislativa, como a governamental, possa a todo momento modificar a organização do serviço *"sans être genée par des droits acquis"*, a tomar quaisquer medidas, inclusive supressão de empregos (*op. cit.*, pág. 345), salvo a apuração de desvio de poder (pág. 356). Também, na Itália, a administração é arbitrária e, assim, não sujeita, em regra, a prazos para agir, nem seu silêncio pode ter significação, para obrigá-la a agir. (CINO VITTA — *op. cit.*, pág. 580); todavia, a jurisprudência tem afirmado que: *"il lungo silenzio, in specie, dopo la messa in mora da parte dell'interessato equivalesse a rinfiuto e quindi danno adito alla giurisdizione amministrativa"* (págs. 621-3).

Entre nós, nunca se tolerou, entretanto, a menor dúvida a respeito, nítidos como são os campos de atividade do Executivo e do Legislativo: àquele nunca competiu, no Brasil, criar empregos, fixar vencimentos, regular promoções, graduar critérios, estabelecer direitos para funcionários — tal ainda o motivo por que deixei, exatamente, de atender à reclamação de concorrentes a cargo de fiscal de impôsto de consumo, fundada em preferência meramente regulamentar (*Apelação* n.º 7.912, *in Diário da Justiça*, 1944, Sup., pág. 1.725).

Inútil é, ainda, a invocação de atos municipais, de 1932 a 1934, que punham o preenchimento de cada vaga ao arbítrio do administrador, por evidentemente ofensivos da Constituição; o máximo tolerável seria abrir-se oportunidade à proposta de supressão, mas nunca deixar sem provimento um cargo incluído nas leis e orçamentos e cujos créditos não poderiam ser aplicados a outros fins, sem ofensa a princípios de contabilidade pública e até de caráter funcional punitivo.

Em contraste, ao Legislativo não se toleraria invadir a seara governamental, disfarçando nomeações com preceitos de favor, como aconteceu com certo caso de indicação nominal passado ao tempo da Presidência Venceslau Brás, e repelido pelo então Ministro da Justiça, Carlos Maximiliano, embora tolerado por esta Côrte, na hipótese de médicos da Saúde Pública em número

determinado que tiveram seu concurso anterior revalidado, caso mais flagrante que o dos médicos da Prefeitura, aludido pelos recorrentes.

A supressão de vagas só se poderia dar, assim, por ato legislativo e não pelo Executivo, ainda que de modo vago e indefinido, como seria, quiçá, lícito na Itália e na França, ante o argumento banal de que, quem pode o mais, pode o menos.

Nem a cumulação transitória de funções nas mãos de um só titular autorizaria equívoco ou confusão mais claramente indefensáveis ao tempo da dicotomia de poderes municipais: os Decretos ns. 1.202, de 1939, e 5.511, de 1943, destacam árduas atividades, com maior nitidez, do que na esfera central (arts. 17 e 32); é que os simples decretos estaduais e municipais se distinguem, em sua própria formação, dos decretos-leis da mesma categoria, dependentes êstes de pronunciamento da Comissão Administrativa e, às vêzes, até de *placet* superior (art. 17).

O Tribunal de São Paulo já acentuou a distinção (*Rev. Tribs.*, vol. 137, pág. 653), mostrando, em ação declaratória, como a presente, ser inócua a modificação do estatuto emanada de fonte executiva ou regulamentar, e OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO já destacou uma conseqüência do sistema, separando a disciplina legal da meramente regulamentar, em função de cargos e escalas, para caracterizar funcionários, nomeados, e salariados, simplesmente admitidos (*Direito*, vol. 24, pág. 96).

O Prefeito poderia, assim, reduzir quadros e suprimir promoções conseqüentes, ainda que ofendendo direitos e interêsses, mas sòmente pela forma específica do ato legislativo, e não de mero decreto ou por simples inação, vedado, ainda o abuso, que ao próprio legislador alcançaria; PONTES DE MIRANDA, insuspeito no assunto, como já vimos, declara que importaria em fraude à Constituição estabelecer, por exemplo a lei, para a promoção de juízes, cem vagas por antiguidade e uma por merecimento, ou vice-versa, não podendo o arbítrio exceder do total dos componentes do quadro (*Comentários à Constituição de* 1937, vol. 3, pág. 186).

Mutatis, mutandis, a fraude à lei contaminaria idênticas práticas, em prejuízo do direito ao acesso, genèricamente outorgado ao funcionalismo, afastado, assim, o apêlo ao discricionário poder administrativo, que os escritores italianos, principalmente, proclamam com tanto entusiasmo.

Acabamos de mostrar que o discricionário não pode transformar-se no arbitrário e, se, deixando à margem a estreita legalidade, não pode chegar ao outro extremo, o da oportunidade, ao menos, alcançará o meio têrmo evitando, não apenas o abuso, de que o Estado também pode ser acusado (*Arq. Jud.*, vol. 24, pág. 189), mas o desvio de poder, que abrange a defesa dos limites da competência, ainda no campo tìpicamente jurídico.

Em todos os países se acentua a restrição, em têrmos razoáveis, ao discricionário, tendo-se em atenção, principalmente, motivos e fins das leis e dos atos administrativos; quase todos os autores, citados pela recorrida, ressalvam, fora dos casos de *attività vincolata* ou de *pouvoir lié*, o exame do abuso do poder em função dos fins da lei, como, *v. g.*, RENARD na introdução a WELTER, ZANOBINI e WALINE.

Na Itália e na França, principalmente, a tarefa do Conselho de Estado se vem orientando no intuito de acentuar um contrôle jurisdicional, avançado, porque não só alarga a medida no interêsse, quanto ao recebimento de reclamações, como amplia os efeitos da direta anulação dos atos fulminados, mais livremente do que entre nós (G. JÈZE, *in Rev. Dir. Público*, vol. 45, págs. 155-7).

MARCEL WALINE é perfeito no acentuar a existência de dois graus na execução de seu papel pelo administrador:

1.º) não esquecer o interêsse público, que baliza os poderes discricionários e o arbítrio, a fim de não agir por vingança ou interêsse pessoal;

2.º) mais delicado e assim descrito: *"il ne suffit pas qu'il poursuive un but public; il n'est pas chargé, en effet, de poursuivre n'importe quel but public; il est specialement chargé, dans l'Administration, de telle tâche precise definie par sa compétence"*.

A primeira regra é sancionada pela anulação, por desvio de poder (móvel pessoal ou político) e a segunda por incompetência ou desvio (móvel fiscal, desvio de processo ou, enfim, por violação da Lei — êrro de direito).

"Il n'y a donc jusqu'ici place pour aucun pouvoir discretionnaire, de l'aministrateur, qui ne peut jamais apprecier souverainement sa propre competence, mais doit se conformer au contraire à un standard *fixé d'avance par la loi"* (*Revue de droit public*, vol. 47, 1930, pág. 215).

WALINE conclui pela necessidade de espírito de *finesse*, diante da incerteza dos lindes, observando, embora, que entre Scylla e Charybde fica, às vêzes, a administração para ser justa e eficaz (pág. 223), o que aconselha a não entravá-la sobremaneira.

JOSSERAND considera a teoria do *detournement de pouvoir "le chef-dœuvre de notre Conseil d'État, la plus harmonieuse construction juridique qu'il est erigée dans la plenitude de sa jurisdiction souveraine"*, apontando-a como fonte de *"un jaillissement de directives"*, em homenagem às noções de móveis e fins:

"Le fait qui tout en accomplissant un acte de sa compétence tant en ne commettant aucune violation de la loi use de son pouvoir dans un but et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré, c'est à dire, autres que ne le veut la morale administrative" (De l'esprit de droit — 1937, pág. 257).

C'est le triomphe de la moralité sur la legalité, de l'esprit de l'institution sur la lettre de la loi; c'est la consecration officielle de la notion du but dans le droit" (pág. 259).

ANTÔNIO AMORTI, em *Nuovo Digesto Italiano* (vol. XII, 1.ª parte, pág. 1.235), acentua que *aviamento di potere* é o nome criado para indicar determinada figura de excesso de poder, com vício de legitimidade do ato administrativo, exercido para fim diferente do expresso ou implìcitamente estabelecido na Lei, é uma figura de criação jurisprudencial francesa, sendo que na Itália, em regra, as anulações de atos tais se fazem por circunlóquios especiais: *"falsar o travisare lo scopo della legge; oltrepassare le intenzione della legge; uso di una facoltà per uno scopo diverso da quello avuto di mira dalla legge*, ecc" (pág. 1.236).

DUGUIT desenvolve, com o encantamento de sempre, a teoria do *but determinant* em seu *Droit Constitutionnel*, vol. 2.º, § 293, destacando o caso do fim, estranho ao serviço (usurpação ou abuso do poder), de que: *"but sans doute de service public, mais étranger à celui que la loi avait en vue en lui donnant competence* (*Detournement de pouvoir simple*, pág. 295), pelo que, pràticamente, não existem mais em França atos discricionários, contra os quais o interessado não possa formular pedido de anulação (pág. 297); aliás, o desvio de poder equivale à violação de lei de competência (pág. 299), chegando a alcançar o sentido do contrôle da oportunidade (pág. 302).

AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, em erudita monografia — *Reflexões sôbre a teoria do desvio de poder em direito administrativo*, Coimbra, 1940 — chega rigorosamente à mesma conclusão final de que:

"O poder discricionário tem uma dimensão natural que pode ser reduzida pelos vários sistemas positivos, mediante a criação de determinadas limitações —

materialmente, de natureza hierárquico-administrativa interna — formalmente, jurisdicional. Um dêsses limites é uma das formas do desvio de poder no sistema administrativo português" (pág. 86).

Antes, mostra que, em face da lei portuguêsa de 1930, que submete o exercício das faculdades discricionárias a seu objeto e fim, desdobra-se a tarefa dos tribunais em exame sôbre legalidade ou competência e apreciação de mébil não público (pág. 86).

O monografista também adota as opiniões de JÈZE, BONNARD, APPLETON e outros, sôbre a infração de regras de competência (pág. 59), quando um interêsse coletivo orienta o ato administrativo, segundo fim específico (pág. 78), eis que o poder discricionário nunca envolve livre escolha, livre atividade (págs. 45 e 49); afinal, demonstra a coincidência de opiniões de outros mestres portuguêses, como FERES VITAL e MARCELO CAETANO (páginas 72-3).

Êste, no recentíssimo *Tratado de Direito Administrativo* (1944, vol. I, pág. 264), considera o desvio como atacando à legalidade e não à moralidade no uso de poderes para fim diverso daquele para que a Lei os conferiu.

Se assim ocorre em países totalitários, restringindo-se o arbitrário administrativo, como se poderia supor que não se verificasse entre nós?

Na Argentina ainda BIELSA se refere ao desvio de poder, quando há propósito *distinto* do legal ou contrário à Lei, então com razão maior; em regra, acentua o mestre, o argumento de *mejor servicio*, fórmula freqüente e lata, envolve expressão eleitoral ou de favoritismo (*Princípios de Derecho Administrativo*, 1942, pág. 360; *Tratado del Derecho Administrativo*, 1938, vol. 2.º, pág. 364).

No Uruguai, a própria Constituição no art. 271 se refere a decisões:

> "não ajustadas à sua finalidade ou desígnio, que em direito configuram abuso ou desvio de poder".

Se não temos contencioso administrativo, sempre ao Judiciário, e com amplitude maior, se atribuiu semelhante papel, que outrora tanto defenderam RUI e LESSA, é ainda hoje CAMPOS reivindica, a menos que se admitisse a tese autoritária de que a administração seria o único juiz da aplicação das leis, acobertada por ação discricionária, e sem órgão de contrôle, para surprender possíveis desvios e abusos.

O Supremo Tribunal já ordenou o aproveitamento de funcionários em disponibilidade nas vagas existentes, dês que o Govêrno até então não o fizera, alegando razões de mera conveniência — ver *Arq. Jud.*, vol. 39, pág 259; o mesmo aconteceu nos casos dos engenheiros Zander, da Central (mandado n.º 63), e Sebastião Duarte (n.º 134, *in Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, vol. 25, pág. 842); há poucos dias, reconheceu conseqüência do não aproveitamento de juiz, amparado por parecer da Comissão revisora de atos do Govêrno Provisório, a despeito da verificação de inúmeras vagas, penetrando, assim, no terreno da oportunidade, aliás, de acôrdo còm o parecer do Consultor Geral da República (apel. cível n.º 8.683, julgada em 11 do corrente, *D. Justiça*, 1945, pág. 2.087).

Até para corrigir indicação de livre-docente pela Congregação de uma Faculdade para a interinidade de cátedra foi concedido mandado e segurança (*Arq. Jud.*, vol. 25, pág. 406; *Rev. Jur. brasil.*, vol. 28, pág. 293).

O Tribunal de São Paulo, em notável acórdão de TEODOMIRO DIAS, acentuou como o escudo da oportunidade não poderia proteger a burla da Lei

(*Rev. Tribs.*, vol. 143, pág. 191), sem que o Estado sequer interpusesse recurso extraordinário na espécie.

Ninguém entre nós contesta o mínimo de intervenção judicial nos casos análogos ao de abuso, reprimidos nos países de contencioso. Assim, sem falar nos constitucionalistas clássicos, opinam os novos e brilhantes estudiosos do direito administrativo, TITO PRATES (*Direito*, vol. 17, pág. 32), TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI (*Tendências do Direito Administrativo*, em "Direito", vol. 18, pág. 18), restringindo as idéias de BILAC PINTO, quanto a comissões técnicas controladoras de concessionários de serviços públicos, e SEABRA FAGUNDES (*Da proteção do indivíduo contra o ato administrativo*, Rio, 1944, separata da *Rev. do Serviço Público*, novembro de 1943, págs. 87 a 106).

Mostra o último a necessidade e a justeza da intervenção judicial nesse trabalho, oferecido ao Congresso Jurídico (pág. 15), em equação com a fórmula norte-americana do *due process of law*, para destacar os elementos da necessidade, razoabilidade e não arbitrariedade das ações legislativas e administrativas (pág. 21), submetidas sem restrições legislativas e administrativas (pág. 21), submetidas sem restrições ao Judiciário (pág. 33), embora, em menor proporção, limitado o acesso de critérios sociais e econômicos, mais para o juiz brasileiro do que para o norte-americano (pág. 48), e excluído apenas o exame de meros interêsses (págs. 64-7), tudo sem prejuízo da auto-delimitação, afinal, exercida pelo Poder Judiciário (págs. 74 e 78).

A despeito de nuanças personalíssimas, e da divergência quanto à formação de novos órgãos, que cada dia se tornam mais necessários, sobressai, portanto, o acôrdo, quanto ao cabimento do exame judicial na fase fronteiriça e crítica em que o desvio do poder atinge às raias da legalidade e envolve até os problemas de competência, sem necessidade de recepção dos critérios de moralidade, conforme pretendem, avançadamente, HAURIOU, RIPERT e RENARD.

A teoria do *detournement de pouvoir*, correndo parelhas com a de abuso de direito, na órbita privada (JOSSERAND — *Evolution et actualités*, 1936, pág. 75; DEMOGUE — *Traité des obligations*, vol. 4, §§ 663 e 692; PEDRO B. MARTINS — *Abuso de direito*, § 125), é defendida por nossos escritores mais modernos e não pode ser privativa de tribunais administrativos que, afinal, não exerceriam funções essencialmente diversas das afetas aos órgãos judiciários.

Também FRANCISCO CAMPOS acentua, para que o ato tenha autoridade de govêrno, ser imprescindível

> "esteja em conformidade com a lei ou tenha motivos legítimos, isto é, por motivos que a lei estabeleça como pressupostos do ato" (*Direito administrativo*, págs. 86 e 88).

SEABRA FAGUNDES ainda distingue o discricionário do arbitrário (*Contrôle dos atos administrativos*, pág. 60), embora avance demasiadamente na afirmação de que pode o administrador deixar de executar a Lei em falta de prazo explícito (pág. 800), assêrto, aliás, restringido pelos próprios exemplos excepcionais apontados, como a Lei Sêca, nos Estados Unidos, as de perseguição religiosa, em França, e de "jôgo do bicho", no Brasil; confirma-o a extensão que atribui ao contrôle, atingindo a finalidade e, através da legalidade, chegando quase ao mérito, em sutil limite (pág. 118). Por isso preconiza o exame do ato, para apurar se foi praticado segundo os motivos pelos quais o poder de agir foi outorgado pela lei, mas não se seu uso fôr o melhor, e observa que, naquele âmbito, ainda se ficaria no terreno da legitimidade, censurando, até, decisões desta Côrte, que apenas examinaram inquéritos administrativos, pelo aspecto formal (pág. 119) e demonstrando,

assim, a tendência pela intromissão judicial, acentuada nos seus trabalhos posteriores.

Nosso eminente colega, Ministro CASTRO NUNES, em várias oportunidades, tem pôsto de manifesto quão avançado e acertado fôra o sentido da lei n.º 221, de 1894, prevendo a posição do problema, como se apresenta meio século depois.

Assim, depois de assentar, com BONNARD, que a função jurisdicional se caracteriza pela matéria, e não pelo órgão que a exerce, tanto podendo ser assim o tribunal administrativo como o Judiciário (*Mandado de Segurança*, pág. 50), acentua a diferença entre arbitrário e discricionário, em face da própria Lei n.º 221, que, amparando o poder policial do Estado, ressalvou, todavia, os "fatos não discricionários no exercício de poderes discricionários" (pág. 131).

Examinando ainda doutrina estrangeira, conclui que, se o exame dos fins não alcança a oportunidade, atinge à moralidade, elemento central da tipeça; mas ilegal será, sem dúvida, o caso de finalidade indevida do ato apreciado em concreto (pág. 133).

Na recente *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, o ilustre publicista voltou ao assunto, acentuando a prática americana que em tôrno da cláusula *due process of law* leva mais longe a barra, para examinar o ato com tôda a autonomia (pág. 612); a ilegalidade, em razão da incompetência ou do excesso de poder, se articula, porém, com a indevida aplicação da Lei, cláusulas tôdas contidas na nossa lei de 1894 (pág. 613).

TITO PRATES apoiou integralmente essas observações (*Direito administrativo*, pág. 94), que seu egrégio autor aplicou em julgamento recente, com apoio desta Turma (*Diário da Justiça*, 1944, pág. 3.834), pois sem chegar talvez, aos extremos do Juiz *yankee*, o brasileiro terá que podar os abusos governamentais.

A atividade administrativa há de respeitar as que lhe são paralelas e concernentes, e, assim, seus órgãos têm de observar os preceitos legais que a limitam (LUIGI RAGGI — *Dir. amm.*, 1936, vol. I, pág. 191); se não obedece, essencialmente, a critérios jurídicos no planejar e executar serviços (PRESSUTI, *Ist. di dir. amm.* — 1904, vol. 1, § 191), não pode, contudo, estabelecê-los, ao menos, em certos países, senão por *"disposiciones de caracter legislativo, non administrativos"*, eis que criar empregos não cabe ao Executivo (GABINO FRAGA — *Derecho Administrativo*, México, 1939, págs. 61 e 77).

MARCELO CAETANO ensina que poder regulamentar não é auto-disciplinável (obra citada, pág. 24), também tem de respeitar o princípio de legalidade, barreira defensiva dos interêsses sociais e individuais (pág. 48), como nas matérias reservadas pela Constituição ao domínio legislativo.

BONNARD, realmente, mostra que entre os tribunais judiciários e administrativos há apenas diferenças de aptidão ou autorizados, especialização, aquêles mais presos a textos codificados e êstes a um *rôle prètorien*, que desempenha mais fàcilmente por estarem, também, ligados à administração (obra citada, pág. 78); ainda WELTER examina o assunto sob o mesmo prisma, fazendo paralelo entre as orientações do Conselho de Estado e da Côrte de Cassação.

Destarte, nunca seria razoável argumentar com critérios opostos; admitir, por exemplo, o que só existe no estrangeiro — o estatuto de natureza meramente regulamentar e o arbítrio extenso da administração, inadmissíveis no Brasil, e excluir, por outro lado, os remédios que ali são adotados, mas, em rigor, dispensados entre nós pelos primeiros motivos, como o contrôle para a cessação de abusos.

Se se advoga, imitativamente, a discrição administrativa, se haveria de receber o remédio, indispensável e dela inseparável.

Não é preciso, assim, apontar *"les velleités de nous emprunter"*, que atribui GEORGES RENARD aos anglo-americanos, a propósito da excelência de um sistema, que nem sequer se apoiaria no contrôle da constitucionalidade da lei (*Introdução* citada, pág. IV).

O respeito ao justo arbítrio do Govêrno tem sido mantido por esta Côrte e ainda há pouco, segundo refere o parecer da Procuradoria Geral da República, o plenário desta casa por seis contra quatro votos (*Diário da Justiça*, 1944, pág. 5.177), cassou o aresto da Primeira Turma (apelação n.º 7.387, *in Revista Forense*, vol. 96, pág. 315, *Direito*, 21, pág. 286, e *Revista dos Tribunais*, vol. 151, pág. 365), tomado ainda por escassa maioria, para assegurar a livre escolha governamental entre candidatos aprovados em concurso embora também aí manifestasse minha dissidência, por considerar abusivo que se deixasse escoar o prazo de um concurso sem aproveitamento de todos os candidatos aprovados, quando nada se alegava contra êles, e se mandou abrir novo prélio — o abuso, ressalvado, aliás, em tese, no próprio aresto vencedor, já estaria, a meu ver, concretizado.

Nessa conformidade decidira, aliás, o Tribunal, de outras feitas, como nos casos já aludidos dos médicos da Prefeitura (*Revista de Jurisprudência Brasileira*, vol. 9, pág. 47) e dos de Saúde Pública, a quem o Presidente da República recusara a preferência, atribuída pelo Congresso para sua nomeação, mediante dilatação de efeitos de concurso anterior (*Revista do Supremo Tribunal Federal*, vols. 77, pág. 339, 79, pág. 62, e 87, pág. 79).

Como na órbita privada, o concurso aberto sem reservas pressupõe o aproveitamento dos aprovados, e a realização de uma escolha, ao menos, enquanto não se reduzir a um só o número dos candidatos indicados, não podendo ser abandonada a lista sem motivos, para abertura de outros. Existindo ainda campo para a eleição, nada se provando contra os aprovados no resíduo da lista, abusivo teria sido o intencional escoamento do prazo, em necessidade de preceito legal, ordenando explìcitamente o aproveitamento de todos.

Defendendo o Estado, perante o Conselho do Estado, o Comissário ETTORI considerava inútil lembrar como o poder discricionário de nomeação se restringe de *plus en plus*, obrigando-o a seguir o resultado de concursos: *"Ainsi l'ordre de classement constitue un véritable droit"*, para ensejar anulação ou indenização (*Revista de Direito Público*, vol. 47, pág. 355).

PETROZIELLO repele até a recusa do Govêrno sob fundamento de existir um só nome (obra citada, pág. CLXXXVIII) e ZANOBINI é ainda mais explícito no excluir a anulação ou a inércia porque: *"la gara sia svolta fra un ristretto numero di candidati"* (*Corso de dir. amm.*, 1939, I, pág. 80).

Na Itália, em regime de administração poderosa, se indagou se esta poderia, no edital de concurso, reservar-se a faculdade de não nomear ninguém, respondendo o Conselho de Estado que concursos não se fazem *joci causa* e, portanto, não se poderia usar de tal faculdade, sem justo motivo (CINO VITTA, obra citada, vol. 2, pág. 462).

Tìpicamente discricionário e inapropriável por outro poder, é, também, a escolha na promoção por merecimento, mas se ela não se realiza sem motivo, se as épocas de acesso se sucedem em branco, se a Comissão julgadora não se reúne, poder-se-á reconhecer o uso da mesma discrição, que consiste essencialmente em garantir a promoção pelo Govêrno, sem intervenção alheia e sem confissão de motivos?

PAULO CÉSAR DE ABREU E LIMA, em artigo sôbre o silêncio no Direito Administrativo, considera imoral a inércia em prover os cargos, após concurso, chegando ao abuso, senão à ilegalidade, por quebra da oferta e do dever de

reparar esforços, senão por direito, como por eqüidade, segundo a fórmula de HAURIOU *"au déla de la loi"*, mas, com certa inconseqüência, tolera a demora indefinida nas promoções, que tem por inócua (*Arquivos do Ministério da Justiça*, vol. 7, pág. 193).

Não equivaleria, ao contrário, tal inércia à prática inexecução da lei, afora as lesões efetivas que causa, mais graves que no caso de acesso inaugural?

Bem distante ficaria semelhante atitude, das que pudessem apenas despertar aspectos de conveniência ou oportunidade, como na imposição de multa administrativa, dentro dos limites legais (apelações ns. 8.700, 8.254, 8.219, 8.564, 8.331) e aplicação de penas disciplinares, com rigor ou tolerância (apelações ns. 8.301 e 7.317 e recurso extraordinário n.º 5.944, *in Diário da Justiça*, 1943, pág. 1.902, e 1944, págs. 775 e 3.834), o que sempre me abstenho de apreciar, salvo prova de abuso de poder ou perseguição. Outros vão além, em intervenção mais ampla, por vêzes autorizada (v.g. voto do Sr. Ministro OROZIMBO NONATO, *in Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, vol. 11, págs. 142-4, e acórdão do Tribunal do Rio Grande do Sul — *Justiça*, vol. 24, pág. 299), em oposição à mais restrita que chega a excluir o exame, em qualquer caso (*Revista de Crítica Judiciária*, vol. 19, pág. 102).

A imunidade dos atos discricionários pode, também, ser rompida, se desnecessàriamente se apontam os motivos dêle geradores: o interdito se levanta e os Juízes os examinam (*Revista dos Tribunais*, vol. 152, pág. 7, recurso extraordinário n.º 6.760).

Esta Côrte chegou a se reservar o exame da normalidade de classificação de imóvel, no tombamento de bens de valor histórico, o que valeu a censura de PRUDENTE MORAIS NETO (*Revista Forense*, vol. 98, pág. 587).

De qualquer forma, porém, não se trata, aqui, de medir conveniências, tão fácil seria, no estado atual das coisas, preparar um decreto-lei modificativo de situação, que aliás, poderia ser restaurada, quando oportunidade, em contrário, se levantasse.

Seria mais razoável e sincera a supressão dos postos; ainda sem pôr em evidência, de modo aliás antipático, um puro arbítrio, que, em caso de excesso, não exclui, antes reclama, revisão judicial.

Invoca-se o interêsse público, mas o grande mérito da teoria do desvio de poder está na *souplesse*, com que joga com os motivos do ato; êstes podem ser valiosos, mas não adequados, de modo que uma preferência indébita pode afetar o fim da lei, desviando-a de seus objetivos.

No caso de professôres universitários dispensados em 1935, isso ficou destacado com grande nitidez (*Diário da Justiça*, 1943, pág 1.033).

Os exemplos se multiplicam nas obras especializadas; para atender a fins de saúde pública, não pode, por exemplo, o administrador ofender a preceitos de ordem fiscal (*Nuovo Dig. it.*, vol. 12, 1.ª parte, pág. 1.036 e vice-versa).

Entre os casos conhecidos podem ser lembrados os de:

a) recusa de pagamento por êrro jurídico do Prefeito, considerando a despesa ilegal, por quebra de neutralidade escolar (*Revue de Droit Public*, vol. 47, pág. 219);

b) decisão *ab irato*, viciando a escolha de oportunidade (loc. cit.);

c) excesso de cuidado nos interêsses públicos, como o Governador do Banco de França, que, podendo promover livremente os funcionários, excluía dos cargos de chefia aos membros do sindicato, fazendo uso abusivo, *"encore que conforme intérêts apparents et immediats de l'Institut — pareille attitue risquerait de se hauteur aux legitimes intérêts du Sindicat* (JOSSERAND — *op. cit.*, pág. 263, e *Sirey*, 1925, parte 3.ª, nota 33, onde se pode ver a formosa nota crítica de HAURIOU;

d) indenização imposta a tesoureiro, por ato vexatório na exigência de formalidades documentais para a entrega de preço de desapropriação (SIREY, 1923, parte 1.ª, pág. 319);

e) diretor de sanatório que, sem necessidade e de boa fé, interceptava a correspondência dos internados (JOSSERAND — volume citado, pág. 264).

f) uso de poder de polícia com escopo fiscal ou de violência como no fechamento de fábrica de fósforos, por motivo de insalubridade, mas para evitar a indenização decorrente da *régie* ou nacionalização da indústria (WELTER, obra citada, pág. 162);

g) proibição de toque de sinos e de uso de hábitos sacerdotais na via pública (DUGUIT — *Droit const.*, vol. 2, pág. 298);

h) suspensão de guardas, por motivos alheios ao serviço (DUGUIT, loc. cit.);

i) proibição de venda de gado fora da comuna, senão nos mercados (WELTER, obra citada, pág. 169);

j) abusos nas *permissions de voirie* (WELTER, págs. 213 e seguintes);

k) recusa de nomeação de sacerdotes para professor, depois de admitido e aprovado em concurso (WELTER, pág. 281).

O Govêrno, repetia FRANCISCO CAMPOS, a propósito do conceito de democracia, não é exercido por sêres sobrenaturais (*Direito Administrativo*, pág. 85), para apoiar a teoria dos motivos determinantes, como há pouco se ressaltou (pág. 88).

A título de nobilíssima economia não deve a administração cessar, assim, o serviço de abastecimento dágua, nem desligar as canalizações de esgôto; nem, pelo mesmo motivo, deixar de respeitar os direitos inequívocos de todos os funcionários.

Haveria, assim, sempre, um *détournement de pouvoir*, perfeitamente sob a censura judicial, como a do contencioso, alhures, dentro do espírito constitucional americano e da própria letra do velho diploma de 1894.

Melhor se caracterizaria o desvio, na hipótese presente, diante das declarações do nobre gestor da recorrida a fls. 73, fora do terreno que êle considera legal e jurídico.

Sem embargo do largo crédito, de que goza o honrado Prefeito, não apenas contra os habitantes da bela cidade, que lhe foi tão bem confiada, mas contra todos so brasileiros, beneficiados indiretamente pela obra, que ali vem desenvolvendo, forçoso é convir que suas afirmações acentuam, no terreno desta lide, uma declinação de rota.

Fora de dúvida é a ausência de razões inferiores, políticas ou personalíssimas, mas dentro do quadro de orientações concorrentes, que os homens de bem podem tomar, é possível buscar a verdadeira e legítima direção.

Não há apurar motivos ocultos, bastando o exame de intenções visíveis e do êrro espontâneo ou voluntário até abranger o êrro de direito, e o próprio engano acêrca da existência do poder discricionário, caso êste de verdadeira incompetência, no autorizado entender de MARCELO CAETANO (*op. cit.*, pág. 266).

HENRI WELTER também destaca as hipóteses do êrro de direito, interessando à competência *rationa materiae* (*Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative* — 1929, pág. 62); no terreno de prova, encarece o *aveu* ou o quase *aveu* de administração (pág. 415), às vêzes manifestado como exatamente neste caso por um *"refus général, sans examen particulier de chaque cas, qui s'imposait a son attention"* (pág. 417).

O aspecto econômico não seria decisivo na hipótese, porquanto o legislativo criou os cargos e votou as verbas contempladas em sucessivos orçamentos anuais — se os quadros são abundantes, é o caso de reduzi-los pelos

meios próprios, e não de impedir seu provimento, por processos que, afastando-se da lei, não podem prestigiar a govêrno de tanto lustre — a economia, que daí resultasse, estaria ainda desviada das rubricas, que a acolhessem sendo que do orçamento não deriva, pròpriamente, o direito dos funcionários, mas das leis, que aquêle ato financeiro pressupõe (Estatuto Federal, art. 95).

Mas essa, percebe-se, não seria a principal razão, tão fácil, aliás, de remoção, e sim outra, mais grave e profunda, além de alegações secundárias, que os recorrentes, é certo, procuram contrariar, mas ficariam sempre aquém de elevado debate, mesmo a de expectativa de reforma, eis que o Decreto n.º 3.070, mandando elaborar os estatutos locais, já datava de 1941. Assenta a convicção do relatório de fls. 73 de modo básico, em que o rendimento funcional está na razão inversa das garantias asseguradas aos servidores.

Não é o momento de rever, em função do caráter médio nacional, conceitos que já penetraram até no domínio da anedota — o do descaso de tantos funcionários pelos seus deveres, à proporção que crescem as garantias outorgadas.

Aliás, no estrangeiro, o mesmo fenômeno se observa e, no entanto, a tendência é para ampliar as garantias de acesso, que NUNO PINHEIRO tinha como a pedra de toque ou a mola mestra na vida do funcionário e da administração pública, atuando no moral e até no físico, ainda que nem sempre possa envolver o principal interêsse do cargo.

O ilustre chefe do contencioso da recorrida, que tão denodada e brilhantemente vem sustentando a áspera refrega, não deixou de acentuar a importância do problema do avanço na carreira.

Não estou longe de participar de certas apreensões do nobre administrador paulista; em discurso de paraninfado, em 1939, e em recente entrevista na imprensa me manifestei, assim, sôbre os males que ao ensino tantos professôres vitalícios causam, a ponto de propugnar por um novo sistema de recrutamento e estabilidade de docentes.

Mas, no exercício da função pública, não poderemos erigir em dados finalísticos na norma geral, sempre pendores ou apreciações pessoais, por nobres que sejam, como acentuam os expositores do *aviamento di poteri*; quantas vêzes, estou em desacôrdo com o texto da lei, v.g., na vedação do divórcio, e, no entanto, a cumpro; tantas me convenço da justiça do que alguém pleiteia, e não lha posso reconhecer, por defeitos de fundo e até de forma.

Em contrário às convicções pessoais do honrado Prefeito, e também, em parte, das minhas, nesse terreno, estão a lei e a Constituição, que estabeleceram a carreira e definiram direitos dos funcionários a despeito de certa tendência, antes esboçada na Lei n.º 284, de restringir o núcleo de *elite* e aumentar os extraordinários, o que, talvez, venha a gerar inconvenientes ainda maiores, como a pletora de servidores mal pagos e sem garantias, que se revoltam, à medida que envelhecem e aumentem suas famílias e necessidades; com isto se fomenta, indiretamente, a corrupção, passiva, e se esquece a magna contradição, em que incorre o Estado, impondo aos particulares uma série de garantias, cada vez mais extensas, em favor de seus empregados — ainda o *Diário Oficial* de 12 de janeiro corrente trouxe o minucioso regulamento de promoções, por antiguidade e merecimento, dos empregados da Light and Power, aprovado pelo Departamento Nacional do Trabalho (pág. 635).

A própria exposição de fls. 73 incorre, *data venia*, em certa incoerência, acentuando que a extinção de cargos deixaria de acenar aos funcionários, com oportuna melhoria; muito mais desanimadora é a incerteza por tantos anos, o que já levou alguns dos interessados nesta causa, confessa a própria

recorrida, a abandonar o serviço público, perdido, naturalmente, o razoável estímulo que os atraía.

Razões, ainda que elevadas, não bastariam, assim, para justificar uma discrição, que nìtidamente se transforma em arbítrio a ser coarctado, aliás, sem qualquer desprestígio para o administrador, nem aqui nem nos outros países, em que o contencioso administrativo exerce ordinàriamente sua jurisdição corregedora, mais direta e vulnerante pela destruição dos atos *in natura*; só uma coisa realmente desprestigia o cidadão — a ofensa ao direito e o desrespeito à lei, que os Decretos-leis ns. 1.202 e 5.511, de 1943, acentuaram, recomendando a interventores e prefeitos fiel obediência a preceitos reguladores de direitos dos funcionários (arts. 7.°, n.° II, e 12, n.° IV).

Passemos, por último, ao exame do caso em si, nos seus dados específicos: havia, em 1938, na Municipalidade de São Paulo, um estatuto (Atos ns. 1.146 e 1.349), que, obediente à Constituição, estabelecia o processo de seleção para conduzir ao acesso gradual dos funcionários, apanágio das várias carreiras adotadas.

Por obra confessada da recorrida, a aparelhagem se paralisou e a função deixou de se exercer, em 1937, com arbítrio incompatível com a finalidade da lei.

Deve, portanto, ser corrigida a normalidade para que o sistema volva a seus têrmos, até que seja regularmente alterado: em face da própria Lei n.° 221, de 1894, não se pode ter no Brasil, como faculdade ou poder discricionário, a recusa genérica de promoção, quando a lei pressupõe sua realização ao menos uma vez por ano.

As razões aduzidas em prol da orientação tomada demonstram propósitos distanciados dos fins da lei, ainda que nobres e imbuídos de sadio patriotismo.

A entrada em vigor de novo estatuto municipal, em fins de 1942, não alterou, tampouco, a posição do problema, ainda afastado o argumento, para mim personalíssimo, e que agora vejo, com prazer, sustentado por FRANCISCO CAMPOS, o de ilegitimidade de imposição do diploma pelo Govêrno Federal, agravado pelos inconvenientes, que a própria recorrida confessa ter aduzido, ao reclamar uma regulamentação privativa.

O novo estatuto, diz-se, substituiu o anterior, mas ficou com sua execução suspensa *sine die*, o que envolveria verdadeiro absurdo, isto é, a suspensão de garantias constitucionais; para mim, o raciocínio seria inverso — enquanto não promulgado o regulamento, prevaleceria a lei anterior, se não se preferisse observar o art. 267, tomando como subsidiário o estatuto federal.

Mas, ainda que adotada opinião oposta, a situação dos recorrentes melhoraria, porquanto metade das vagas teria de ser provida por antiguidade, e esta não dependeria, em rigor, de regulamentação, constituindo, ao revés, segundo jurisprudência nunca desmentida nesse particular, segundo vimos, direito nìtidamente adquirido à vaga aberta, reconhecido, até em suas conseqüências econômicas, pelo estatuto federal civil (art. 57), como pelo militar (art. 128).

Dado que, na espécie, o número de vagas se tornou afinal superior aos dos ocupantes da classe inferior, a antiguidade beneficiaria a todos os que não tivessem nota em desabono, assim como o próprio merecimento, hipótese versada, aliás, no parecer do egrégio FRANCISCO CAMPOS.

Resta apreciar a questão do interêsse *ad causam* a que já nos referimos de passagem; nenhuma dificuldade poderia excluir o reconhecimento de uma lesão claríssima, ainda que não produzisse efeitos econômicos diretos, como seria a recusa ao cumprimento da lei, em detrimento de todo o funcionalismo.

Acresce que ditos interêsses, embora irrecusáveis, não são, por enquanto, agitados, e na futura ação condenatória, se a presente prevalecer, os juízes, diante das circunstâncias do caso, e do seu desenvolvimento, avaliarão o dano sofrido por cada um dos interessados.

Não tem maior relevância a objeção de que outros funcionários da recorrida poderiam também pleitear a mesma promoção, eis que não bastaria, por certo, a lista dos que percebem vencimentos iguais (fls. 775), ou a referência à possibilidade de outros candidatos, mas necessária a demonstração, precisa e nominal, dos que tivessem as habilitações exigidas — diploma ou concurso.

De qualquer forma, o número, maior ou menor, de interessados aptos à escolha não modificaria os dados do problema, como se vê ainda da jurisprudência citada, do Conselho de Estado e do preceito específico da nossa lei, embora destacado a propósito do mandado de segurança.

Em face do exposto, tendo por ofensiva, senão, para mim, do art. 55 do estatuto dos funcionários federais, como da própria Constituição, que assegura, explícita, ainda que indiretamente, o acesso a todos os funcionários de *carreira*, na espécie pràticamente recusada por inércia da recorrida, em cumprir até os mandamentos da legislação local, embora não estejam êstes sob a proteção do recurso extraordinário, dou provimento ao presente para o fim de, restaurada a sentença de fls. 480, declarar a procedência da demanda, isto é, a existência em favor dos recorrentes do direito de promoção, cuja ofensa será apreciada, bem como suas conseqüências reparadas em relação a cada um dos autores, nos limites cabíveis, por ação competente e oportunamente intentada.

VOTO

O Sr. Ministro Laudo de Camargo — Com a declaratória proposta, vários funcionários municipais de São Paulo objetivaram o reconhecimento pela justiça do direito que entendem lhes assistia à promoção no exercício de 38, frente o ato municipal n.º 1.146, de 36, direito êsse postergado pelo Sr. Prefeito Municipal, com o seu procedimento, não realizando as promoções previstas em lei.

A justiça paulista negou o pretendido reconhecimento.

Daí o presente recurso extraordinário, com fundamento nas letras *a* e *c* do preceito constitucional.

Mas, fundamento algum encontro para o recurso, pois tôda a questão versou sôbre a aplicação de leis locais, sem qualquer repercussão na órbita federal.

Está a mostrá-lo a própria expressão do acórdão recorrido: "Das leis municipais invocadas pelos autores nenhuma assina prazo à administração para preencher as vagas ocorridas nos respectivos Departamentos".

E examinados, quer a inicial, quer o processo em várias das suas passagens, bem se capacita que tudo girou em têrmo da apreciação de leis do Município.

Disseram-no expressamente os próprios autores:

"O Ato n.º 1.146..... era a única lei que disciplinava as relações entre a Prefeitura e seus funcionários."

Se era a preceituação municipal a única a reger aquelas relações e se a justiça a aplicou, segundo a interpretação que lhe deu, não havia cogitar de recurso extraordinário, com fundamento em ofensa a ela.

Dir-se-á, então, que se deu valor à lei local contra a federal, qual a referente ao Estatuto dos Funcionários Federais.

Nada, entretanto, e dentro da sua alçada, deixou decidido a justiça contràriamente a essa legislação.

Se, porém, na expressão do julgado de que "não há lei determinando que se façam promoções dentro de certo prazo" compreendida ficou a do Estatuto, ainda assim não teria ocorrido procedimento algum contra ela, ou seja negando-lhe valor, para emprestá-lo à lei local.

E isto pela simples razão de estar a reger relações outras que não as dos interessados no pleito.

A sua aplicação aos funcionários municipais só poderia dar-se em caráter de suprimento.

Nada, entretanto, havia a suprir, como o reconheceram os autores, quando afirmaram, e reafirmaram, que tudo estava previsto no Ato Municipal n.º 1.146.

Acresce que, ao declarar que "as promoções serão processadas e realizadas em épocas fixadas em regulamento", o decreto-lei federal se referiu à evidência a regulamento municipal.

E êste regulamento só tardiamente apareceu.

Não se deu, portanto, valor à lei local, em detrimento da federal, porquanto êsta não podia estar em foco, quer para suprir falhas, quer para impor seus mandamentos.

São êstes os motivos que me levam a não conhecer do recurso.

Se, porém, o seu reconhecimento tiver lugar, o meu voto é para lhe negar provimento.

Direito assistiria aos autores, se preteridos fôssem nas promoções, a que teriam feito jus.

De vez, porém, que preterição não houve, porque promoções se não fizeram.

A sua realização, por suspensa provisòriamente, não podia assim determinar o reconhecimento de um direito, por ainda inexistente.

SEABRA FAGUNDES, e com êle os doutrinadores da matéria, expresso deixou o seguinte: "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".

E foi o que aconteceu, com a suspensão provisória, para que as promoções se fizessem oportunamente.

A oportunidade tinha de aparecer, como era esperada, e apareceu, sendo que as conveniências do retardamento se legitimaram entre as justificações do Prefeito.

Atravessava-se uma fase de remodelação administrativa.

Em benefício da coletividade e para a boa ordem da administração, nada desaconselhava a suspensão levada a efeito, a fim de se processar em definitivo a reorganização dos quadros, segundo a nova regulamentação prometida.

Se os serviços não periclitavam, com o ato suspensivo, e se facultado era fazê-lo, abuso não se pode ver no uso dessa faculdade, porquanto expressiva é a seguinte passagem das razões da recorrida: "Para se aquilatar como foi prudente a orientação administrativa do Sr. Prefeito, basta apresentar-se um exemplo.

Pela organização da Prefeitura do Município de São Paulo, antes das novas leis estatutárias projetadas, pelo D.A.S.P., os cargos de chefia eram providos em caráter efetivo e distribuídas as chefias em uma multiplicidade de cargos hierárquicos, enquanto, atualmente, pelos Estatutos dos funcionários da União, dos Estados e dos Municípios, a chefia passou a constituir função gratificada desempenhada, em comissão, por qualquer funcionário

de carreira da classe a que pertença, reduzindo-se, ao mesmo tempo, as espécies hierárquicas quanto às chefias. Ora, se houvesse o Sr. Prefeito efetuado as promoções provendo todos os cargos vagos de chefia, que são, justamente, os em maior número, quando verificou a diretriz dada à matéria pelo D.A.S.P., em considerar como atribuições a serem desempenhadas por pessoas de confiança da administração, teria criado a seguinte situação esdrúxula: promoveria número elevado de funcionários para cargos que estavam destinados à extinção, ou pela transformação de alguns em simples funções gratificadas, ou pelo desaparecimento completo de outros, com a diminuição das escalas na hierarquia funcional".

Esta passagem bem elucida o alcance da medida tomada, em época de reorganização administrativa, sem prejuízo, antes com benefício da coletividade, com o aguardar o regulamento das promoções no município, depois de regulamentadas as do Estado, que sòmente apareceram retardadas.

Entendo, assim, que o julgado da justiça paulista está a merecer confirmação.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Nunes — Sr. Presidente, apesar do voto de V. Excia., conheço do recurso, pelo fundamento da letra c do art. 101, III, da Constituição.

É exato, conforme pondera Vossa Excelência, que a questão foi decidida com base ou por aplicação da preceituação municipal. Mas, a verdade é que transcende dessa decisão uma tese de direito que se pode dizer federal e, até, constitucional, que é o direito inerente à carreira, o direito que têm os funcionários às promoções.

Os autores, ora recorrentes, puseram, pelo menos no recurso extraordinário, a questão nestes têrmos. E é esta realmente a questão que emerge da apresentação do caso, a ser julgado. E' que êles têm direito a promoção, porque são funcionários de carreira judicial, administrativa esta como por igual a carreira judicial admitida na Constituição. De modo que, em última análise, há uma questão de tese, uma tese de direito que surge das questões decididas no acórdão e cuja configuração pode ser assim definida: saber se o direito de promoção é inerente à carreira e se pode a lei local ou o ato administrativo local desconhecer êsse direito.

Eis a razão pela qual conheço do recurso.

Sr. Presidente, salientei, ao conhecer do recurso, que existe correspondência irrecusável entre a expressão jurídica do julgado e o direito federal, no tocante a esta questão.

Realmente, salientei os direitos da função pública, hierarquizada, entre nós, ao acentuar o direito a promoção que, como disse, é condição essencial à existência das carreiras administrativas. Por isto mesmo, eu não estaria longe de aderir ao voto por todos os títulos brilhante e exaustivo do Sr. Ministro Relator, no tocante à proclamação da tese verdadeira de que onde existe uma função hierarquizada há-de existir, necessàriamente, o direito de acesso.

Esta tese é pacífica, a meu ver, e a ela me referi em trabalhos doutrinários, mas como tese de direito. Se a ação declaratória — neste ponto divirjo do Sr. Ministro Relator — fôsse, apenas, o veículo destinado à proclamação de uma tese jurídica em abstrato, prescindindo-se do direito subjetivo ajuizado, eu não hesitaria em dar provimento ao recurso; mas, a meu ver, e *data venia* de Sua Excelência, a ação declaratória supõe um direito subjetivo ajuizado. Não seria, no caso, apenas, a proclamação de que, na carreira administrativa, é inerente a ela o direito de promoção.

A proclamação dessa tese não é que está em causa, mas a proclamação do direito dos autores, ainda que desprovida a sentença de execução compulsória.

Ora, não obstante as razões muito ponderosas, brilhantemente expostas pelo Sr. Ministro Relator, eu tenho a impressão, pela leitura dos memoriais, de que êsse direito não tem consistência suficiente para ser declarado. Os funcionários públicos em questão tinham, é certo, por lei de 1936, se não me engano, o direito a promoção, se classificados por uma comissão municipal, direito que teria de ser efetivado, no ano seguinte; mas sobreveio o regime atual, em que o Prefeito reúne as funções executica e legislativa, na sua pessoa. O Sr. Ministro Filadelfo Azevedo ponderou que essa atribuição dupla é exercida diferentemente em face da lei federal, que regula a administração dos Estados e Municípios; mas, na verdade, está ao alcance, é atribuição, cabe no poder do Prefeito, investido na função legislativa, ainda que mediante formalidade prescrita na legislação, exercer o poder legislativo. E é apenas uma questão de forma. Não se lhe nega o poder; apenas se diz que, para afastar ou suprimir direitos adquiridos, o Prefeito teria de sujeitar o seu ato aos órgãos federais que neste momento controlam as administrações locais.

Na verdade, porém, não se trata nem de supressão de direito adquirido. O que o Prefeito fêz foi, sòmente, o exercício do direito. Não o desconheceu; determinou que, tendo em vista nova regulamentação da função pública a sobrevir, não faria, por enquanto, promoções. Suspendeu-as, provisòriamente. É, apenas, o adiamento do exercício de um direito que, ainda que adquirido, não foi desconhecido definitivamente. Penso que está ao alcance dos tribunais vigiar a execução da lei, não sòmente nos seus aspectos formais, mas um pouco mais a fundo, — e nisto consiste a garantia contra os desvios do poder. É o que se admite em muitos países e, principalmente, na França.

Assim, não seria possível deixar de admitir, entre nós, recursos nestas condições, que está de acôrdo com as nossas tradições e a nossa Constituição. Na França, é sempre possível vigiar a execução das leis para evitar o abuso que corresponde, na teoria civilista, ao abuso do direito. Por isto, eu, se encontrasse perfeitamente configurado o direito adquirido, neste caso, não hesitaria em dar provimento ao recurso, sem me deter diante da tese de que a administração pública é senhora dos seus atos, ainda que ferindo direitos subjetivos, assentados em lei. Todavia, se, em nosso regime atual, é possível à autoridade competente desconhecer até mesmo o direito adquirido, quanto mais no caso em que êsse direito adquirido não foi suprimido, mas, apenas, adiado.

Eis por que, resumidamente, com a devida vênia, conhecendo do recurso pela letra c, lhe nego provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Aníbal Freire — Senhor Presidente, o acórdão recorrido, embora o brilhantismo do voto do eminente Sr. Ministro Relator, não negou o direito a promoção, nem aludiu a questão de carreira, hoje essencial no Direito Administrativo, na parte reguladora do funcionalismo.

Se o acórdão não enfrentou essa questão e sòmente essas questões poderiam ser federais, não se deu nenhum antagonismo entre a decisão local e o espírito da Constituição ou a letra da Constituição e do próprio Estatuto dos Funcionários Públicos, aplicado ao regime estadual, que possa permitir o conhecimento do recurso, pela letra c.

Quanto à invocação da letra *a*, evidentemente a matéria cingiu-se a mera interpretação ou aplicação de leis municipais.

Pela letra *c*, *não* posso conhecer, com a devida vênia do Sr. Ministro Castro Nunes, porque, se o acórdão tivesse negado o direito a promoção, que está estabelecida em tôdas as leis reguladoras do funcionalismo; se o acórdão tivesse enfrentado a questão de carreira, que só agora aparece, depois do Estatuto dos Funcionários Públicos, e antes não havia essa questão, não é possível a nós, juízes, fazer emergir do julgado aquilo que não está no julgado, embora o empenho de ampliar o âmbito do recurso extraordinário das decisões da justiça local.

Mas, não está no meu critério, na minha vontade de julgador, fazer brotar, fazer emergir o que não está no acórdão.

O acórdão recorrido não aludiu, de leve, a êstes pontos essenciais da questão; limitou-se, apenas, a considerar, em referência às leis municipais, que eram satisfatórias as explicações e representadas pelo Chefe do Executivo Municipal.

Por êstes fundamentos, não posso senão acompanhar o voto de V. Excia., Sr. Presidente, não conhecendo do recurso.

Vencido na preliminar, passo a dar meu voto quanto ao mérito.

Sempre propugnei pelo contrôle do Poder Judiciário sôbre os atos administrativos, mas, para que êstes sejam fulminados, é indispensável que venham eivados de ilegalidade.

Ora, não me parece que seja êste o caso dos autos.

O acórdão recorrido situou bem a questão e aceitou a explicação dada pelo Chefe do Executivo Municipal, no sentido de não execução pontual, como queriam os autores do texto local regulador da matéria.

O acórdão frisou, particularmente, que a própria lei em que se apóia a parte não favorece o seu ponto de vista, porque não obriga a Administração a, anualmente, fazer as promoções em causa.

Não há, por conseguinte, direito adquirido certo e incontestável, que possa formar relação jurídica capaz de objetivar ação declaratória.

Nego provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Barreto — Entendo de inteiro acôrdo com a longa e erudita fundamentação do voto do preclaro relator, conheço do recurso, que reputo cabível, por ofensa aos textos legais invocados, e, *de meritis*, dou-lhe provimento, para restabelecer a sentença de primeira instância.

DECISÃO

Como consta da ata a decisão foi a seguinte: Conheceram do recurso, contra os votos dos Srs. Ministros Revisor e Aníbal Freire, e lhe negaram provimento, contra os votos dos Srs. Ministros Relator e Barros Barreto.

*

ACÓRDÃO RECORRIDO

Vistos, expostos e discutidos êstes autos de Apelação n.º 21.312, da Comarca de São Paulo, entre partes — Prefeitura Municipal de São Paulo, apelante, e Adolfo Goldstein e outros, apelados, acordam em 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação, adotado como parte integrante dêste o relatório de fls. 864v., dar provimento ao agravo no auto do processo e à apelação. Custas como de direito.

Os apelados, funcionários municipais por concurso, ajuizaram esta ação declaratória contra a apelante, para que se lhes reconheça o direito de promoção às vagas existentes, tudo sob a alegação de que o Prefeito Municipal de São Paulo, com ofensa de claros textos de lei, vem menosprezando êsse direito. A apelante defendeu-se argüindo impropriedade da ação proposta e mais que os apelados não têm o direito que pretendem ver declarado. As partes debateram longamente as questões suscitadas na inicial e na contestação. Por fim, o Juiz proferiu sentença favorável aos autores, o que deu origem à presente apelação interposta pela ré. O despacho saneador repeliu a argüição de impropriedade da ação declaratória, tendo a Municipalidade agravado no auto do processo e, agora, na apelação, insiste em afirmar que, no caso, realmente, não cabe tal ação. Sustenta a apelante que, dispondo os apelados da ação condenatória ou executória, não podem valer-se da declaratória. Tem procedência a preliminar levantada pela ré. Com efeito: é da doutrina que a declaratória é inadequada à hipótese de obrigação vencida e exigível por ação executória ou condenatória. Se o credor já dispõe desta para restaurar um direito ofendido, não é curial que, afastando tôdas as leis de economia processual, vá incomodar o réu, no intuito de alcançar uma condenação que não poderá executar contra êle. Os apelados afirmam que existem vagas e desejam que fiquem declarados seus direitos a elas. Evidentemente, a matéria pode ser, desde logo, resolvida por ação condenatória e daí não se justificar a propositura da declaratória, ou espécie, de nenhuma utilidade prática. Dizem os apelados que, em face do disposto no art. 290 do Código do Processo, não se pode negar a propriedade da declaratória quando o autor já dispõe da ação executória. Tal preceito não tem o sentido que lhe atribuem os recorridos. Sem dúvida, a declaratória poderá ser seguida da condenatória, em que o vencedor reclamará a efetivação do direito anteriormente reconhecido. Mas, isso quando o autor, interessado na proclamação de seu direito, antes de haver-se tornado exigível, tenha ajuizado a declaratória. É natural que, vencida, mais tarde, a obrigação, possa o autor exigir-lhe o cumprimento, por ação condenatória, uma vez que a sentença declaratória não é passível de execução senão com referência às custas. A espécie dos autos é, porém, diversa: segundo a própria exposição dos apelados, já era exigível, ao proporem a ação, o direito que pretendem ver declarado; nessa conformidade, não lhes era lícito recorrer à declaratória: cumpria-lhes intentar, desde logo, a executória. Do exposto, resulta que os autores são carecedores da ação ajuizada. A controvérsia não poderia ser resolvida contra a apelante, em vista da impropriedade da ação. Uma vez, porém, que a causa se acha bem esclarecida e a questão relativamente ao mérito pode ser decidida nestes mesmos autos (Cód. de Proc., art. 275) e favorável à apelante, como é o nosso julgamento, dá-se provimento à apelação. Das leis municipais invocadas pelos autores, nenhuma assina prazo à Administração para preencher as vagas ocorridas nos respectivos Departamentos. O art. 2.º do ato 1.349, de 1938, não manda, como se afigura aos recorridos, que as vagas sejam preenchidas no ano em que se verificarem: estabelece, apenas, que as classificações feitas pela Comissão Municipal de Serviço Civil, no 4.º trimestre de cada ano, valem para as vagas ocorridas no ano seguinte, o que, de maneira alguma, significa que a administração seja obrigada a preencher as vagas anualmente. Não havendo prazo legal para as nomeações, ou promoções, compete à administração, a seu prudente arbítrio, escolher oportunidade para elas. Não é permitido ao Judiciário examinar os atos da administração senão pelo prisma da legalidade. Se na hipótese não há lei determinando que se façam as promoções dentro em certo tempo, não cabe nas atribuições do Poder

Judiciário manifestar-se a respeito do atraso de que se lamentam os autores. O Prefeito, em larga exposição de motivos, certificada nos autos, defendeu a sua orientação no tocante ao preenchimento de vagas. São razões de ordem econômica e administrativa, que afastam, por completo, tôda a idéia de abuso de direito. Poderão os autores, oportunamente, reclamar contra a preterição de que venham a ser vítimas se outros, com menos direito, forem nomeados para os cargos em discussão ou a êles promovidos. Não lhes é dado, porém, pedir a declaração de seu direito às vagas existentes, ao tempo da abertura, quando não havia lei determinando o preenchimento em certo prazo e as reguladoras do assunto podiam ser modificadas por outras posteriores. Portanto, também relativamente ao mérito, são os apelados carecedores da ação. São Paulo, 27 de março de 1944. — (a) *Manuel Carlos*, Presidente. — *Gomes de Oliveira*, Relator. — *Vicente Penteado*.

*

SENTENÇA APELADA

Vistos os presentes autos de ação declaratória entre partes Adolfo Goldstein e outros e a Prefeitura Municipal de São Paulo:

Adolfo Goldstein, Austeriano B. Aguiar, Evaristo Rebêlo da Silva, Ernâni Calbucci, Francisco Catalano Júnior, Otofredo Ricardo Desio, Rui S. Barreto, René Valin e Valdemar de Sousa alegam que são funcionários públicos municipais, nomeados em virtude de concurso, prestado há mais de quatro anos, para o cargo inicial da carreira administrativa da Prefeitura Municipal de São Paulo, ou seja terceiros auxiliares de contador, de acôrdo com os dispositivos do Ato Municipal 1.146, de 1936, que, naquela época, regia as relações entre a Prefeitura e seus funcionários; que ditos cargos de carreira, sendo os demais graus de acesso mediante promoção, consoante o que dispõem os artigos 111 e 282 do citado ato 1.146; que os artigos 287 e 289 do mesmo ato dispunham que as promoções se fariam sempre por merecimento mediante classificação pela Comissão Municipal do Serviço Civil, organizada no quarto trimestre de cada ano e valeria para as vagas que se verificassem no ano seguinte; que, entretanto, desde maio de 1938 deixou de funcionar essa Comissão sem ter sido extinta, nem jamais qualquer funcionário foi promovido, apesar das vagas do quadro, com grave prejuízo patrimonial e funcional dêles e flagrante desrespeito à lei; que a possibilidade de acesso aos cargos superiores é o estímulo que tem o funcionário público para o aperfeiçoamento constante de seu trabalho e [illegible] dizem dos arts. 287 e 289 do ato 1.146, tinham os funcionários públicos municipais um verdadeiro e legítimo direito à promoção, mediante as condições legais; entretanto, de quatro anos a esta parte, não houve na Prefeitura uma única promoção, embora estejam os quadros do funcionalismo público com inúmeras vagas; que não obstante recorrerem os peticionários, por diversas vêzes, tanto ao Executivo Municipal como ao Sr. Interventor do Estado, expondo-lhes a sua situação anômala e pedindo justiça para os seus direitos fraudados, nenhuma solução alcançaram; que **Austeriano B. Aguiar** é [illegible] auxiliar de contador e com, desde 1933, Evaristo Rebêlo da Silva, Otofredo Ricardo Desio, René Valin, Rui S. Barreto e Valdemar de Sousa foram efetivados em [illegible] e 31 de dezembro de 1937 e, finalmente, Adolfo Goldstein, Francisco Catalano Júnior e Ernâni Calbucci foram estabilizados em 31 de dezembro de 1938; que, em dezembro de 1937, [illegible] auxiliares de contador, da Prefeitura, [illegible] Austeriano, Evaristo, Otofredo, Ernâni, Rui e Valdemar, quando em 8 de janeiro de 1938, pelos atos 1.329, 1.330 e 1.331, foram criados, na Municipalidade, nove cargos de segundos auxiliares de contador, cargos êsses que deveriam ser preenchidos pela promoção dos terceiros auxiliares de contador, o que, entretanto, não aconteceu até hoje; que a publicação do Boletim do Serviço Civil dos Municípios do Estado de São Paulo, porém, [illegible] prejudicou a situação dos suplicantes, *ex-vi* do art. 50, por falta de sua regulamentação, continuando em vigor o ato 1.146, no capítulo das promoções, a ter inteira aplicação. Assim sendo, querem que êste juízo se manifeste sôbre o seguinte:

a) em relação aos requerentes, Austeriano G. Aguiar, Evaristo R. da Silva, Otofredo Ricardo Desio, René Valin S. Barreto e Valdemar de Sousa, que faziam parte do grupo de nove terceiros auxiliares de contador da Municipalidade de São Paulo, já efetivados e com estágio para promoção, em 31 de dezembro de 1937, tinham ou não êles direito à promoção ao cargo de segundos auxiliares de contador no exercício de 1938, quando eram nove ao todo e pelos atos municipais 1.928, 1.330 e 1.331, todos de janeiro de 1938, tinham sido criados nove vagas em tal cargo?

b) não tendo sido êles promovidos em 1938, sofreram ou não lesão em seu direito ?

c) no que toca às relações jurídicas de promoção, entre o Município de São Paulo e seus funcionários, está ou não em vigor o ato municipal 1.146, de 1936, até que seja regulamentado o Estatuto do Funcionário Público Civil ?

d) em caso afirmativo, está ou não o Sr. Prefeito Municipal na obrigação de dar cumprimento aos arts. 287 e 289 do referido ato, isto é, a fazer funcionar a Comissão Municipal do Serviço Civil, a fim de que, no quarto trimestre de cada ano, sejam apresentadas as listas de classificação para o efeito das promoções que se verificarem no ano seguinte, ou que já estiverem em aberto no quadro do funcionalismo municipal ?

e) em caso negativo à pergunta do item "c", acima formulada, qual a lei a ser aplicada, atualmente, às promoções de funcionários civis do Município de São Paulo até ser regulamentado o Estatuto ?

Contestando a ação, pretende a ré a impropriedade da declaratória para resolver o direito em tese ou para reconhecer lesão de direito na hipótese, dando a ela caráter repressivo, isto como preliminar, e, quanto ao mérito, sustenta : que não há, na verdade, em tese, o direito do funcionário de exigir a sua promoção pela simples ocorrência das vagas, salvo disposição expressa, pois cabe sempre à alta administração o exame da oportunidade da época para levar a efeito o preenchimento das vagas, atendendo razões de política financeira e administrativa, sendo que é lícito, ainda, extinguir o cargo cago ou mesmo alterar as regras de seu provimento ; que os únicos limites ao exercício do poder discricionário da administração de apreciar as conveniências públicas para julgar da oportunidade da promoção, são os de que no desempenho de tal atribuição não haja abuso do direito, isto é, não se exerça êsse poder de forma irregular, com intuito manifesto de prejudicar alguns funcionários sem qualquer proveito para a coletividade e, também, não haja lesão de direito de certos funcionários, isto é, não se exerça êsse poder em contrário às determinações legais preterindo os legítimos candidatos por outros protegidos, pelo provimento da vaga por quem em face da lei não poderia ser nomeado ; que a orientação da jurisprudência tem sido sempre nesse sentido ; que, segundo a legislação municipal, se verifica que as promoções só devem ser feitas pelo critério do merecimento, apurado por complexo procedimento, pelo que se excluirão os nomes dos funcionários que não possam concorrer às promoções, e, em seguida, se classificarão os candidatos consoantes a eficiência, dedicação ao trabalho, produtividade, assiduidade e aptidão para o cargo superior tomando-se em consideração ainda as penalidades disciplinares que tenham sofrido os funcionários e a falta de compostura funcional que êles hajam revelado ; feita assim a classificação e aprovada pelo Prefeito, sem que haja qualquer reclamação ou esta venha a ser julgada improcedente, sobe, então, a lista de classificação ao Prefeito, o qual para prover as vagas tem a discrição de escolher, livremente, dentre os melhores classificados em número correspondente ao das vagas e mais três, sendo que se esgotando dois têrços dos nomes da lista, para ficar a alta administração com maior liberdade, se deve proceder a nova classificação ; que os candidatos às promoções não têm direito à elas, mesmo quando classificados nos primeiros lugares, e os seus nomes hajam sido encaminhados ao Prefeito, pois êste pode escolher, livremente, para as vagas, um dos três nomes melhor classificados ; por conseguinte, os candidatos classificados possuem, apenas, mera expectativa de direito à promoção, não possuindo a seu favor qualquer situação jurídica definitivamente constituída ; que os autores não foram classificados e podiam ser excluídos da lista de promoção e além disso outros funcionários poderiam concorrer aos cargos de segundos auxiliares de contador ; que o funcionamento da Comissão Civil não era obrigatório e deve ser considerado como providência de caráter administrativo, medida de conveniência de serviço, o qual podia ser suspenso, quando assim entendesse a alta administração ; que a vaga abre apenas uma possibilidade à classe dos funcionários ; a classificação prepara o assunto para decisão, indicando os funcionários mais palpáveis ; a resolução do provimento confere o direito ao funcionário sôbre que recaíra nomeação, mas só com o preenchimento da vaga pelo candidato habilitado se completa o direito, e êsse preenchimento é medida de oportunidade, necessidade ou conveniência, que só à alta administração cabe apreciar ; que, ademais, outras circunstâncias ocorrem, tais como a supressão de cargo vago ou de alteração das regras de promoção ; que, no caso, não houve violação de direito adquirido ; que, na espécie, a promoção e a legislação municipal sôbre direitos e deveres dos funcionários (Ato n.º 1.146, de 1936) foi modificada pela legislação superveniente do Estado para os funcionários municipais, com a promulgação do Estatuto dêstes, que alcançou a situação dos autores ; que o Judiciário só pode mandar reintegrar funcionário ilegalmente exonerado ou determinar o pagamento de indenizações a êle pelos prejuízos que lhe advenham dos atos administrativos, jamais, entretanto, poderá obrigá-lo a fazer nomeações ou promoções ; que, finalmente, razões de ordem política financeira e administrativa aconselhavam que se suspendessem as promoções no quadro dos funcionários municipais, cuja estrutura estava a pedir um reajustamento. Pede a absolvição da instância pela impropriedade da ação ou quando não que esta seja julgada improcedente. As partes juntaram vários documentos. Seguiu-se o despacho saneador e na audiência designada para julgamento

requereram a juntada de seus extensos memoriais de fls. e fls. Com êstes foram também apresentados notáveis pareceres dos maiores jurisconsultos e professôres de direito do país.

Bem examinados :

A ação declaratória protege os direitos subjetivos, ou seja a *facultas agendi*.

São suas condições : *a*) — a existência de uma norma de lei que garanta ao titular o efeito por êle demandado ; *b*) — a legitimação, que é a identidade da pessoa a quem a norma favorece, com a pessoa que age (legitimação ativa) ; ou a identidade da pessoa contra a qual a lei é de atuar-se, com a pessoa contra quem efetivamente se age (legitimação passiva) ; c) — interêsse de agir, isto é, uma situação de fato tal, que justifique ao autor interêsse específico de conseguir o reconhecimento de seu direito, ou o efeito da atuação da norma, por meio de atividade jurisdicional. (T. CASTRO — *"Ação Declaratória"*, pág. 79).

Êsses os requisitos apontados por Chiovenda (*Princ. di Dir. Proc. Civil*, págs. 125 e 126).

O objeto da ação declaratória é sempre uma "relação jurídica" e nessa expressão se deve compreender todo direito resultante de um vínculo obrigacional.

O nosso Código de Processo Civil a incluiu no seu art. 2.º, parágrafo único, das suas Disposições Gerais.

No caso, os promoventes demonstraram o seu interêsse de agir, a existência de uma norma legal garantidora de um bem e a possibilidade de sua aplicação mediante a declaração do Judiciário.

A *legitimatio ad-causam* é evidente.

Pois, não há discutir a propriedade da ação declaratória.

De meritis :

Em tese, o direito do funcionário a promoção é perfeitamente defensável. A carreira do funcionalismo não difere das demais e em tôdas elas o desejo de melhoria de situação faz parte do idealismo humano. A luta pela vida obriga o homem a um esfôrço contínuo de sua atividade. As necessidades satisfeitas, hoje, reaparecem, amanhã, sob novas exigências. Daí porque o aprendiz deseja se tornar mestre do ofício e o empregado ambiciona chegar a patrão. Do mesmo modo quem ingressa no funcionalismo aspira, muito legitimamente, a sua ascensão a melhores postos. A promoção traz, sem dúvida, vantagens apreciáveis, pecuniárias e hierárquicas, que representam o maior estímulo para o funcionário. Certo, a burocracia, sem êsse proveito, não seduziria senão aos menos capazes. Os competentes dela se afastariam para o desinteressados. Por isso mesmo o reconhecimento da faculdade de promoção de quem trabalha e faz jus a essa recompensa é princípio incontroverso de direito natural. Bosquejadas essas idéias, vejamos da pretensão dos autores.

Funcionários públicos municipais, nomeados, em virtude de concurso, para o cargo de terceiros auxiliares de contador, de acôrdo com os dispositivos do Ato Municipal n.º 1.146, de 1936, pretendem êles declare êste Juízo sôbre os itens das letras *a*, *b*, *c*, *d* e *e*, da inicial. Com respeito aos requerentes incluídos na letra *a*, é evidente o seu direito a promoção ao cargo de segundos auxiliares de contador, no exercício de 1938, por isto que nomeados na vigência do ato 1.146, que lhes garantia a possibilidade de promoção, por merecimento, desde que observadas as formalidades necessárias (arts. 287 e 289); essa oportunidade se lhes ofereceu com a publicação dos atos n.º 1.329, 1.330 e 1.331, todos de 8 de janeiro daquele ano. Por êsses atos foram criados nove cargos de segundos auxiliares de contador (1.329, art. 3.º; 1.330, arts. 9.º e 11; 1.331, art. 9.º). Ora, em se tratando de cargos imediatamente superiores aos dos autores, era natural fôssem êles aproveitados para o provimento dos mesmos. Ninguém melhor que êles, parte integrante do grupo de nove contadores auxiliares, já efetivados e com estágio para promoção em 31 de dezembro de 1938, em número de seis, para ocuparem, dentre os nove lugares criados, os de seis segundos contadores. Seria estranhável que funcionários de outros quadros pudessem ter preferência sôbre êles, naturalmente indicados para a promoção.

Não vale argumentar, como quer a ré, não haver direito de promoção em tese. Na hipótese, é a própria lei que assegura êsse direito aos autores mediante o critério do merecimento, apurado pela Comissão Municipal de Serviço Civil. Essa Comissão, constituída na forma do art. 302 do ato 1.146, deixou de funcionar por culpa exclusiva da ré, que não providenciou, como devia, a sua organização. O seu funcionamento era obrigatório, por lei, e nada tinha que ver com o não provimento dos cargos. Mesmo havendo possibilidade de ser extintas, deveriam ter sido organizadas. Ainda que se não caracterizasse na espécie a configuração do direito adquirido, é bem de ver que a simples expectativa de direito já era motivo de segurança suficiente para que os autores confiassem em obter a sua promoção. Se figurasse nas listas essa faculdade de aptidão, melhor concretizaria a expectativa do seu direito. Muito embora a expectativa se traduza em simples aspiração, esta é de grande importância na vida do funcionário,

que sem ela perderia o incentivo para o trabalho. E' certo que o direito em expectativa pode ser alterado por lei nova, mas tal circunstância não ocorreu até o presente.

O argumento de que a legislação municipal sôbre direitos e deveres de seus funcionários foi modificada por legislação superveniente do Estado, para os funcionários municipais com a promulgação do Estatuto dêstes (Dec. n.º 13.030, de 1942), não aproveita a ré. O Estatuto só foi promulgado a 28 de outubro de 1942. Antes regulava o ato 1.146, que, então vigente, era a lei que se aplicava aos funcionários da Prefeitura. A faculdade que se reconhece ao Prefeito de interpretar as leis municipais, a fim de bem executá-las, não vai ao ponto de poder arbitràriamente deixar de cumprí-las ou procrastinar discricionàriamente a sua observância. O arbítrio e o poder absoluto são incompatíveis com as boas normas republicanas. E' bem verdade que o Judiciário não poderá obrigar o Executivo a fazer nomeações ou promoções de funcionários, mas o que os autores desejam, afinal, não é isso e apenas a declaração se lhes assistia, face do ato 1.146, o direito de promoção ao cargo de segundos auxiliares de contador no exercício de 1938.

Tão pouco procede o raciocínio da suspensão das promoções por falta de oportunidade. O cumprimento da lei independe da vontade do seu executor, por isso a sua obrigatoriedade é postulado expressamente consagrado no nosso Código Civil (art. 1.º). *Ludibrio leges esse non oportet*, já ensinava o velho direito romano. Insustentável é a opinião daqueles que entendem depender o preenchimento da vaga, na carreira do funcionalismo, da necessidade ou conveniência que só a alta administração cabe apreciar. Tal arbítrio sôbre ser injusto ao direito do funcionário representaria ainda franco desrespeito à lei. Arbítrio desarrazoado não obriga a estar por êle (Ord. L. 4.º, art. 1.º, § 1.º). Os cargos públicos existem em virtude de lei que os criou; portanto, o preenchimento das vagas, verificadas por motivo de serviço, deve obedecer ao critério de um dispositivo legal e nunca ficar sujeito ao alvedrio de quem responsável pela sua execução.. Admitir a conjetura de poder a autoridade aplicar a lei quando bem lhe aprouver, ainda que sob fundamentado motivo, é estabelecer um enunciado perigoso e atentatório à boa ordem jurídica do nosso meio. Tal procedimento importaria, extreme de dúvida, em verdadeiro abuso de direito. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis dos Municípios, para entrar em vigor, está dependendo de prévia regulamentação (art. 268); segue-se daí que até o momento da sua vigência prevalece o ato 1.146, de 4 de julho de 1936, como legislação complementar àquele Estatuto (art. 267).

O caso não comporta discussões acadêmicas ou dissertações doutrinárias sôbre direitos adquiridos, mas se circunscreve simplesmente em saber se os autores, frente ao ato 1.146, têm a faculdade de serem promovidos. Quer nos parecer que sim, dês que os seus nomes possam figurar nas listas de classificação para efeito das promoções. Essas listas, contudo, deixaram de ser feitas por inobservância dos arts. 287 e 289 do referido ato. Conseqüência, os autores que alimentavam uma expectativa de direito, mais que razoável, à sua quase certa promoção, se viram privados dessa possibilidade. Cumpre assinalar que os atos ns. 1.329, 1.330 e 1.331, entraram em vigor na data de sua publicação; para que não fôssem cumpridos, era mister que um outro decreto os declarasse revogados (Cód. Civ., art. 4.º). Assim, como ninguém se escusa por ignorar a lei (Cód. Civ., 5.º, da Int.), também a nenhuma autoridade se permite a regalia de deixar de cumpri-la. E' fraca objeção a de que falta competência ao Judiciário para se manifestar sôbre a espécie, porquanto a pretensão dos autores visa, em suma, saber se, vigente o ato n.º 1.146, de 4 de julho de 1936, lhes assiste o direito de promoção aos cargos de segundos auxiliares de contador, cujo pedido se enquadra na ação declaratória, do conhecimento dêste Juízo.

Ante o que vimos de examinar, concluimos que os autores sofreram uma injustificável restrição no seu direito de promoção, quer no tocante à possibilidade de virem figurar nas listas de merecimento, que deveriam ser feitas pela Comissão Municipal de Serviço Civil, se constituída, quer com referência, à ascensão ao pôsto imediatamente superior, que lhes deveria caber se classificados, uma vez que em plena vigência o ato 1.146 e publicados os de ns. 1.329, 1.330 e 1.331, era de ser cumprida a lei. Conseguintemente se impõe a resposta afirmativa às perguntas das letras *b*, *c*, e *d* da inicial, consoante entendimento dêste Juízo. Declaro, pois, procedente a ação. Custas pela *ré*.

O argumento de autoridade, de que tanto prevaleceu a ré na sustentação de sua defesa, merece o seguinte reparo: "O direito é ciência de raciocínio; curvamo-nos ante a razão, não perante o prestígio profissional de quem quer que seja. O dever do jurisconsulto é submeter a exame os conceitos de qualquer autoridade tanto a dos grandes nomes que ilustram a ciência, como a das altas corporações judiciárias. Estas e aquêles mudam freqüentemente de pareceres e alguns têm a nobre coragem de confessar; logo seria insânia acompanhá-los sem inquerir dos fundamentos de seus assertos, como se êles foram infalíveis. *Nullius addictus jurare in verba magistri;* ninguém está obrigado a jurar nas palavras de mestre algum" (CARLOS MAXIMILIANO, *Herm. e Aplicação do Direito*, pág. 293, n.º 335).

Dactilografei. Para ser publicada na audiência designada.

São Paulo, 19 de setembro de 1943. — *A. C. Pereira da Costa*.