

Consultor Jurídico do D.A.S.P

Tempo de serviço — Contagem do que fôr prestado a autarquia para efeito de desempate na classificação por antiguidade.

Processo 5.818/53

PARECER N.º 58/54

A Divisão do Pessoal Civil do Ministério da Guerra consulta se, tendo o art. 80, n.º IV, do Estatuto, se referido ao cômputo do tempo de serviço em autarquia apenas para efeito de disponibilidade e aposentadoria, poderia o art. 26 do Decreto n.º 32.015, de 29 de dezembro de 1952, autorizar a sua contagem para desempate na classificação por antiguidade.

2. Opina a D.P. no sentido de que a regra estatutária não é limitativa, podendo o Executivo, no exercício do poder regulamentar ampliá-la a outros casos, imprevistos na lei. Renova, a esse propósito, opinião já espousada, na vigência do anterior Estatuto, com respeito a norma idêntica (Parecer no Proc. n.º 2.630/47 — *apud* PESSOA SOBRINHO. — "Manual dos Servidores do Estado" — tomo I — 5.ª edição — 1950 — p. 211).

3. A tese, nos termos absolutos em que está proposta, não merece ser acolhida. O poder regulamentar goza, por certo, de relativa fluidez, que lhe permite desenvolver e completar a lei. A execução da norma superior, faculta ao regulamento uma ação supletiva que o coloca entre as fontes do direito positivo.

4. Esta ação criadora não investe, porém, o regulamento de capacidade abrogató-

ria dos preceitos de maior hierarquia. A execução preconizada pela D.P., conduzida às últimas consequências possibilitaria que, mediante regulamentos sucessivos, a contagem restrita do tempo de serviço (art. 80) formasse parêntese com as modalidades de cômputo para todos os efeitos.

5. No caso de desempate na avaliação da antiguidade, o critério regulamentar não resultou de puro arbítrio do Executivo. Ele se louvou em outra disposição do Estatuto que, no art. 47, criou formas sucessivas de preferência.

6. A fixação, em primeira linha, do tempo de serviço federal e, a seguir, do tempo de serviço público como condições para o desempate, encaminha necessariamente ao cômputo da antiguidade em cargos ou função em autarquia federal e, em segunda etapa, em serviços estaduais ou municipais, pois, de outro modo, subsistiria, permanentemente, a igualdade que se cogita de remover.

7. A própria lei estabeleceu, para aquele fim específico, um conceito próprio de tempo de serviço, situado em círculos concêntricos e progressivamente mais amplo.

8. O ditame regulamentar extraiu, assim, da interpretação sistemática da lei a essência de seu conteúdo. Não contrariou, nem feriu o princípio geral do Estatuto, mas projetou, no plano concreto, a norma especial alusiva à preferência para promoção por antiguidade.

9. Não procede, assim, a meu entender, a dúvida argüida, com louvável escrúpulo, pelo órgão consulente.

Rio de Janeiro, 25 de junho de 1954 —
Caio Tácito, Consultor Jurídico.

*Promoção por antiguidade
— Cômputo, para desempate,
de tempo de serviço público,
cuja averbação foi requerida
após a abertura da vaga.*

Processo n.º 4.801/54

PARECER N.º 47/54

Consulta a D.P. do Ministério da Fazenda:

a) se a antiguidade, o interstício e a condição de estar o funcionário compreendido nos dois primeiros terços da classe deverão ser apurados à vista dos elementos de que dispuser o órgão de pessoal à data da abertura da vaga, não se levando, por conseguinte, em consideração, os documentos relativos, a tais condições recebidos posteriormente à referida data, pelo mesmo órgão;

b) em caso positivo, e havendo empate na classificação por antiguidade na data da abertura da vaga, o desempate deverá ser feito, tendo em vista os fatores a que se refere o art. 256 do Regulamento de Promoção, frente aos elementos pelos quais se aferem tais fatores fornecidos ao citado órgão até aquela data, ou deverão ser considerados, também, para efeito do cômputo, os recebidos posteriormente à aludida data?

2. Examinando a matéria, entende a D.P., deste Departamento que o tempo de serviço público anterior à data de abertura da vaga, embora somente comprovado posteriormente a ela, deve ser considerado, para o efeito de desempate na classificação por antiguidade.

Atendendo, porém, ao transtorno que provoca, nos assentamentos dos órgãos de pessoal, a apresentação posterior desses elementos, sugere que se altere o Regulamento de Promoções, mediante a inserção de preceito novo, visando a estabelecer que a administração somente se obriga a averbar tempo de serviço cuja comprovação fôr apresentada até 31 de dezembro do ano precedente.

4. Os embaraços causados à administração pela falta de iniciativa dos interessados em averbar, com antecipação, o tempo de serviço prestado a outros órgãos federais, estaduais ou municipais são notórios. A correção dessa deficiência não deve, porém, conduzir à lesão de direitos assegurados aos funcionários, quanto ao regime de promoção por antiguidade.

5. A lei brasileira assegura a promoção ao funcionário mais antigo na classe à data da abertura da vaga, ou, em caso de empate, sucessivamente, ao mais antigo no serviço público federal, no serviço público em geral, ao de maior prole e do mais idoso (art. 47 do Estatuto; arts. 6, 11, 21 e segs. do decreto 32.015, de 29/12/52). Não cogita a lei de serviço público *comprovado* até a data da vaga, mas de serviço público *prestado* até esse evento.

6. Concorro, assim, com o parecer da D.P. quanto à solução da consulta, ou seja, de que deve ser considerado o tempo de serviço conhecido após a vacância do cargo a ser provido por antiguidade, sobretudo quando, na hipótese, como declara o órgão de pessoal, não foi cumprido, em tempo hábil, o art. 45 do decreto n.º 32.015 (Regulamento de Promoções), que é o termo inicial da prescrição do direito à reclamação administrativa (art. 46, § 1.º).

7. A solução para a inércia dos funcionários públicos em averbar precocemente o seu tempo deve, a meu ver, ser outra. Por estranho que pareça, não há, na legislação, nenhum preceito que obrigue o funcionário a manter em dia os seus assentamentos individuais, como, por exemplo, consigna o art. 194, n.º X do Estatuto atual, reproduzindo o art. 224, n.º IX, do anterior, a propósito da declaração de família.

8. Cabe, assim, ao Poder Executivo incluir, no regulamento de promoção, dispositivo expresso obrigando o funcionário à iniciativa de manter em dia os seus assentamentos de tempo de serviço, fornecendo aos órgãos de pessoal os devidos elementos.

9. Completada essa medida, com processos educativos visando a estimular a execução dessa providência, de interesse do próprio funcionário, estará a administração habilitada, futuramente, a punir os retardatários com base no art. 194, n.º VI, do Estatuto.

10. Deve, por outro lado, a administração cogitar da publicação oportuna da lista de classificação, na forma do art. 45 e seus parágrafo, do Regulamento de Promoção, não somente pelos efeitos jurídicos que dela decorrem, como para a regularidade de seus próprios serviços.

É o meu parecer,
S.M.J.

Rio de Janeiro, 22 de maio de 1954. —
Caio Tácito, Consultor Jurídico.

*Funcionário de fato —
Responsabilidade administrativa
e penal. Demissão a bem
do serviço público.*

PARECER N.º 60/54

Trata-se, no processo, da situação de extranumerário contratado que continuou no exercício da função depois de vencido o prazo do contrato, em virtude da convicção dominante no próprio órgão de serviço de que o vínculo funcional estava prorrogado.

2. Conhecida a recusa da renovação do contrato, foi paralelamente averiguada a prática de falta grave, em termos de aplicação da pena máxima de dispensa a bem do serviço público.

3. Inexistente o prolongamento legal da qualidade de contratado, a D.P. do Ministério da Agricultura, assinalando a perplexidade reinante na solução do caso, consulta sobre o procedimento disciplinar cabível.

4. A permanência do exercício de função pública além da data legal caracteriza a situação do funcionário de fato, desde que a aparência ou a razoável persuasão de regularidade do título jurídico inidôneo permite repelir a figura de usurpação de cargo público.

5. A ilegitimidade inerente à função de *facto*, não lhe atribui, no entanto, o privilégio de imunidade disciplinar ou penal, em confronto com o funcionário de *jure*. Ambos respondem, por igual modo, no plano administrativo, civil ou criminal.

6. Destaca-se a êsse propósito, a opinião autorizada de BASAVILBASO:

"La irregularidad del *vinculum juris* no puede ser causa de irresponsabilidad. El título o la investidura aparente con que ejerce la función no es un impedimento para el cumplimiento de sus deberes... El funcionario de *facto* no podrá agludir, para eludir su responsabilidad disciplinaris, civil o criminal, los vicios de que pueda adolecer su designación... En suma, ninguna razón existe para que un funcionario de *facto*, tenga una situación de privilegio en relación con el funcionario de *jure*, por el solo hecho de ser un funcionario irregular"

(BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO — *Derecho Administrativo* — vol. III — pág. 616).

7. Desde que tenha sido regularmente comprovada a prática de faltas graves, capazes de justificar a pena administrativa máxima, não se eximirá dela o interessado pela irregularidade na prorrogação de *facto* do seu contrato.

8. Cabe, assim, na hipótese, a lavratura de ato, aplicando a pena de dispensa a bem do serviço, com efeitos a partir da data em que cessou a prestação de serviço.

Rio de Janeiro, 16 de julho de 1954. —
Caio Tácito, Consultor Jurídico

*Extranumerário-contratado
em Território Federal. Conversão
em mensalista. Aplicação
da Lei n.º 366, de 1936 e artigo
26 da Lei n.º 1.765, de 1952.*

Processo n.º 830/54

PARECER n.º 62/54

Cuida o presente processo da transformação de extranumerários-contratados do Território Federal do Acre que, na forma do art. 26 da Lei n.º 1.765, de 18 de dezembro de 1952, devem passar a mensalistas.

2. A D.P. deste Departamento observa que os contratos de admissão daqueles extranumerários não foram registrados no Tribunal de Contas. Lembra, no entanto, que, a propósito do Conselho Nacional de Petróleo, foi solucionada a situação análoga, com apoio em parecer desta Consultoria Jurídica, sugerindo, afinal, a minha audiência.

3. A hipótese atual aguarda, realmente, semelhança com a que estudei no parecer n.º 27/54. Tratava-se, ali, de diretriz fixada em apoio, no Dec.-lei n.º 1143, de 9-3-39, que não foi adaptada à exigência do art. 77, § 1.º da Constituição de 1946.

4. Destaquei, então, a possibilidade de convalidar o ato irregular, de modo a não lesar os interesses legítimos dos servidores que em nada contribuíram para o vício formal do ato de sua admissão.

5. Escrevi, em fundamento à solução favorável da questão as seguintes notas, também aplicáveis no caso atual:

"É certo que a dispensa de registro dos contratos, aceitável no plano cons-

tucional anterior, não mais subsiste com a vigência da Constituição de 1946, cujo art. 77, § 1.º, restaurando o princípio do art. 101 da Carta de 1934, sómente reputa perfeitos e acabados contratos que, por qualquer modo, interessam à receita ou à despesa, depois de registrados no Tribunal de Contas.

7. A emissão de registro não foi, porém, um lapso restrito aos casos em análise. Evidencia uma diretriz constante e uniforme que o Conselho vem cumprindo, praticamente desde a sua criação. O Tribunal de Contas, fiscal da legalidade da aplicação dos créditos, tem aprovado, anualmente, as contas do exercício, sem objetar quanto àquele entendimento, que inicialmente aprovou.

8. Seria anárquico e, portanto contrário ao interesse público, declarar nulos todos os contratos pactuados pelo Conselho, a partir de 18 de setembro de 1946, pela ausência da formalidade essencial de registro. O direito de terceiros, que transacionaram com o órgão administrativo, não deve ser lesado pela errônea dêste, aliás fundada em boa fé e na tradição.

9. Os atos administrativos viciosos podem, excepcionalmente, convalidar-se quando praticados na constância de um entendimento generalizado e habitual, por todos aceito como legítimo e mais tarde considerado impróprio. A teoria do erro comum, de filiação civilista, mas aplicável ao direito administrativo, autoriza

que o erro de muitos, acatado longamente no consenso geral como idôneo, possa validar a ação administrativa, desde que não ofenda ao interesse público e não cause grave lesão de direito. É o princípio que se exprime no clássico axioma romano: *erro communis facit jus* (Temístocles Cavalcanti — “Tratado de Direito Administrativo”, vol. II, p. 319 e vol. III, p. 99) ou pela teoria da aparência tão bem estudada, na França, por AUBY e, no Canadá e Estados Unidos, por CONSTANTINEAU, especialmente a respeito dos funcionários de fato (J. N. Aaby — “L'inexistence des actes administratifs”, p. 236; Albert Constantineau — “Tratado de la doctrina de fato” — vol. I — p. 143). ”

6. A orientação seguida pela administração territorial, louvada no art. 5.º, n.º III e V, da Lei n.º 366, de 30 de dezembro de 1936, deve ser ajustada à determinação superveniente do art. 77, § 1.º da Constituição, cabendo ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores baixar, a respeito, as devidas instruções.

7. Nada impede, porém, que, tal como se fez com referência ao pessoal do Conselho Nacional do Petróleo, seja concedido aos extranumerários-contratados do Território Federal do Acre a transformação em mensalistas, ora em cogitação.

E' o meu parecer,
S.M.J..

Rio de Janeiro, 16 de julho de 1954. —
Caio Tácito, Consultor Jurídico.

No conjunto da administração de pessoal, seleção e promoção constituem dois aspectos que tanto podem merecer tratamento isolado, pelo desenvolvimento que cada um comporta, quanto admitem um estudo conjunto, em torno da relação estreita em que se acham.

Realmente, o estudo da seleção de pessoal se desdobra por tal forma, na análise dos respectivos métodos e finalidades, que constitui especialização marcada, enriquecida por vasta literatura e subdividida ao ponto de comportar longos trabalhos em torno de aspectos particularíssimos, qual a entrevista como elemento de escolha.

O problema da promoção, a seu turno, representa no todo um papel de capital importância, não só pelo reflexo que tem sobre as demais fases, como pela influência que recebe da solução adotada para outras questões. Constitui, assim, um capítulo bem definido.

Mas, nem por isso, deixam de se entrelaçar as duas coisas. Porque promoção envolve um problema de seleção; e seleção, por suas múltiplas manifestações, atua decisivamente na promoção.

Astério Dardeau Vieira (Seleção do Pessoal e Promoções de Funcionários — In Rev. do Serv. Público, abril de 1940, p. 5).