CONSULTORIA JURÍDICA DO D.A.S.P.

PARECERES

Processo N.º 1.728/53

ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS — NÃO É POSSÍVEL FORA DAS EXCEÇÕES PREVISTAS NO ART. 185 DA CONSTITUIÇÃO — INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 265 DO ESTATUTO.

PARECER N.º 27/53

Consulta a D.P. do Ministério da Aeronáutica se, à vista do art. 265 do atual Estatuto, é permitido a redator do serviço público federal exercer outro cargo ou função pública.

2. A matéria está regulada no art. 185 da Constituição, que, estabelecendo, como regra, a proibição de acumular cargos públicos, admitiu exceções expressamente enunciadas que se encontram, igualmente, definidas nos arts. 188 e seguintes do Estatuto vigente.

3. Fora das hipóteses constitucionais, nenhuma outra situação de dualidade de funções públicas poderá ser tolerada, salvo, excepcionalmente, as decorrentes do art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

4. A norma do art. 265 do Estatuto não pode ter o alcance de possibilitar, contra texto constitucional expresso, o exercício de dois cargos públicos. Se entendesse fazê-lo seria manifestamente inconstitucional e, portanto, destituída de efeitos jurídicos. Ao legislador ordinário não é lícito, por qualquer forma, mesmo indireta, permitir o que a Constituição vedou, sob pena de incidir em excesso de poder.

5. O mencionado art. 265 apenas qualifica determinada função pública — a de redator do serviço público federal, como as da Agência Nacional — considerando-a como de jornalista.

6 Não tem, nem poderia ter, no entanto, a latitude, que, aliás, não manifestou, de estipular nova hipótese de acumulação de cargos públicos além daqueles de exceção constitucional.

7. A consulta deve, pois, ser respondida no sentido de que são aplicáveis aos servidores públicos aludidos no art. 265 do Estatuto as mesmas proibições gerais de acumulação cogitadas nos arts. 188 e 189 da mesma lei.

Rio de Janeiro, em 25 de março de 1953. — *Caio Tácito*, Consultor Jurídico.

Processo N.º 2.233/53

EXTRANUMERÁRIOS — APLICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES EFETIVOS. DIREITO À PROMOÇÃO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 40, § 1.º, 42 e 252 DO ESTATUTO.

PARECER N.º 28/53

Consultam o S.A. e a D.P. sôbre o critério a ser observado nas melhorias de salário do pessoal extranumerário, recentemente liberadas pelo Decreto n.º 32.258, de 12 de fevereiro de 1953, que revogou a proibição estipulada no Decreto n.º 29.321, de 2 de março de 1951.

2. As dúvidas suscitadas versam, inicialmente, a aplicação, ao pessoal extranumerário, das normas estatutárias concernentes ao regime de promoção, à vista do art. 252 do Estatuto, segundo o qual o regime jurídico da função pública permanente é extensivo:

> "a) aos extranumerários amparados pelo artigo 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;
>
> *b*) aos demais extranumerários, no que couber."

3. Indaga-se, em decorrência dessa premissa, se as melhorias de salário a serem agora efetuadas devem obedecer ao interstício fixado no art. 42 do Estatuto, mesmo no caso em que, segundo a legislação peculiar aos extranumerários, era dispensado êsse requisito, ou seja, se inexistir na referência, qualquer outro servidor que tenha vencido aquêle período de carência (art. 44, § 1.º do Decreto-lei n.º 5.175, de 7 de janeiro de 1943).

4. Pergunta-se, ainda, se os efeitos dos acessos sòmente autorizados a partir de *13 de fevereiro de 1953* — quando passou a vigorar o decreto liberatório — devem retroagir a 31 de dezembro de 1952, em conseqüência do princípio traçado no art. 40, § 1.º, do Estatuto.

5. Preliminarmente, é necessário apreciar o problema de extensão ao pessoal extranumerário do regime jurídico do Estatuto. A norma ampliativa do campo de incidência dêsse código distingue entre extranumerários estáveis (artigo 23 do A.D.C.T.) e extranumerários instáveis. Aos primeiros manda aplicar, sem ressalva, o sistema legal do Estatuto, ao passo que subordina a disciplina dos últimos ao cabimento da assemelhação.

6. Não se trata, em relação aos "demais extranumerários", de simples ação supletiva do Estatuto, tal como se determina, em outro dispositivo, para os diplomatas, os serventuários da justiça e aos membros do magistério (art. 253). A disposição estatutária constitui "no que couber", norma primária, e não apenas secundária, com respeito ao tratamento jurídico do extranumerário. Não é sòmente nas lacunas, nos interstícios, nas omissões da legislação própria dessa modalidade de servidor público que se observará a lei nova.

7. Verificado o cabimento do dispositivo mais recente, a sua observância obrigatória cancelará a validade das normas anteriores que o contraditem. A tese é, em suma, a de mensurar se é ou não compatível com a natureza característica de função extranumerária êsse ou aquêle preceito do Estatuto. Reconhecida a propriedade da aplicação, a regra mais nova revogará a mais antiga, segundo o princípio geral de direito de sucessão das leis no tempo (art. 2.º, § 1.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro).

8. A identificação de direitos entre o funcionário e o extranumerário vem-se acentuando, progressivamente, em nosso direito positivo. Desde a lei básica do pessoal extranumerário (Decreto-lei n.º 240, de 4 de fevereiro de 1938), a copiosa legislação relativa a êsses servidores precários se norteia pela igualdade, embora parcial, com o pessoal permanente. O art. 252, n.º II do Estatuto representa, nessa evolução legislativa, um episódio mais amplo de uma política já esboçada em leis anteriores.

9. Não é, aliás, circunscrita ao Brasil essa tendência igualitária. No direito francês, em que a noção de funcionário público é ainda mais rígida do que entre nós, limitando-se aos titulares permanentes de cargo também permanente (com a exclusão tanto de interinos, como de estagiários), a lei vem organizando, em moldes congêneres, o tratamento jurídico dos "auxiliares", que se assemelham à nossa figura de extranumerário.

10. Informa, em livro recente, ANDRÉ DE LAUBADÈRE, professor da Faculdade de Direito de Paris:

> "Les auxiliaires ont été ainsi dotés d'un statut comprenant de véritables *cadres* (Décr. du 19 avril 1946 organisant des garanties d'avancement, de discipline, congé de maladie, etc); de ce point de vue ils ne se distinguent donc plus des fonctionnaires que par le fait qu'ils ont des cadres propres, différents de ceux des fonctionnaires proprement dits; quant à la permanence de leur emploi on peut seulement dire qu'elle est moindre que pour les fonctionnaires (Le décret de 1946 distingue du reste les auxiliaires permanents et provisoires). En realité, il n'est pas interdit de considérer les auxiliaires comme constituant une *catégorie particuliére de fonctionnaires*" (grifos do autor). ("Traité élémentaire de Droit Administratif" — 1953 — p. 660).

11. *Promoção* e *melhoria* são, em nosso direito administrativo, institutos afins. Correspondem, ambos, ao acesso do servidor em sua carreira ou série funcional e se aproximam na sistemática, inclusive quanto aos critérios de antiguidade e merecimento. Na vigência do Estatuto anterior, que não dilatava o próprio regime às funções de extranumerário, as normas de promoção já serviam, supletivamente, para regular o processamento das melhorias de salário.

12. Aliás, o diagnóstico de que é cabível aplicar ao extranumerário o regime de promoção fixado no atual Estatuto já foi feito pelo próprio legislador. O mesmo Decreto n.º 32.258, que restaurou as melhorias de salário, determina, no art. 7.º, que elas "obedecerão ao disposto no Regulamento aprovado pelo Decreto n.º 32.015, de 29 de dezembro de 1952", ou seja, ao Regulamento de Promoções do pessoal efetivo.

13. Parece-me, assim, que as melhorias de salário a serem realizadas devem observar o sistema constante do Capítulo III, do Título II, da Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952, *ex-vi* do n.º II de seu art. 252.

14. Em conseqüência, é indispensável que nelas prevaleça a exigência do interstício de 365 dias de efetivo exercício na referência (art. 42), tendo-se como revogada, por incompatível com a generalidade do requisito, a exceção do art. 44, § 1.º do Decreto-lei n.º 5.175, de 7 de janeiro de 1943.

15. A segunda parte da consulta se refere à possível retroatividade dos atos de melhoria de salário, em virtude do § 1.º do art. 40 do Estatuto.

16. E' princípio consagrado na doutrina, como na jurisprudência, que os requisitos legais de promoção não constituem direito subjetivo do funcionário, mas apenas expectativa de direito. A natureza estatutária da função pública tem, como conseqüência, a faculdade de alteração unilateral, pelo Estado, do direito objetivo que a regula (MARCEL WALINE — *Traité élémentaire de Droit Administratif* — 5.ª edição, p. 341).

17. "O poder de promover é, em princípio, discricionário" ensina GASTON JÈZE (*Principios generales de Derecho Administrativo* — vol. II — 2.ª parte — p. 102), enquanto DUEZ e DEBEYRE assinalaram que sòmente a lei pode restringir, nessa matéria, a liberdade de decisão do administrador, devendo, de qualquer forma, ser interpretada restritivamente (PAUL DUEZ et GUY DEBEYRE — *Traité de Droit Administratif* — 1952, p. 720). *La promoción en la escala jerarquica no es un derecho subjetivo del agente público, es solamente un interés legitimo*, esclarece VILLEGAS BASAVILBASO (*Derecho Administrativo* — vol. III — 1.ª parte, p. 478).

18. Na doutrina italiana, desde PETROZIELLO, que descreveu a promoção como "un diritto pontenziale nella sua esistenza, incerto nel suo contenuto" (*Il rapporto di publico impiego*, 1935, p. 291) até autores mais recentes como GINO VITTA (*Diritto Amministrativo* — 1950 — vol. II, p. 293), LENTINI (*Istituzioni di Diritto Amministrativo* — 1939 — vol. I, p. 1951), D'ALESSIO (*Diritto Amministrativo* — 1943 — vol. I, p. 506) ou SANDULLI (*Manuale di Diritto Amministrativo* — 1952, p. 122), todos são unânimes em afirmar a inexistência de direito adquirido ao acesso na carreira.

19. Não diferem os pronunciamentos dos juristas nacionais. Anota FRANCISCO CAMPOS, em estudo excelente:

> "o que comumente se denomina "direito à carreira" não é um direito pròpriamente dito: é apenas uma esperança ou possibilidade de direito".

20. Em seguida, formula o quesito:

> "E' a administração obrigada a fazer as promoções ? Não poderá adiá-las por motivo de interêsse público ?"

ao qual oferece resposta:

> "... embora reunidos os requisitos para a promoção, a Administração não é obrigada a promover. Ela não poderá promover contra a lei; mas não é obrigada a realizar as promoções, se o interêsse público lhe indica a conveniência de se abster das promoções ou de adiá-las". ("Revista Forense" — vol. C — págs. 31/32).

21. Também GUIMARÃES MENEGALE especifica:

> "condição material, normal, para a promoção, é a existência de vaga. Contudo, a existência de vaga *não obriga à promoção*. O preenchimento de vaga é objeto de interêsse do serviço público, como a criação ou extinção dos cargos, tanto que não é lícito ao funcionário renunciar a êsse direito. Assim, a autoridade administrativa expedirá o ato de promoção quando se lhe afigurar oportuno, sem prazo prefixado, quando, em outros têrmos, o serviço público o reclamar". ("Revista Forense" — vol. 95, p. 63).

22. Por igual forma opinam, entre muitos, TITO PRATES DA FONSECA (*Lições de Direito Administrativo* — p. 219), OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO (*Promoções por sentença* — IV, págs. 28/5), ANTÃO DE MORAES (*Problemas e negócios jurídicos* — vol. III p. 163), LUIZ GALLOTTI (*Pareceres do Procurador-Geral da República* — vol. I, p. 102), ALAIM DE ALMEIDA CARNEIRO — (*Revista de Direito Administrativo* — vol. III, p. 194), ORÓZIMBO NONATO (*Revista de Direito Administrativo* — vol. 19 — p. 133), CARLOS MEDEIROS SILVA (Pareceres ns. 213-T e 236-T, "Diário Oficial" — 16-12-52, p. 19.104 e 3-3-53 — p. 3.523 e *Pareceres do Consultor-Geral da República*, vol. I, p. 404 e vol. II, p. 86) e MÁRIO MAZAGÃO (*Revista de Direito Administrativo* — vol. I, p. 693).

23. Dentro dessa compreensão dominante de que a garantia legal de promoção apenas consubstancia uma expectativa de direito, a jurisprudência, tanto administrativa, como judicial, firmou o entendimento de que a administração não está obrigada a realizar a promoção, uma vez verificada a existência de vaga. Não é lícito ao administrador preterir um funcionário em benefício de outro, ficando, porém, a seu critério decidir sôbre a oportunidade da promoção, segundo o imperativo do interêsse público.

24. Na instância administrativa são expressivos êsses exemplos:

> "Em o nosso direito administrativo, o funcionário ocupante de cargo de carreira não adquire direito de ser promovido à classe

imediatamente superior, pela simples abertura de vaga" (Parecer do D.A.S.P. — Processo n.º 6.916/44 — cit. Pinto Pessoa Sobrinho — *Manual dos Servidores do Estado* — volume I, p. 119).

> "Nada mais desamparado pelas decisões nas esferas administrativa e judiciária do que êste, o de que há um direito à promoção" (Parecer do D.A.S.P. — Proc. 2.277/49 — *Revista de Direito Administrativo* — volume 20, p. 248).

25. Também o Supremo Tribunal Federal traçou a hermenêutica do instituto, estabelecendo a discricionariedade do Poder Executivo, no tocante à efetivação das promoções. No recurso extraordinário n.º 8.575, de São Paulo, deliberou o Pretório Excelso que "o direito à promoção está condicionado à conveniência administrativa" (*Revista do Direito Administrativo* — vol. III — p. 194).

26. Nessa decisão, que se destaca com um "leading case" em nossa jurisprudência de Direito Administrativo, pronunciou-se, eruditamente, o respectivo relator, Ministro FILADELFO AZEVEDO, pela tese oposta. A maioria do Tribunal repeliu, contudo, as suas conclusões, entendendo inexistir a promoção obrigatória aos cargos vagos.

27. Mais recentemente, o mesmo Supremo Tribunal Federal, acompanhando voto do Ministro LAUDO CAMARGO, admitiu no recurso extraordinário n.º 8.575, que

> "Direito assistiria aos autores se preteridos fôssem nas promoções a que teriam feito jus. De ver, porém, que preterição não houve, porque promoções se não fizeram" (cit. parecer Proc. Geral da República — "D.J." — 4-11-49, p. 3.714),

enquanto o Ministro OROZIMBO NONATO declarou, nos embargos à apelação cível n.º 7.387, que

> "a demora no provimento do cargo não constitui mora, pois não tem a administração, em princípio, dever de efetivá-lo em prazo certo" (ibidem).

28. No mandado de segurança n.º 880, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, resolveu que

> "o chamado direito à promoção não vincula a administração a preencher as vagas *in sictu oculi* e nem ainda em prazo determinado, salvo se êste dever constar de lei expressa". (*Revista de Direito Administrativo* — vol. 19, p. 125).

29. O eminente Relator, Ministro OROZIMBO NONATO, depois de vistoriar a doutrina, escreve:

> E, ainda que, contra a melhor doutrina, se houvesse por adquirido e perfeito com a verificação de vaga, o direito à promoção, a ofensa se desvelaria com o provimento de cargo vago por outrem que não o funcionário benemérito da promoção.
>
> .....
>
> Não tem sido outra, pelo menos em sua fase recente, a orientação dêste Supremo Tribunal Federal e a que já paguei tributo em voto invocado no parecer da Procuradoria-Geral da República. Estaria vulnerado o direito do impetrante se a promoção beneficiasse a outro funcionário, na conformidade de douto pronunciamento manifestado neste Tribunal pelo eminente Sr. Ministro Laudo Camargo." (*ibidem* — p. 133).

30. E' importante notar que essa jurisprudência se consolidou à luz do Estatuto de 1939, não obstante a norma do seu artigo 55, segundo o qual

> "as promoções serão processadas e *realizadas* em épocas fixadas em regulamento",

permitindo, assim, ao Poder Executivo fixar o princípio das promoções trimestrais, ou seja, em março, junho, setembro e dezembro de cada ano (art. 40 do Dec. n.º 24.646, de 10-3-48; art. 35 do Dec. n.º 2.290, na redação dada pelo Decreto n.º 9.137, de 30-3-42).

31. O preceito atual do artigo 40 do Estatuto de 1952 não representa, assim, novidade no regime jurídico de função pública federal. Êle apenas transpõe a norma do plano regulamentar para o legal; coloca, diretamente, na lei a especificação das épocas de promoção que, anteriormente, estava delegada ao regulamento.

32. O § 1.º do art. 40 condensa, porém, um princípio que vem alterar, substancialmente, a latitude discricionária da ação do Estado. Completando a vinculação do ato administrativo da promoção a prazos determinados, obriga à sua retroação, se efetuada extemporâneamente, porque

> "quando não decretada no prazo legal, a promoção produzirá seus efeitos a partir do último dia do respectivo trimestre".

33. Mesmo admitindo-se, portanto, que a administração continue com a faculdade de retardar as promoções quando assim o recomendar o interêsse público, o acesso, quando consumado, terá, obrigatòriamente, de retroceder ao término do quadrimestre próprio, na forma da disposição transcrita.

34. A suspensão temporária das melhorias de salário não caducou com a superveniência do novo Estatuto, extensivo, *ex vi legis*, aos extranumerários, desde que a medida de ordem geral objetivava permitir, sob a inspiração da conveniência administrativa, a revisão de atos reputados ilegais.

35. Ultimada, porém, a providência e estabelecidas as melhorias de salário, devem elas retroagir ao último dia do trimestre imediatamente seguinte à lei nova, que estipulou essa forma de vinculação da competência administrativa.

36. Entendo, pois, que os efeitos das melhorias de salário em referências que se vagarem até o último dia de outubro (art. 41 do Dec. n.º 32.015, de 29-12-52), devem se iniciar em *31 de dezembro de 1952*, ou seja, no último dia do trimestre posterior à vigência do novo Estatuto.

E' o meu parecer,

sub censura.

Rio de Janeiro, em 1.º de abril de 1953. — *Caio Tácito*, Consultor Jurídico.

Processo N.º 11.292/52

PROMOÇÃO NA RESERVA POR SERVIÇOS EM ZONA EQUIPARADA À DE GUERRA — A LEI N.º 1.156, DE 1950, NÃO SE APLICA AOS CIVIS QUE TENHAM PRESTADO SERVIÇO NAS REGIÕES DEFINIDAS NO DECRETO N.º 10.490-A, DE 1942.

PARECER N.º 29/53

Tendo sido reformado, compulsòriamente, como 1.º Tenente-médico da Polícia Militar do Distrito Federal, pleiteia o Dr. Hilário Locques da Costa a sua promoção, na reserva, ao pôsto de Capitão-médico, invocando, para isso, a Lei n.º 1.156, de 12 de julho de 1950.

2. O suplicante foi admitido no corpo médico militar em 2 de dezembro de 1946, tendo, porém, exercido, desde novembro de 1940, a função de médico extranumerário-mensalista, do Ministério da Justiça, com exercício no Serviço de Saúde da Polícia Militar.

3. Nessa função civil, que exerceu de 1940 a 1946, o suplicante teve exercício no Hospital da Polícia Militar, no Distrito Federal, parecendo-lhe que êsses serviços mé-

dicos devem ser considerados como atividade em zona de operações de guerra, para efeito da vantagem de reforma em pôsto superior.

4. O requerente sòmente foi investido em pôsto militar em época de paz, quando já terminara o último conflito mundial armado, de que participaram fôrças militares nacionais, das quais não participou, seja em zona de operações efetivas de guerra, seja em outras a essas legalmente assemelhadas.

5. A Lei n.º 1.156, de 12 de julho de 1950, mandou estender os favores da Lei n.º 288, alterada pela de n.º 616, a

> "todos os *militares* que prestaram serviço na zona de guerra referida e delimitada pelo art. 1.º do Decreto n.º 10.490-A, de 25 de setembro de 1942".

6. Não sendo *militar* durante a guerra, mas, apenas, médico *civil* do Ministério da Justiça, com exercício em hospital da Polícia Militar, que é fôrça auxiliar do Exército, não está o requerente abrangido na hipótese legal.

7. Faltou-lhe, durante a fase bélica, o elemento essencial de qualificação aos benefícios da Lei n.º 1.156, que, como já evidenciou o atual Sr. Consultor-Geral da República, não são extensivos aos servidores públicos civis (CARLOS MEDEIROS SILVA — *Pareceres do Consultor-Geral da República* — vol. I, págs. 3, 55 e 430).

8. Concordo, em conseqüência, com o parecer da D.P., opinando pelo indeferimento do pedido.

Rio de Janeiro, em 1.º de abril de 1953. — *Caio Tácito*, Consultor Jurídico.

Processo N.º 10.980/52

PROMOÇÃO A PÔSTO INEXISTENTE — INTERPRETAÇÃO DAS LEIS N.º 288, DE 1948, N.º 616, DE 1949 E N.º 1.156, DE 1950 — PÔSTO FINAL DA HIERARQUIA NAS POLÍCIAS MILITARES — APLICAÇÃO DA LEI N.º 192, DE 1936.

PARECER N.º 31/53

Propõe o Ministério da Justiça um parágrafo único ao artigo 10 do Decreto n.º 3.273, de 16 de novembro de 1938, de modo a permitir a promoção a coronel, na Polícia Militar do Distrito Federal, os oficiais que passaram ou venham a passar à inatividade, com as vantagens de acesso a pôsto superior.

2. A medida visa a beneficiar os oficiais da citada corporação que, por se encontrarem no último pôsto da carreira, não se podem beneficiar das regalias estabelecidas na Lei n.º 288, de 8 de junho de 1948, modificada pela de n.º 616, de 2 de fevereiro de 1949 e ampliada pela de n.º 1.156, de 12 de julho de 1950.

3. A aplicação dessas leis especiais tem sido objeto de longa controvérsia, que versa, entre outros pontos, sôbre a possibilidade de promoção de militar ou civil, que tenha prestado serviços em zona de guerra ou a ela legalmente assemelhada, a pôsto ou cargo inexistente no respectivo quadro ou carreira.

4. A matéria foi excelentemente tratada em pareceres do atual Consultor-Geral da República, um dos quais exarado no presente processo (fls. 117 a 124), nêles se tendo firmado, com aprovação do Sr. Presidente da República, o entendimento de que não poderia o militar ascender a pôsto inexistente (CARLOS MEDEIROS SILVA — *Pareceres do Consultor-Geral da República* — vol. I — págs. 1, 265 e 427; vol. II — págs. 211, 219, 259 e 267).

5. Embora essas decisões administrativas, inclusive do Sr. Presidente da República, não tenham sido revogadas formalmente, é sabido, entretanto, que se têm verificado acessos na reserva militar, a postos excedentes do teto da carreira, em tempo de paz.

6. O Poder Judiciário, que já admitiu, em exegese liberal, a acumulação de promoções na passagem à inatividade, ainda não se pronunciou, expressamente, sôbre a possibilidade de ser ultrapassado o pôsto final da carreira.

7. E', contudo, expressivo que, em sessão plenária de 12 de junho de 1952, o Supremo Tribunal Federal, tenha rejeitado, unânimemente, os embargos de declaração no mandado de segurança n.º 1.698, do Distrito Federal.

8. Nesses embargos, argüira, precisamente, o Doutor Procurador-Geral da República, que o mandado concedido ao General de Divisão Heitor Abrantes não poderia ser executado a não ser mediante a sua promoção a pôsto inexistente ("Diário da Justiça" — 6 de janeiro de 1953, página 131).

9. Acompanhando o eminente Relator, Ministro Lafayette de Andrade, decidiu a Colenda Côrte rejeitar os embargos, entendendo inexistir omissão, obscuridade ou contradição no acórdão.

10. Concluindo o seu voto, assim se exprimiu o ilustre magistrado:

> "Não se discutiu se os intendentes podem ou não atingir ao pôsto de general do exército, quando na reserva. Cuidou a decisão, sòmente, de examinar se o impetrante estava nas condições protegidas nas leis, e leis que nenhuma restrição fazem à promoção pleiteada, *não sujeitando-a aos limites dos quadros da ativa*" (o grifo é nosso).

11. A tendência, portanto, tanto na esfera administrativa, como na instância judiciária, parece inclinar-se para a admissão de acesso do militar a pôsto superior à última escala de sua carreira.

12. No caso presente, há, ainda, a considerar que a Lei n.º 192, de 17 de janeiro de 1936, faculta, na organização dos polícias militares, que a carreira se eleve ao pôsto de coronel, embora, no Distrito Federal, ela se encerre no pôsto de tenente-coronel, em virtude de decreto executivo.

13. A sua elevação a mais um pôsto, seja na ativa, como na reserva, é matéria de "mera conveniência administrativa", como já assinalou o Sr. Consultor-Geral da República (fls. 124).

14. Desde que, no entender do Govêrno, exista conveniência no emprêgo da faculdade legal para estabelecer, na reserva, pôsto que propicie o acesso concedido em atenção aos sacrifícios especiais dos combatentes, não há razões de ordem jurídica que invalidem êsse propósito da administração, podendo, para o efeito preconizado, ser assinado decreto, nos moldes da minuta em anexo.

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

Rio de Janeiro, em 10 de abril de 1953. — *Caio Tácito*, Consultor Jurídico.

Processo N.º 157/53

ABANDONO DE CARGO — A ÊLE SE EQUIPARA A INÉRCIA DO FUNCIONÁRIO EM ENTRAR EM EXERCÍCIO.

PARECER N.º 30/53

O atual Estatuto dos Funcionários Públicos Civis não mais reproduz o art. 38 da lei anterior que determinava a demissão do funcionário que não entrasse em exercício no prazo legal.

2. A omissão não significa, porém, que a inércia do funcionário em assumir o exercício do cargo esteja imune àquela pena administrativa.

3. A posse é a investidura no cargo público (artigo 21) e com ela surge para o funcionário o dever do exercício assíduo da função pública (art. 194, n.º I).

4. Excedido, portanto, o prazo legal de início do exercício (art. 31, n.º II), inclusive o de sua prorrogação, se concedida (art. 31, § 3.º), caracteriza-se o abandono do cargo, passível de demissão (art. 207, n.º II), e, mesmo, de procedimento criminal, se evidenciado o dolo (art. 15, parágrafo único e art. 323 do Código Penal).

5. Parecem-me, pois, exatas as conclusões do parecer da D.P.

Rio de Janeiro, em 1 de abril de 1953. — *Caio Tácito*, Consultor Jurídico.

Processo N.º 11.523/52

ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO NO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO — APLICAÇÃO DA LEI N.º 499, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1948, DA LEI N.º 1.711, DE 28 DE OUTUBRO DE 1952 E DO DECRETO N.º 31.922, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1952.

PARECER N.º 32/53

Pedro Vergara, Procurador da República de 2.ª categoria, recorre ao Senhor Presidente da República do despacho do Sr. Ministro da Justiça que lhe indeferiu o pedido de adicionais por tempo de serviço, na forma do art. 16 da Lei n.º 499, de 30 de novembro de 1948, combinado com o art. 13, § 2.º, da Lei n.º 116, de 15 de outubro de 1947.

2. O ponto essencial da questão reside na possibilidade ou não de ser computado, para êsse fim, o tempo de mandato legislativo exercido pelo requerente, em diversos períodos.

3. A decisão recorrida, baseada em pareceres do Senhor Consultor-Geral da República e do Sr. Consultor Jurídico, dêste Departamento, recusou validade àqueles prazos de exercício ficto, para efeito de percepção de adicionais, por entender limitada a sua eficácia aos casos de aposentadoria e antiguidade, segundo a regra do art. 50 da Constituição.

4. Cabe, inicialmente, ressaltar que a lei aplicável à contagem de tempo de serviço é sempre a vigente à época em que se concretizem as vantagens decorrentes da sua apuração. A lei nova que regula diversamente a forma de avaliação do tempo de serviço vigora, a partir de sua vigência, para tôdas as situações ainda não consumadas, inclusive com referência aos períodos anteriores. Salvo norma legal expressa, não há, em suma, direito adquirido a determinada forma de contagem de tempo de serviço, mas apenas uma expectativa de direito, possível de ser alterada pelo legislador.

5. O caso em exame deve, portanto, ser resolvido segundo a lei atual, não obstante o exercício dos mandatos eletivos se tenha desdobrado durante a vigência de leis e Constituições sucessivas.

6. A invalidade do tempo de mandato legislativo, para efeito de percepção de adicionais, foi argüida com apoio na exegese administrativa de que o art. 50 da Constituição de 1946 permitiu-lhe a contagem "apenas para promoção por antiguidade e aposentadoria".

7. Ocorre, porém, que, posteriormente aos pareceres citados, o Poder Legislativo editou preceito expresso que, repetindo lei ordinária anterior, manda considerar "de efetivo exercício o afastamento em virtude de desempenho de função legislativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (art. 79, n.º VIII, da Lei número 1.711, de 28 de outubro de 1952).

8. A seu turno, o Poder Executivo, em decreto regulamentar, estabeleceu o cômputo do prazo de mandato legislativo para o cálculo do tempo de serviço necessário à concessão de adicionais (art. 7.º, n.º II, alínea *h*, do Decreto n.º 31.922, de 15 de dezembro de 1952), convindo observar o caráter supletivo do dispositivo, no tocante ao Ministério Público (Lei n.º 1.711, art. 253).

9. À vista de solução legal, que tem a seu favor a presunção de legitimidade e a fôrça de normatividade obrigatória, parece-me que deve ceder a interpretação atribuída ao texto constitucional na esfera administrativa.

10. Cabe, portanto, a meu ver, a acolhida do recurso, para efeito de ser autorizado o cômputo do tempo de exercício de mandato legislativo, como se fôsse de efetivo exercício do cargo.

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

Rio de Janeiro, 13 de abril de 1953. — *Caio Tácito*, Consultor Jurídico.

Processo N.º 6.646/52

DISPONIBILIDADE POR CONVENIÊNCIA DO SERVIÇO — SUA EXCLUSÃO, COMO MEDIDA DISCIPLINAR, NO ATUAL ESTATUTO, NÃO FAZ CESSAR, DE IMEDIATO, A QUE FOI DECRETADA DE ACÔRDO COM LEI ANTERIOR.

PARECER N.º 34/53

Consulta o Serviço do Pessoal da Fazenda se, à vista do art. 65 da Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952, é obrigatório o imediato aproveitamento de funcionário pôsto em disponibilidade, na forma do art. 193, n.º I, do Estatuto anterior.

2. A forma de disponibilidade por conveniência do serviço não foi criação do regime político estabelecido em 10 de novembro de 1937, com a outorga de nova Carta Magna, em substituição ao Estatuto básico de 1934. Mostrou ALAIM DE ALMEIDA CARNEIRO, em excelente estudo, que as suas origens remontam à Lei n.º 614, de 22 de agôsto de 1851, sòmente se modificando, naquela transformação política, para ascender ao plano constitucional (*Revista de Dir\to Administrativo* — vol. 19, p. 54).

3. Omitida na Constituição de 1946, nem por isso desapareceu a disponibilidade como pena disciplinar, visto que perdurou na lei ordinária. Assim o entenderam em sua maioria, a doutrina e a jurisprudência, não obstante ponderáveis opiniões em contrário (ver: ALAIM DE ALMEIDA CARNEIRO — *A disponibilidade como pena disciplinar* — "Revista de Direito Administrativo" — vol. 19, p. 54; BARBOSA LIMA SOBRINHO — *A Constituição de 1946 e as disponibilidades dos funcionários públicos* — "Revista de Direito Administrativo" — vol. 24, p. 11; acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Justiça da Paraíba — "Revista de Direito Administrativo" — vol. 19 — págs. 54 e 61; Exposição de Motivos n.º 972 — do D.A.S.P. — Revista, cit., vol. 19, p. 290; parecer do Dr. ALCIDES MENDONÇA LIMA — Revista cit., vol. 19, p. 391; parecer do Dr. CARLOS MEDEIROS SILVA — Revista cit., vol. 19, p. 55 — nota 1 e *Diário Oficial* — 14 de julho de 1949, p. 10.087; despacho do Sr. Ministro das Relações Exteriores — *Diário Oficial* — 7 de maio de 1952, p. 7.635).

4. Vigente, porém, o novo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, não mais se inclui a disponibilidade no elenco das penas disciplinares (art. 201). A sua invocação se limita estritamente à hipótese constitucional de garantia dos direitos subjetivos do funcionário estável, se extinto o respectivo cargo (Estatuto, art. 174; Constituição, art. 189, parágrafo único).

5. A exclusão da disponibilidade como medida punitiva não anula, porém, os atos legìtimamente praticados ao agasalho da lei antiga. A pena administrativa legalmente imposta não se arruína se lei posterior não mais a consagra entre os remédios disciplinares.

6. O cancelamento de ato punitivo lícito sòmente se pode operar mediante revisão (Estatuto, art. 233), ou anistia. Não se configurando qualquer dessas hipóteses, sobrevive a pena administrativa cuja aplicação se consumou no regime de lei repudiada.

7. O aproveitamento obrigatório do disponível, a que alude o art. 65 do Estatuto (reproduzindo, nesse passo, o parágrafo único, *in fine*, do art. 189, da Constituição) relaciona-se com a forma estatutária atual de disponibilidade por extinção do cargo. Nem poderia, como norma permanente, cogitar de figura já proscrita da lei nova.

8. A extinção da disponibilidade punitiva, aplicada na vigência do Estatuto anterior, sòmente se verificará quando, na forma de seu artigo 84, cessarem "os motivos determinantes da medida". Silente a respeito a lei nova, ocorre a sobrevivência tácita da lei antiga, conforme a lição de PAUL ROUBIER (*Les conflits de lois dans le temps* — vol. I, p. 630). E' o fenômeno de ultratividade de lei extinta, produzindo efeitos póstumos, de modo a evitar o vácuo na ordem jurídica.

9. Por êsses fundamentos e tendo em vista que o Sr. Presidente da República, em ato recente, considerou subsistentes os motivos determinantes da medida (fôlha 178), deve, a meu ver, ser mantida a disponibilidade decretada.

Rio de Janeiro, 9 de abril de 1953. — *Caio Tácito*, Consultor Jurídico.