

Ascensões funcionais ilegais: A questão da sua invalidação à luz do princípio da segurança jurídica

Illegal functional rises: The question of its invalidation under the principle of legal certainty

Leonardo Fuentes Fauaz de Andrade¹

RESUMO

A Constituição da República veda, em seu artigo 37, inciso XI, o provimento de cargos públicos efetivos sem prévia realização de concurso público, bem como àquele que já é servidor investir-se em cargo distinto daquele anteriormente ocupado. Em muitos casos, porém, a Administração Pública promoveu as chamadas ascensões funcionais, a despeito da proibição constitucional, possibilitando a um servidor ocupante da última classe do seu cargo lograr passagem para a primeira classe de cargo diverso ou tido como complementar do primeiro. Sucede que muitos desses atos são mantidos por considerável lapso de tempo no mundo fático, gerando expectativas legítimas tanto da ótica do servidor como da Administração e da coletividade, dada a sua aparência de legalidade. Nesse sentido, constatada a irregularidade após o transcurso de lapso de tempo considerável, faz-se necessário perscrutar se, de fato, a invalidação seria a melhor solução ou se se justifica a sua manutenção do ato no mundo jurídico, considerando o princípio da segurança jurídica e seus consectários.

Palavras-Chave: Ascensão funcional. Legalidade. Segurança jurídica.

ABSTRACT

The Constitution prohibits, in article 37, section XI, the provision of effective public post without any previous public competition, as well as that which is already investing into a position distinct from that position previously occupied. In many cases, however, the Public Administration promoted the so-

1 (Analista de Controle Externo no TCE-RJ; Coordenador-Geral da CAR; pós-graduado em direito público e privado pela Associação dos Membros do Ministério Público em parceria com o Instituto Superior do Ministério Público. E-mail: leonardofa@tce.rj.gov.br)

called functional rises, despite the constitutional ban, allowing an occupant server of the last class of his office to achieve passage of several first class post or considered complementary to the first. It happens that many of these acts are maintained for a considerable period of time in the factual world, generating legitimate expectations of both the perspective of the server as the administration and the community, given the appearance of legality. In this sense, the irregularity observed after the passing of considerable time, it is necessary to scrutinize whether, in fact, invalidation would be the best solution or if warrant keeping the act in the legal world, considering the principle of legal certainty and their consequences.

Keywords: Career Advancement; Legality; Legal certainty.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo analisar a viabilidade da desconstituição de ato de ascensão funcional de servidor público pela Administração Pública, quando já ultrapassado tempo suficiente para conferir àquela situação aparência de legalidade, gerando expectativas legítimas de sua manutenção no mundo jurídico à luz do princípio da segurança jurídica.

Como cediço, a Constituição da República (CRFB), no seu artigo 37, inciso II, estabelece a obrigatoriedade de realização de concurso público para o provimento de cargo público efetivo, sistemática que também se aplica ao servidor que busca investir-se em cargo distinto daquele que já ocupava, conforme, aliás, proclama a súmula 685² do Supremo Tribunal Federal (STF).

Ocorre que, em inúmeros casos, essa investidura em cargo diverso, após a vigência da CRFB, por quem já era servidor público deu-se não pela prestação de concurso público, mas sim em decorrência da chamada ascensão funcional, assim entendida “a forma de progressão pela qual o servidor é elevado de cargo situado na classe mais elevada de uma carreira para cargo da classe inicial de carreira diversa ou de carreira tida como complementar da anterior”.³

É certo que essa prática, em tese, viola à regra estampada no art. 37, II,

2 STF, súmula 685: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2010, p. 671.

da CRFB, na medida em que permite ao servidor público investir-se em cargo público distinto daquele que anteriormente ocupava sem a necessidade de realização de novo concurso público de provas ou de provas e títulos.

Contudo, em que pese a ilegalidade constatada no plano abstrato da ascensão funcional pós CRFB, indaga-se: seria dado à Administração Pública desfazer um ato de ascensão funcional, praticado sem que o servidor tenha contribuído para a sua efetivação, quando já decorridos longos anos e inexistir prazo legal específico para o exercício do seu poder-dever de autotutela?

É com base nesse questionamento que se busca solucionar, neste trabalho, a questão da ascensão funcional à luz do princípio constitucional da segurança jurídica e seus consectários.

2 ASCENSÕES FUNCIONAIS ILEGAIS E SEGURANÇA JURÍDICA

2.1 O princípio da segurança jurídica na CRFB

Na sua origem, o termo segurança jurídica surgiu de forma relacionada à segurança que o ordenamento jurídico oferecia, sendo o Direito o responsável por garanti-la nas relações travadas na sociedade.

Essa ideia, no entanto, começou a ser flexibilizada ante a insuficiência de o Direito garantir, por si só, a segurança, diante do incremento da sociedade de risco, do imperativo econômico, do aumento do Estado e da instabilidade e a perda da qualidade da ordem jurídica. Assim, ganhou relevo o estudo da segurança jurídica como segurança do ordenamento jurídico, não mais a segurança jurídica através do ordenamento jurídico.

Hoje, fala-se em constitucionalização da segurança jurídica, ainda que o princípio não esteja expressamente previsto na CF, como decorrência da cláusula geral do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*).

Mas, em que consiste uma ordem jurídica segura?

No Direito Francês, afirma-se que uma ordem jurídica segura é composta dos elementos acessibilidade, previsibilidade e estabilidade. Uma ordem jurídica é acessível quando têm normas claras, precisas, com a necessária publicidade e eficazes. A previsibilidade está relacionada à possibilidade

de calcular, antever, estimar os comportamentos do legislador e da Administração, de modo que os cidadãos não sejam surpreendidos pelas decisões estatais. Por fim, uma ordem jurídica segura é uma ordem jurídica estável, isto é, quando existem limites à alteração das normas e das decisões, de modo que essas alterações só ocorram sob condições predeterminadas.

Dentro do atual quadro constitucional, também surgiu o princípio da proteção da confiança legítima (ou proteção das legítimas expectativas). Esse princípio foi desenvolvido na jurisprudência alemã, num primeiro momento, passando à jurisprudência das Cortes Europeias, dos países que integram essa comunidade e, posteriormente, à jurisprudência norte-americana.

O princípio da proteção da confiança é um subprincípio, uma densificação do valor segurança jurídica. A aplicação do princípio da proteção da legítima confiança, no Direito Administrativo, depende da verificação da existência de um ato em cuja estabilidade o cidadão possa confiar, da legitimidade dessa confiança (não há legitimidade quando o interessado deu causa à ilegalidade) e da necessidade de eventual ponderação dela com o interesse público em sentido contrário.

Por fim, observa-se, consoante nos ensina abalizada doutrina⁴, que a ideia de confiança legítima insere-se na conotação ampla e abrangente do princípio da segurança jurídica, o qual possui dois aspectos. O primeiro, objetivo, indica a necessidade de estabilização do ordenamento jurídico, considerada a proteção ao direito adquirido ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CRFB). Já o aspecto subjetivo está relacionado à proteção da confiança do indivíduo em relação a atos, sobretudo estatais, vez que dotados de presunção de legitimidade e com aparência de legalidade.

2.2 Segurança Jurídica E Manutenção De Ascensões Funcionais Ilegais

Na Administração Pública, seja federal, estadual ou municipal, é comum ver casos de servidores que, em algum momento, antes ou pós CRFB, lograram investir-se em cargo público diverso da carreira da qual estavam inicialmente investidos em razão da prática de ato administrativo que efetiva

4 *Idem*, p. 39.

uma ascensão funcional.

A ascensão funcional, conforme afirmado alhures, consiste na mudança de cargo público pelo servidor ocupante da mais elevada classe de uma carreira para cargo inicial de carreira diversa ou tida como complementar. Trata-se de prática prosrita pelo art. 37, II, da Constituição, que estabelece a regra do concurso para o provimento de cargos públicos efetivos. O ato que promove a ascensão funcional, portanto, seria ilegal.

É certo que um ato administrativo inquinado de vício de legalidade, em tese, será prejudicial ao interesse público. Contudo, diante das peculiaridades do caso concreto e do dinamismo das relações jurídicas sociais, depreende-se que nem sempre sua anulação será a melhor solução, considerando que o próprio interesse da coletividade poderá ser mais bem atendido com a manutenção do ato nascido de forma irregular.

É que, se por um lado, no plano abstrato, há a violação da regra constitucional do concurso público para o provimento de cargos efetivos, de outro, há que se reconhecer que, de fato, os servidores beneficiados com a ascensões funcionais praticaram diversos atos sob forte aparência de legalidade, adquirindo direitos de boa-fé e desempenhando atividades de relevância administrativa e social em grande parte de sua vida funcional.

Em nome da segurança jurídica, portanto, há que se ponderar que certas situações mantidas sob a aparência de legalidade por considerável lapso temporal produzem consequências jurídicas irreversíveis, tanto sob a ótica do servidor de boa-fé como da Administração e toda a coletividade.

Afinal, o exercício da prerrogativa da autotutela administrativa deve ser limitado no tempo por razões de segurança jurídica, bem como pela confiança legítima dos servidores gerada pela presunção de legalidade e de legitimidade dos atos administrativos, sobretudo quando seus beneficiários não concorreram para a sua prática.

Em situação semelhante, destaca-se que o próprio Supremo Tribunal Federal, com fundamento nos princípios da proteção da confiança legítima, da segurança jurídica e da boa-fé, decidiu pela manutenção da validade de contratações, sem concurso público, de empregados da INFRAERO, como se extrai do julgamento do MS 22.357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Igualmente, desta vez especificamente em caso de ascensão funcional, o STF negou a possibilidade de o TCU anular ato de ascensão funcional de servidor operada e aprovada há mais de cinco anos, tendo em vista o disposto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, em acórdão cuja ementa se transcreve a seguir:

Servidor público. Funcionário(s) da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Cargo. Ascensão funcional sem concurso público. Anulação pelo TCU. Inadmissibilidade. Ato aprovado pelo TCU há mais de cinco anos. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Consumação, ademais, da decadência administrativa após o quinquênio legal. Ofensa a direito líquido e certo. Cassação dos acórdãos. Segurança concedida para esse fim. Aplicação do art. 5º, LV, da CF e art. 54 da Lei federal 9.784/1999. Não pode o TCU, sob fundamento ou pretexto algum, anular ascensão funcional de servidor operada e aprovada há mais de cinco anos, sobretudo em procedimento que lhe não assegura o contraditório e a ampla defesa. (MS 26.560, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 17-12-2007, Plenário, DJE de 22-2-2008.) No mesmo sentido: MS 26.237-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 21-8-2012, Primeira Turma, DJE de 6-9-2012; MS 26.393, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 29-10-2009, Plenário, DJE de 19-2-2010; MS 26.117, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 20-5-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009; MS 26.406, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 1º-7-2008, Plenário, DJE de 19-12-2008; MS 26.353, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 6-9-2007, Plenário, DJE de 7-3-2008.

Necessário salientar que o art. 54 da Lei nº 9.784/99 enuncia regra que limita no tempo o exercício do poder-dever de autotutela da Administração Pública, estabelecendo o prazo decadencial de cinco anos para que se proceda à anulação de atos administrativos ilegais geradores de efeitos favoráveis para os seus destinatários, salvo má-fé.

A questão da convalidação das ascensões funcionais parece ser facilmente solucionada com a aplicação do art. 54 da Lei nº 9.784/99. Entretanto, cabe observar que o referido dispositivo aplica-se exclusivamente em âmbito federal, não se estendendo às demais esferas, na medida em que as normas de processo administrativo são elaboradas por cada ente federado, ausente a competência da União para estabelecer normas gerais sobre a matéria.

Quid juris na hipótese da inexistência de norma específica de decadência para a anulação de atos administrativos ilegais em determinado ente federado?

Para responder a essa indagação, traz-se à colação lição do Prof. Rafael Carvalho Rezende de Oliveira ao tratar da autotutela e da convalidação, *in verbis*:

Desta forma, temos que é preferível defender a tese de que a Administração Pública, mesmo sem norma legal específica, encontra-se limitada no seu poder de anulação de atos ilegais, tendo em vista os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima.⁵

Com efeito, o exercício da autotutela administrativa encontra limites no tempo por razões de segurança jurídica, bem como pela confiança legítima dos interessados gerada pela presunção de legalidade e de legitimidade dos atos administrativos.⁶

Por essa razão, o legislador estabeleceu a regra do art. 54 da Lei 9.784/99, prevendo o prazo decadencial de cinco anos para a Administração Pública federal exercer a sua prerrogativa de autotutela. Nesse caso, o próprio legislador já procedeu à ponderação de interesses para fixar o prazo máximo dentro do qual a Administração deverá anular seus atos ilegais, prestigiando a segurança jurídica em detrimento da legalidade. É o que a doutrina denomina convalidação involuntária do ato administrativo, tendo em vista que o vício é superado pelo decurso do tempo e não pela vontade expressa da Administração, como ocorre na convalidação voluntária.

Em todo caso, portanto, o decurso de lapso de tempo considerável, havendo previsão legal ou não de decadência, influi sobre o exercício do poder-dever de autotutela da Administração, consistindo, consoante nos ensina Alexandre Santos de Aragão ao trazer lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, naquilo que se denomina fato sanatório da nulidade do ato administrativo.⁷

3 CONCLUSÃO

Como visto, resta estreme de dúvidas que a ascensão funcional de servidor público na vigência da atual Constituição carece de legalidade, dada a sua incompatibilidade com o artigo 37, II, da CRFB.

5 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2011, p. 154.

6 *Idem*.

7 ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de Direito Administrativo*. Forense, Rio de Janeiro: 2012, p. 167.

No entanto, em atenção ao princípio da segurança jurídica, sobretudo quando há o decurso de um grande lapso de tempo desde a prática do ato até o momento em que se pretende invalidá-lo, e à boa-fé dos interessados, em alguns casos, há que se admitir a manutenção dos efeitos do ato administrativo ilegal. Trata-se, pois, da necessária ponderação de cumprimento dos preceitos legais e o princípio da segurança jurídica, que, diante do caso concreto, pode levar a uma conclusão pela manutenção dos efeitos de um ato reconhecidamente ilegal.

Com isso, reconhece-se a ilegalidade do ato, mas se salva a sua juridicidade, conservando-se os efeitos do ato jurídico. Isso porque, embora o ato infrinja a legalidade estrita, à luz do caso concreto, pode conformar-se aos princípios e valores constitucionais, estando de acordo com o Direito como um todo. Daí preferir-se a sua manutenção em detrimento da sua invalidação, o que, nesses casos, mais bem atende ao interesse público.

Sendo assim, pode-se afirmar que a ilegalidade decorrente de um ato de ascensão funcional convalesce com o decurso do tempo, independente de previsão legal específica de norma de decadência, estando limitado o exercício da autotutela da Administração Pública, que não mais poderá anulá-lo revertendo a situação do beneficiário de boa-fé ao *status quo ante*, em nome dos valores constitucionais que consagram a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, como consectários do próprio Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo: teoria da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.