

FUNCIONALISMO PÚBLICO — ANISTIA — APOSENTADO

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA Consultoria Geral da República

PARECER Nº FC-16, de 17 de janeiro de 1990

“De acordo. Em 17.1.90.” (Processos n.ºs 00001.001206/89-42 e 00001.008951/89-77 encaminhado ao Ministro de Estado Chefe do Gabinete Civil da Presidência da República.)

Processos números 00001.001206/89-42 e 00001.008951/89-77.

Assunto: Pedido de promoção a ministro de 1ª classe.

Ementa: Anistia. A partir da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, os anistiados têm direito às promoções a que fariam jus se estivessem no serviço ativo, mesmo que a anistia os encontre aposentados ou reformados. A promoção a ministro de 1ª classe é ato do Sr. Presidente da República, não tendo, assim, a Comissão de Anistia ou o ministro da área a faculdade de subtrair-lhe a oportunidade de decisão sobre a matéria. Não há delegação de competência nesse sentido, o que importaria numa *capitis deminutio* do Sr. Presidente da República em proveito de autoridade interior.

PARECER Nº FC-16

Antônio Houaiss, brasileiro, viúvo, diplomata aposentado, residente na Av. Epitácio Pessoa, 4.650, ap. 1.302, Rio de Janeiro, e Jatyr de Almeida Rodrigues, brasileiro, viúvo, diplomata aposentado, residente na Rua Timóteo da Costa, 603, ap. 501, Rio de Janeiro, no dia 4 de de abril do corrente ano requereram ao Sr. Presidente da República a sua promoção a ministro de 1ª classe, sob os fundamentos seguintes:

Foram punidos com a cassação dos seus direitos políticos em 1964 e anistiados em 1980, quando foram considerados aposentados por ato do então Ministro das Relações Exteriores, publicado no *DOU* de 4 de junho de 1980, no cargo de Ministro de 2ª Classe, Código D-301.5, nos termos do art. 4º da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 (Lei da Anistia).

Dizem os requerentes que essa aposentadoria proporcionava, para o efeito do cálculo

dos proventos, apenas a contagem do tempo de serviço durante o afastamento, excluídas expressamente quaisquer outras vantagens, como promoções a que teriam direito, se tivessem permanecido no serviço ativo.

Dizem ainda que a Emenda Constitucional nº 26/85 elasteceu o âmbito da anistia, ao definir o direito a promoções aos anistiados, nestes termos:

‘Art. 4º (...)

§ 3º Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem no serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes.”

Com amparo nessa disposição constitucional, postularam a sua promoção a ministro de 1ª classe, sendo-lhes, porém, negada a pretensão.

Em face do indeferimento, impetram mandado de segurança ao então Tribunal Federal de Recursos, para que o Sr. Ministro das Relações Exteriores determinasse, a final, a promoção pleiteada.

O Tribunal Federal de Recursos concedeu a ordem apenas parcialmente “para que a autoridade processe e encaminhe os processos, como é de seu dever, à decisão do Sr. Presidente da República”.

Dizem ainda os requerentes que a decisão do Tribunal transitou em julgado, mas até o momento os processos de promoção a ministro de 1ª classe não foram encaminhados ao Sr. Presidente da República.

Assim, fizeram instruir o pedido com certidão do inteiro teor do Acórdão prolatado, em virtude do que solicitaram ao Senhor Presidente da República que houvesse por bem pedir ao ilustre Miinistro de Estado a remessa dos processos de promoção.

II

A vista dos processos, dizem os requerentes que o seu pedido foi negado no Ministério das Relações Exteriores sob o fundamento de que essa promoção só se faz por merecimento e ainda que “o atual regime jurídico dos funcionários do Serviço Exterior — Lei nº 7.501, de 27 de junho de 1986, regulamentada pelo Decreto nº 93.325, de 1º de outubro do mesmo ano — estipula em seus arts. 51 e 52 que a promoção a ministro de 1ª classe se fará por merecimento, devendo o diplomata contar, no mínimo, 20 (vinte) anos de efetivo exercício, computados a partir da posse em cargo de classe inicial da carreira, dos quais pelo menos 10 (dez) anos de serviços prestados no exterior. Ademais, é ainda necessário que o diplomata conte 3 (três) anos de exercício, como titular, de funções de chefia na Secretaria de Estado ou em posto no exterior”.

Dizem os peticionários que essas condições não foram preenchidas por força mesmo do ato discricionário que lhes cassou os direitos políticos.

O ato da cassação cortou-lhes a carreira e sustou a possibilidade de que sequer fossem apreciados os desempenhos profissionais de cada qual, para efeito de promoção por merecimento.

Reconhecem que o merecimento para a promoção era apenas um evento futuro e incerto, que poderia ocorrer ou não, mas a condição, por definição legal (art. 114 do Código Civil), é exatamente a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a determinado evento futuro.

No caso dos requerentes, o implemento da condição merecimento foi obstada por ato discricionário e, por isso mesmo, teria ocorrido a hipótese prevista no art. 120 do Código Civil, segundo a qual reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer.

Por fim pedem, por força da presunção legal, seja verificada a condição de merecimento, donde a legalidade e imprescindibilidade da promoção.

Mandada ouvir esta Consultoria Geral da República pelo Exmo. Sr. Presidente da República, o meu ilustre antecessor, Ministro Saulo Ramos, solicitou a audiência do ministro reclamado para que opinasse sobre o novo pedido.

A resposta chegou-nos a 13 do corrente e os seus principais tópicos estão a seguir destacados.

Disse o Ministério das Relações Exteriores que os requerentes tiveram os seus direitos políticos cassados em 1964, por força do Ato Institucional nº 1, foram anistiados e aposentados com os proventos de ministro de 2ª classe, em decorrência do art. 4º da Lei nº 6.683/79.

Posteriormente, foram beneficiados pela Emenda Constitucional nº 26/85, tendo corrigidas as suas pensões de aposentados.

Disse mais a autoridade que não se cogitou, quando da Emenda Constitucional nº 26, da promoção dos requerentes ao cargo de ministro de 1ª classe, uma vez que o art. 4º, § 3º daquele texto legal determinava que as promoções respeitariam as características e peculiaridades próprias das carreiras dos servidores públicos civis ou militares, bem como seus respectivos regimes jurídicos.

Alude à Instrução Normativa nº 79/85, do Ministério da Administração, onde se diz que as promoções seriam orientadas pelo critério da antiguidade.

O parecerista do Itamaraty diz também que o regime jurídico dos funcionários do Serviço Exterior brasileiro foi instituído pela Lei nº 7.501, de 1º de outubro de 1986, em cujo art. 51 se diz que as promoções a ministro de 1ª classe obedecerá exclusivamente ao critério de merecimento.

Refere, a seguir, às exigências do art. 52, que estabelece como pré-requisito àquela promoção, a contagem de 20 (vinte) anos de serviço de efetivo exercício, dos quais pelo menos 10 (dez) no exterior e 3 (três) como titular de funções de chefia na Secretaria de Estado.

Invoca, adiante, o parecer, o Decreto nº 9.326/86, em cujo art. 17 se diz que apenas

os diplomatas que integram o Quadro de Acesso poderão ser promovidos por merecimento.

Justificando, o Ministério alega que Antônio Houaiss e Jatyr de Almeida Rodrigues não cumpriram os prazos estabelecidos na Lei e no Regimento para a promoção pleiteada.

Depois de historiar a carreira do requerente Antônio Houaiss, que contava em 1964, quando foi cassado, 19 anos e um mês de serviço, diz que “é impossível presumir tempo de serviço no exterior ou em função de chefia ocupada em determinada classe da carreira de diplomata”.

Contesta que a promoção por merecimento constituiria direito condicional ou eventual do funcionário e sim mera expectativa de direito, pois o ato decorre de livre escolha.

Invoca o parecerista Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1946*, 2. ed., v. 5, p. 237), para dizer que a promoção por merecimento é somente conteúdo de direito negativo, o de não ser nomeada pessoa estranha à lista.

Passa pela opinião do Prof. Sílvio Rodrigues, para acentuar que a expectativa de direito consiste em mera potencialidade de aquisição.

Enquanto o fato não se verifica, a expectativa não teria qualquer consistência jurídica.

Invoca Barros Monteiro para sustentar que a expectativa “é o nada jurídico”.

Passa a examinar o direito condicional, “que o nosso Código Civil chama não-deferido”.

Por isso, repele a invocação do preceito do art. 114 do Código Civil e sustenta que o merecimento constitui mera avaliação subjetiva, decorrente de poder discricionário e não condição no sentido do que o parecer empresta.

Repele o parecer, em conclusão, a arguição dos termos do art. 120 do Código Civil, em virtude de negar o ilícito e a má-fé, “vícios do ato jurídico que aqui não se verifica”.

O documento do Ministério das Relações Exteriores ilustra a sua objugatória com a informação de que o requerente Antônio

Houaiss completou 70 anos em 15.10.85, enquanto o Sr. Jatyr de Almeida Rodrigues no dia 13.4.86.

Assim: Conceder a promoção pleiteada pelos requerentes teria equivalido à transgressão das normas que pautavam os trabalhos da Comissão de Anistia, e conseqüentemente, do próprio regime jurídico da carreira de diplomata, que o texto constitucional respeitou.”

Nesse longo articulado, de teor eminentemente negativo, não há uma só palavra sobre o mandado de segurança que, a essa altura, já havia sido concedido, como se o Poder Judiciário não existisse e as suas decisões fossem desimportantes.

Relatei.

III

Mérito

Não obstante as evasivas do Ministério das Relações Exteriores e o lamentável parecer a que se aferrou, a questão é simples, clara e a decisão possível evidente.

O ilustre parecerista divaga, busca autores, faz citações truncadas, para sustentar que não haveria o direito à promoção dos impetrantes, pelo fato de não haverem completado 20 anos de exercício, ao tempo em que a cassação ilegítima, discricionária, cortou-lhes a carreira.

Por muito tempo foi vedado, pelo ato de arbítrio do poder revolucionário, fosse o mérito das decisões examinado. Com o retorno ao procedimentos democráticos e a promulgação da Constituição de 5.10.88, felizmente esse óbice foi removido.

Até então, apenas os aspectos adjetivos poderiam ser analisados.

A verdade, porém, é que, independentemente do exame do mérito do ato de arbítrio que afastou os ilustres diplomatas Antônio Houaiss e Jatyr de Almeida Rodrigues, os elementos do processo permitem fazer justiça, tendo por base as sucessivas leis de anistia e a decisão judicial proferida no caso concreto.

A evolução da anistia

Depois de grande pressão política, movimentação nacional dos partidos e da sociedade civil, foi afinal editada a primeira Lei de Anistia, pós-64.

Por engano ou benevolência, alguns anistas vêem, nesse diploma, atos de generosidade por parte do Poder Político, quando, na verdade, são meras resultantes do entrelcho das forças de sustentação de poder e da oposição organizada.

Com efeito, já estava o Movimento Revolucionário de 1964 visivelmente desgastado perante a opinião pública, quando foi editada a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.

A sociedade civil estava cada vez mais impaciente, os resultados eleitorais começavam a solapar a base do poder, de sorte que esse diploma surgiu como evidente tentativa de composição.

A Lei, portanto, nada teve de generosa, tanto que a forte oposição manifestada, e que a reclamava nas ruas, não ficou satisfeita, haja vista a brilhante pregação nacional de Teotônio Vilela, com imenso respaldo na opinião pública.

Os requerentes habilitaram-se no prazo exigido, mas o retorno ou a reversão lhes foi negada, por motivo de conveniência política.

Foram, assim, aposentados, tendo por base o posto que ocupavam ao tempo do afastamento ilegítimo, ou seja, de ministro de 2ª classe.

O caráter limitado da anistia de 1979 ensejou um grande movimento nacional de revisão dos atos de arbítrio, culminado com a edição da Emenda Constitucional nº 26, que novamente dispõe sobre a anistia.

O novo texto foi mais amplo e atendeu paricalmente à pressão da opinião pública e foi por isso que o § 3º do art. 4º avançou muito no sentido de reparar os direitos feridos, ao estatuir:

“Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções, na aposentadoria ou na reserva ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência

em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes.”

Não obstante a generosidade da Emenda nº 26, havia lacuna quanto ao método da contagem do tempo ao direito à promoção e outras vantagens.

Daí permanecer o movimento nacional pró-anistia, de cuja militância resultou o art. 8º das Disposições Transitórias da nova Constituição.

Por esse artigo, sobre ser reafirmada a anistia anterior, já objeto da Lei nº 6.683 e da Emenda Constitucional nº 26, foram “(...) asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividades previstas nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.”

Conceder as promoções passou a ser, assim, uma faculdade expressa da Administração Pública, independentemente de o anistiado estar, ou não, em efetivo exercício.

Todas as especiosas razões anteriores, a que se aferrava a burocracia, ficaram superadas, desnudadas, prevalecendo apenas a vontade política de fazer justiça, ou não.

Com o advento da nova Constituição, a 30 de março do corrente ano, Antônio Houaiss e Jatyr de Almeida Rodrigues renovaram os seus pleitos, dentro da perfeita normalidade legal e constitucional.

Essa retrospectiva e o conseqüente confronto dos sucessivos textos tornam o arrazoado do Ministério das Relações Exteriores vazio de conteúdo, enquanto exhibe o seu caráter nitidamente faccioso ou corporativista, como se analisará a seguir.

IV

Pela legislação vigente, o ato de promoção a ministro de 1ª classe é do Sr. Presidente da República, cabendo ao Ministro apenas organizar o Quadro de Acesso, no qual serão apresentados os diplomatas que satisfaçam as condições da promoção.

A posição do Ministro respectivo é importante, mas não definitiva, já que a seleção,

a preferência, são fixadas pelo Sr. Presidente da República.

V

Quando ocorreu o golpe militar a 1.4.64, os requerentes estavam no limiar de preencher as condições mínimas para a promoção a ministro de 1ª classe, pois enquanto a lei exige um período não inferior a 20 anos, Antônio Houaiss contava 19 anos e um mês de efetivo exercício, dos quais mais de nove anos em missões no exterior. A situação jurídica de Jatyr de Almeida Rodrigues era semelhante.

Dessa maneira, somado o tempo do afastamento ilegítimo, ao advir a Emenda Constitucional nº 26, que permitiu a soma dos períodos, ambos os requerentes puderam contar cerca de 40 anos de serviço, cada qual.

Isso porque o art. 8º das Disposições Transitórias da Constituição de 1988 mandou contar o tempo do afastamento decorrente do arbítrio.

Logo, sob nenhum pretexto poderia ser invocada honestamente a pretendida limitação que resultaria da Lei nº 7.501, de 27 de junho de 1986, onde se acha a referência a 20 anos de efetivo exercício.

De efetivo exercício, tinham o dobro, quando pediram o benefício da promoção.

Também não merece maior preocupação, no exame do caso concreto, a circunstância de não terem, os requerentes, 10 anos de serviço no exterior, ou três de chefia, na data da cassação. Com efeito, quem, em 19 anos, já acumulava nove de serviço no exterior, sem dúvida alguma, com 40 anos de serviço, ultrapassaria, de longe, o prazo mínimo de 10 anos de serviço no exterior, sobretudo porque o Regulamento do Itamaraty exige alternância entre a permanência no Brasil e nos países onde temos representação diplomática.

A projeção dos fatos anteriores levaria, irrecusavelmente, a dar essa condição como plenamente satisfeita.

É certo que não se pode presumir uma condição, salvo se a sua realização tiver sido obstada de forma ilegítima ou maliciosa, por quem detém o poder, ou se poderia benefi-

ciar da não-concretização dessa condição. Mas, tal é a hipótese.

Não há, nos autos, qualquer prova de falta funcional que houvesse jamais sido praticada pelos diplomatas Antônio Houaiss ou Jatyr de Almeida Rodrigues. Ao contrário, os dois são figuras do maior respeito nacional, sendo Houaiss um dos orgulhos da cultura brasileira, respeitado pelas suas obras de alto valor, e ambos, pelas sua impecável postura.

VI

Todo o longo Parecer, rico em reservas mentais, não dedicou uma só linha ao mandado de segurança parcialmente concedido pelo Egrégio Tribunal Federal de Recursos.

Na verdade, essa decisão, embora parcial, é de transcendental importância, por isso que, ao mesmo tempo em que reconhece ser a promoção ato da competência do Sr. Presidente da República, determina a inclusão dos impetrantes na relação dos integrantes do Quadro de Acesso. Isto é, reconhece-lhes a precondição do direito à promoção, cuja consumação se faria, ou não, conforme a superior decisão do Sr. Presidente da República.

O Poder Judiciário fulminou a recusa prévia à inclusão dos nomes e, em se tratando de decisão transitada em julgado, tornou ociosos e desprovidos de qualquer valor os longos argumentos em sentido contrário, desenvolvidos pelo parecerista do Ministério das Relações Exteriores.

Esta Consultoria Geral da República priva-se de alongar este Parecer, ao tecer considerações sobre o conceito de anistia, como já o fizeram os eminentes consultores que honraram esta Casa, em estudos anteriores.

A matéria é simples e não está em causa o conceito de anistia.

A análise deve incidir, por isso, sobre as razões da objeção política.

Neste ponto, sem embargo do exame já procedido, não deve permanecer sem reparo a falta de seriedade com que as transcrições foram feitas.

Disse o Ministério das Relações Exteriores:

“Já Pontes de Miranda, ao tratar de listas organizadas por ocasião das promoções, nos *Comentários à Constituição de 1946* (2. ed., v. 5, p. 237), esclarecia que a promoção por merecimento somente é conteúdo de direito negativo, o de não ser nomeada pessoa estranha à lista. Não há direito subjetivo a promoção por merecimento.” E aí terminou a transição.

Até aí a citação está certa, mas o parecerista truncou o pensamento do ilustre constitucionalista, ao lhe subtrair as conclusões.

De fato, Pontes de Miranda, depois de dizer o que foi transcrito, completou seu pensamento com esta observação, que se ajusta à hipótese dos autos:

“Se o poder competente não organiza as listas, ou tarda em fazê-lo, há direito, pretensão e ação a que as faça, sob cominação. O mandato de segurança é, satisfeitos os pressupostos específicos, cabível.”

Precisamente foi o que determinou o Egrégio Tribunal Federal de Recursos: a organização de listas de promoção corretas com a participação dos requerentes.

Deslocou-se a competência para promover ou não promover, por merecimento, do âmbito do Ministério para o Presidente da República, de sorte que a sonegação tão arduosamente defendida, em si, já constitui uma sonegação de direito, uma violência insustentável.

Nesse mesmo estilo, omissos, lacunosos, sofisticados, são as demais citações, que limitariam o direito de acesso ao cargo de ministro de 1ª classe, pelos requerentes.

É certo que os postulantes já completaram 10 anos, um em 1985 e o outro em 1986. O direito expresso à promoção nasceu com a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985.

É irrelevante, para o caso, a Instrução Normativa nº 179, de 6 de março de 1986.

Em primeiro lugar, porque a Instrução Normativa não é lei, e, se lei fosse, não poderia se confrontar com a Constituição. Não tem, sequer, a força de decreto. Em suma, é um mero roteiro administrativo, sem força impositiva.

Não deve, assim, influir no exame desta matéria.

Nessas condições, e em face da decisão judiciária acostada aos autos, resulta da correta interpretação das leis de anistia que os requerentes devem ser promovidos a ministro de 1ª classe, lotados no Quadro Suplementar, por força da aposentadoria subsequente, com todas as vantagens do cargo, como se em exercício estivessem e na forma da lei, a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 26.

Este é o nosso Parecer, salvo melhor juízo.

Brasília, 17 de janeiro de 1990. — Clóvis Ferro Costa, Consultor-Geral da República.