

PROCESSO Nº 1999.00.2.002319-9

MANDADO DE SEGURANÇA CONSELHO ESPECIAL

Relator: EXMO. SR. DES. NATANAEL CAETANO

Impetrantes: W. M. T. C. E OUTRA

Informante: EXMO. SR. GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL

PARECER Nº 607/99-PGJ

Ementa: Mandado de Segurança. Direito Administrativo. Procurador do Distrito Federal. Promoção *post mortem*. Impossibilidade. Princípio da legalidade.

Considerando a inexistência de norma legal expressa, não pode a Administração Pública conceder promoção *post mortem*, por critério exclusivo de mérito, porquanto está jungida ao princípio da legalidade na prática dos seus atos.

Parecer pelo conhecimento e denegação da segurança.

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por W.M. T.C e S.T.C, com fulcro no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, contra ato do Exmo. Sr. Governador do Distrito Federal, consubstanciado na anulação do ato que promoveu, *post mortem*, o Dr. R.L.A.C., esposo da primeira Impetrante e genitor da segunda, para o cargo de Subprocurador do Distrito Federal, por critério de merecimento, e, por conseguinte, resultou na redução dos seus proventos de pensionista (fls. 2-12).

Sustentaram as Impetrantes, em breve síntese, a legalidade do ato de promoção, haja vista que foram observadas todas as normas legais concernentes, bem como que a vaga ocupada surgiu antes do óbito do *de cuius*.

Requereram, pois, a concessão de medida liminar para que seja sustado o ato considerado ilegal e, quanto ao mérito, a confirmação da segurança, por sentença, para que seja declarada a nulidade do decreto que tornou nula a promoção do ex-servidor e, em consequência, mantida a legalidade do ato de promoção, havido aos 13-10-87.

A inicial foi instruída com os documentos de fls. 13-145.

Autuado, o *writ* foi distribuído ao Exmo. Sr. Desembargador Hermenegildo Gonçalves (fl. 146), o qual postergou a análise do pedido liminar, determinando, ainda, fossem colhidas as informações da d. Autoridade Impetrada, assim como o parecer do Ministério Público, conforme r. decisão proferida às fls. 148.

Redistribuídos os autos ao Exmo. Sr. Desembargador Natanael Caetano (fl. 150).

O Distrito Federal compareceu aos autos, mediante a petição de fl. 154, a fim de apresentar as informações da d. Autoridade Impetrada e requerer o seu ingresso na lide na qualidade de litisconsorte passivo.

O Exmo. Sr. Governador do Distrito Federal apresentou as informações de fls. 155-159, em que sustenta a legalidade do ato praticado, sob o fundamento de que a norma vigente à época não previa a promoção do servidor falecido, por critério de merecimento.

O Exmo. Sr. Desembargador relator indeferiu o pedido liminar, consoante r. decisão de fl. 161.

Vieram os autos ao Ministério Público (fl. 162).

É o breve relatório.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

FUNDAMENTOS DE DIREITO

O presente mandado de segurança merece ser conhecido, uma vez que se encontram presentes os pressupostos processuais genéricos e específicos da ação mandamental, assim como as condições da ação.

No que concerne ao mérito, a questão debatida nos autos se circunscreve à legalidade do ato que determinou a anulação da promoção, *post mortem*, de servidor do Distrito Federal, consubstanciado no Decreto de 19-3-99 (fl. 131).

Inicialmente insta assinalar que o óbito do Dr. R.L.A.C ocorreu na data de 23-5-87, que o decreto de promoção é datado de 13-10-87 e que a vaga por ele ocupada deu-se em razão da aposentadoria de outro servidor na data de 27-3-87.

Destarte, é mister analisar a legislação então vigente e aplicável à hipótese.

O Decreto-Lei nº 2.244, de 14-2-85 — que restabeleceu a carreira de Procurador do Distrito Federal —, ao disciplinar o provimento dos cargos da carreira respectiva, dispõe:

“Art. 1º (... *omissis*...)”

§ 2º Os cargos da carreira de Procurador do Distrito Federal, vagos ou que vagarem, serão providos: os de Subprocurador-Geral do Distrito Federal, mediante promoção exclusivamente pelo critério de merecimento, de titulares de cargos de 1ª Categoria; os desta categoria, mediante promoção, alternadamente, pelos critérios de merecimento e antigüidade na classe, de titulares de cargos de 2ª Categoria; e os da carreira inicial, mediante concurso público de provas e títulos entre bacharéis em Direito de comprovada idoneidade moral.” (g.n.)

A norma acima transcrita é repetida no Decreto nº 8.858, de 23-8-85 — que regulamenta a composição e o funcionamento do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Distrito Federal e dá outras providências —, em seu artigo 10, do seguinte teor:

“Art. 10. Os cargos da carreira de Procurador do Distrito Federal, vagos ou que vagarem, serão providos:

I — os de Subprocurador-Geral do Distrito Federal, mediante promoção, exclusivamente pelo critério de merecimento, de titulares de cargos de Procurador de 1ª Categoria colocados nos dois primeiros terços da categoria, por ordem de antigüidade.” (g.n.)

Contudo, impende salientar que a Lei nº 1.711, de 28-11-52 — que estabelecia sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União —, aplicável aos servidores do Distrito Federal por força do disposto no artigo 30 da Lei nº 3.751, de 13-4-60 — que dispunha sobre a organização administrativa do Distrito Federal —, não previa hipótese de promoção *post mortem* do servidor civil, por critério de merecimento, como ocorreu no caso ora em análise.

O artigo 40 da Lei nº 1.711/52 previa:

“Art. 40. As promoções serão realizadas de três em três meses, desde que verificada a existência de vaga.

§ 1º Quando não decretada no prazo legal, a promoção produzirá seus efeitos a partir do último dia do respectivo trimestre.

§ 2º Para os efeitos será considerado promovido o funcionário que vier a falecer sem que tenha sido decretada, no prazo legal, a promoção que lhe cabia por antigüidade.” (g.n.)

Inferese, pois, que assiste razão à d. Autoridade Impetrada, ao sustentar a ilegalidade do ato que concedeu a promoção, com fundamento em parecer da lavra da Exma. Sra. Procuradora-Geral Adjunta, Dra. Beatriz Kicis Torrents de Sordi, sob o seguinte fundamento:

“É fato incontestado que toda promoção funcional deve estar calcada em expresso dispositivo legal. Em face do princípio da legalidade a que estão sujeitos os atos da Administração, fora da previsão legal qualquer promoção é inválida.

No caso das promoções *post mortem*, não se encontra tal previsão na legislação aplicável aos servidores civis. Situação diversa ocorre na seara de legislação militar que expressamente a prevê.” (fls. 155-156).

Com efeito, impende observar que a Administração Pública está jungida ao princípio da legalidade, consoante estabelece o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

O princípio da legalidade, segundo lição clássica proferida por Hely Lopes Meirelles, constante do livro “Direito Administrativo Brasileiro”, 19ª edição, Malheiros, 1994, p. 82-83, deve ser compreendido como:

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’.” (g.n.)

Por seu turno, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, em lição constante da obra “Curso de Direito Administrativo”, 9ª edição, Malheiros, 1997, p. 36, que:

“A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de

autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação. Administrar é ‘aplicar a lei, de ofício’.” (g.n.).

Mais adiante, acrescenta:

“Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*. Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza. Afonso Rodrigues Queiró afirma que a Administração ‘é a *longa manus* do legislador’ e que ‘a atividade administrativa é atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais’.” (g.n.)

Ao concluir, o mencionado autor aduz:

“O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente as leis.” (g.n.)

Destarte, conclui-se que resta demonstrada a ausência do direito pleiteado, uma vez que inexistia à época norma legal que assegurasse ao servidor público civil o direito à promoção *post mortem*, por critério de merecimento.

A única ressalva feita pela legislação então vigente era no sentido de resguardar o direito do servidor que viesse a falecer sem que tenha sido decretada, no prazo legal, a sua promoção por antigüidade.

Corroborar a presente assertiva o fato de a promoção *post mortem* do Dr. Pedro Jorge de Melo e Silva — assassinado em 1982 no cumprimento do dever profissional — para o cargo de Subprocurador-Geral da República, ter sido precedido de autorização legislativa, consubstanciada na Lei nº 9.694, de 10-8-98.

Faz-se mister salientar, na oportunidade, que, na exposição de motivos do respectivo projeto de lei, foi assinalada que a solicitação do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República era decorrente da necessidade de lei específica em face da omissão sobre o assunto na legislação pátria (Exposição de Motivos nº 30/MARE, de 10-3-98, publicada no Diário do Senado Federal de 27-6-98, p. 1.160).

Por outro lado, no que tange à afirmação da existência de direito adquirido à promoção, é necessário observar que a doutrina pátria de escol nega a existência de tal direito.

Pontes de Miranda, ao analisar o artigo 186 da Constituição de 1946 — que dispunha sobre as listas organizadas por ocasião dos acessos —, no livro “Comentários à Constituição de 1946”, vol. V, 2ª ed., 1953, p. 237, afirma:

“A promoção por merecimento somente é de conteúdo de direito negativo: o de não ser nomeada pessoa estranha à lista. Não há direito subjetivo à promoção por merecimento. Se o poder competente não organiza as listas, ou tarda em fazê-lo, não há direito, pretensão e ação a que as faça, sob cominação.”

Por seu turno, José Cretella Júnior, em sua obra “Tratado de Direito Administrativo”, volume IV, Ed. Forense, 1967, p. 307-308, assevera sobre o tema:

“... uma conclusão inequívoca, apoiada na melhor doutrina, nos mais razoáveis pareceres e na mais acertada jurisprudência dos tribunais do Brasil, impõe-se a quem estuda de maneira objetiva o denominado, impropriamente, direito à promoção: é a de que se trata não de um direito, mas apenas de um interesse, de uma expectativa de direito e, portanto, como tal, desprovido da competente ação para efetivar-se.”

Ademais, não pode ser olvidado, na interpretação das normas jurídicas em debate, que o princípio que rege o Direito Administrativo é no sentido de que o interesse coletivo sobreleva ao interesse individual, de maneira que, segundo afirma José Cretella Júnior, adotando os ensinamentos de Tito Prates da Fonseca, “o que deve prevalecer, em matéria de promoções, deve ser o interesse público, e não os dos componentes da carreira” (ob. cit., p. 306).

Por fim, no que tange à questão concernente ao requisito de antigüidade para a promoção, estabelecido no artigo 10, inciso I, do Decreto nº 8.858/85, apresenta-se inviável o seu exame, por demandar dilação probatória, em virtude de não ter sido colacionado aos autos a listagem de julho de 1987, que foi referida pela d. Autoridade Impetrada em suas informações (fl. 58).

Ausente, portanto, ilegalidade ou abuso de poder a ser coibido na presente ação.

Diante do exposto, o Ministério Público oficia pelo conhecimento do *writ* e, quanto ao mérito, pela denegação da ordem de segurança pleiteada.

Brasília-DF, 21 de outubro de 1999.

RODOLFO CUNHA SALLES
PJ — Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça

Aprovo.

HUMBERTO ADJUTO ULHÔA
Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios

O Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao examinar o processo, na data de 7-12-99, decidiu, à unanimidade, que não há ilegalidade no ato de anulação, por não haver previsão legal para promoção *post mortem* de servidor público por merecimento, nos seguintes termos:

“Ementa: Mandado de Segurança — Promoção *post mortem* de procurador do Distrito Federal anulada — Legalidade do ato. Se a Lei nº 1.711/52, aplicável ao caso por força do artigo 30 da Lei nº 3.751/60, não previa a possibilidade de promoção *post mortem* de servidor público por merecimento, não há falar-se em ilegalidade do ato que anulou a referida promoção. Em face do princípio da legalidade, a atuação do administrador não pode pautar-se apenas naquilo que a lei não veda; é necessário, ainda, que a atividade administrativa venha calcada plenamente na lei, consoante o disposto no artigo 37 da CF. Inexistência de direito adquirido. O ato de promoção de servidor pelo critério de merecimento é ato discricionário, não se podendo afirmar com certeza que determinado nome seria indicado para a promoção.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Natanael Caetano — Relator, Vasquez Cruxên, Nívio Gonçalves, Vaz de Melo, Estevam Maia, Romão C. de Oliveira, Wellington Medeiros, Valter Xavier, Sérgio Bittencourt Romeu e Gonzaga Neiva — Vogais, sob a presidência do Desembargador Hermenegildo Gonçalves, em denegar-se a segurança à unanimidade, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 7 de dezembro de 1999.

Publicado o acórdão no *DJ* do dia 13-1-2000, o processo encontra aguardando o vencimento do prazo para interposição de recurso pelas partes.