MAGISTRADO — PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE — RECUSA

— A recusa de indicação do magistrado mais antigo, de última entrância, para promoção, exige 3/4 dos votos da totalidade dos Desembargadores que efetivamente integram o Tribunal de Justiça.

— Interpretação do art. 124, n.º IV, da Constituição.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recorrente: Dr. Afonso Ribeiro de Sena

Recurso de mandado de segurança n.º 1.282 — Relator: Sr. Ministro AFRÂNIO DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos etc. Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para conceder a segurança impetrada, conforme o relatório e notas taquigráficas.

Custas pelo recorrido.

Rio de Janeiro, 21 de dezembro de 1950. — *Laudo de Camargo*, Presidente — *Afrânio Antônio da Costa*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Afrânio da Costa — O dr. Afonso Ribeiro de Sena,

juiz de direito, impetrou ao Tribunal de Justiça de Mato Grosso mandado de segurança contra o mesmo Tribunal e o Governador do Estado em razão do seguinte:

"Era o requerente juiz da comarca de Maracapú o mais antigo da entrância quando ocorreu a vaga na Segunda Vara da Capital. Reuniu-se o Tribunal de Justiça do Estado, para indicar ao Governador o nome do candidato promovível, nos têrmos do art. 124, n.º IV, da Constituição federal e art. 51, n.º IV, da Constituição estadual; presentes 5 Desembargadores, por três votos contra dois, foi-lhe denegada a indicação, que recaiu no juiz imediato; a seguir foi indicado e mais tarde promovido o recorrente para a comarca de Paranaíba.

Argui então a inconstitucionalidade da recusa do seu nome pelo Tribunal e da consequente nomeação de seu colega para Segunda Vara da Capital, porque, composto o Tribunal de 7 Desembargadores, a recusa por 3 fôra inoperante, eis que a Constituição exige 2/3 e, atendendo à excepcionalidade da medida, deve tal maioria ser apurada sôbre o totalidade dos membros do mesmo Tribunal e não sôbre a dos presentes à sessão".

Regularmente processado o pedido, dêle não conheceu o Tribunal pelos seguintes motivos:

"Instruindo o pedido, há, nos autos, a prova trazida pelo próprio requerente, certificam que, quando êle veio a Juízo, pedir mandado de segurança, em defesa de seu alegado direito de promoção à Segunda entrância, o requerente já era juiz de Segunda entrância, indicado, promovido e empossado na Segunda entrância, algumas semanas após a recusa de seu nome à promoção reclamada. Perante a lei, não há distinguir entre Comarcas de Segunda entrância classificadas tôdas no mesmo plano e categoria, como se vê do nosso vigente Código de Organização Judiciária, com igual padrão de vencimentos, vedada que está a percepção de custas pelos Juízes *ex-vi* do que dispõe a Constituição estadual. Portanto, como Juiz que já é de Segunda entrância, inidôneo é o mandado de segurança que o requerente elegeu, para reclamar contra a alegada violação do seu invocado direito de promoção à Segunda entrância.

Prejudicado seria êsse pedido, se depois de formulado, viesse o impetrante a ser promovido, quando formulou o pedido, pelo que não é de se conhecer do mandado de segurança, impetrado nessas condições. A ser tutelado pelo mandado de segurança, atenta a natureza e finalidade dêsse instituto, não há para o requerente, nenhuma lesão de direito líquido e certo, eis que promovido já se encontrava o impetrante, ao tempo em que veio reclamar sua promoção. Dir-se-á que, não fôra a recusa da indicação de seu nome, o impetrante já teria sido, anteriormente, promovido, com direito a melhor padrão de vencimentos desde fins de julho último, ao passo que sua promoção só se efetivou já em dias de julho seguinte. Também aí já não é o mandado de segurança o meio idôneo, mas sim a ação petitória própria pela qual o requerente poderá discutir e pleitear o seu pretendido direito e os respectivos efeitos patrimoniais nos precisos têrmos do art. 329 do Código de Processo Civil. Tão discutível e incerto, considerava seu pretendido direito à anterior promoção para a Segunda Vara, que o próprio impetrante aceitou a sua promoção para a comarca de Paranaíba, sem formular o solene *protesto judicial*, capaz de efeitos jurídicos, para conservação e ressalva de direitos, nos têrmos do art. 720 e seguintes do Código de Processo Civil. Portanto, já promovido e empossado na Segunda entrância, não tem o requerente legítimo interêsse moral ou econômico que lhe autorize a impetrar mandado de segurança para garantia de seu invocado direito de promoção à Segunda entrância.

Pelo exposto.

Acordam os Juízes do Tribunal por maioria de votos, não conhecer do pe-

dido, contra os votos dos Excelentíssimos Srs. Desembargadores Antônio de Arruda e Ernani Lins da Cunha.

Cuiabá, 25 de agôsto de 1949, assinatura do Presidente e do Exmo. Sr. Relator — *Cesarino Delfino Cesar*".

"O Pretório Excelso já decidiu que direito certo e incontestável" é aquêle contra o qual não se podem opor motivos ponderáveis..." (Acórdão de 22 de novembro de 1935 ratificado pelo mesmo egrégio Supremo Tribunal Federal em 14 de agôsto de 1936).

O direito do impetrante porventura é evidente por si mesmo? Não depende êle de prova? À primeira pergunta a negativa se impõe. À segunda, entretanto, respondem os autos afirmativamente. É certo e incontestável sòmente aquêle direito que, ao ser invocado perante a Justiça, se apresenta com tôdas as características, de evidência concreta, não necessitando de ser provada através das formalidades processuais normais" (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 18 de junho de 1942).

Em 13 de fevereiro de 1935 decidiu a Côrte de Apelação de São Paulo conforme se vê da *Revista dos Tribunais*, vol. 97, pág. 945, que se não considera certo e incontestável o direito que não é evidente por si mesmo, ou aquêle que depende de prova.

"*Antônio de Arruda* — Vencido. À parte o interêsse econômico que decorria pelo menos da prioridade da nomeação, o interêsse moral parece-me evidente na espécie, pois a recusa da indicação do mais antigo facultada ao Tribunal pelo art. 124, n.º IV, da Constituição federal não deixa de incidir na vida funcional do Juiz, carregando-o com indisfarçável suspeita, e emprestando a êle certa presunção de incapacidade; daí a sua louvável pretensão de afastar, se possível, essa mácula e esta prerrogativa bastaria por si para justificar o interêsse que a lei exige para o exercício de qualquer demanda. Quanto à liquidez e certeza do direito pleiteado matéria é para o mérito, que não rende ensejo para se afastar de pleno o pedido.

Ernani Lins da Cunha, vencido, de conformidade com o 7.515 em separado. Tomou parte no julgamento o Excelentíssimo Sr. Desembargador Ernesto Borges conforme declaração de voto que apresentou para se juntar no processo.

Data supra — *Cesarino Delfino Cesar*. — Fui presente: *Luís Felipe Pereira Leite*".

"Não estive presente à sessão em que se procurou recusar ao impetrante a promoção, na qualidade de juiz mais antigo da primeira entrância, e se presente estivesse, seria favorável à sua promoção".

Embargado o acórdão, foram os embargos desprezados, em conformidade com o seguinte:

"Pelo venerando acórdão de fls. 32 não se tomou conhecimento do pedido, deixando assim de ser apreciado e julgado o seu mérito referente a validade ou nulidade da recusa, por isso que, já indicado, promovido e empossado o cargo de juiz de Segunda entrância, ao impetrante falecia interêsse moral ou econômico, para reclamar sôbre sua promoção, através de mandado de segurança, que aliás não é meio petitório próprio.

Daí os presentes embargos, percutindo, porém, o mérito que não foi apreciado nem julgado, e apenas referindo vagamente à preliminar vencedora da ausência de interêsse moral ou econômico, para admissão do pedido. Efetivamente, apreciado e julgado não foi o mérito da questão, no venerando acórdão embargado. Não se decidiu da validade nem da invalidade da recusa, isto é, se a recusa deve ser apoiada em 3/4 da totalidade dos membros efetivos do Tribunal, como pretende sustentar o embargante ou se em 3/4 dos Desembargadores presentes, como se firmou em brilhante acórdão de egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo (*in Revista de Direito Administrativo* pág. 244, vol.

VII). Logo, essa matéria não pode ser objeto de embargo que deve cingir-se à preliminar vitoriosa da ausência de interêsse moral ou econômico do impetrante. Interêsse moral ou econômico é pressuposto primário para legitimar um pedido em juízo. Sem êle não pode ser apreciado nem acolhido, nenhum pedido. Hoje, não prevalece mais a paremia dos romanos: *quia juris sua utitur nemi e leadidit*, segundo o qual, o exercício de um direito não tinha limites nem restrições, e o seu reconhecimento havia de se fazer, em nome da Justiça, mesmo sem nenhum proveito moral ou econômico para o litigante e com ameaça de perecimento do próprio mundo: *Fiat Justitia, peread mundus*. Não se admite mais o exercício de um direito, sem o correspondente proveito econômico ou moral para o postulante. É evidente que a indicação unânime do juiz seguinte da lista de antiguidade sacramentou a recusa do nome do impetrante para a primeira vaga aberta na Segunda entrância; porém, depois disso, aberta outra vaga na Segunda entrância, foi o impetrante indicado e promovido, por antiguidade. Aceitou a promoção e se empossou no cargo. Tornou-se assim, juiz de Segunda entrância, e, agora vem impetrar o mandado de segurança, para ser reconhecido seu direito de promoção a Juiz de Segunda entrância. Falece-me interêsse moral ou econômico, para ajuízar êsse mandado que não é meio hábil para petitório de pretendido ressarcimento, tal como bem decidiu o venerando acórdão embargado que fica integrando êste acórdão que o confirma, por seus jurídicos fundamentos".

Manifestou então o juiz, no prazo legal, recurso ordinário para êste Supremo Tribunal Federal, argumentando:

"O recorrente foi vítima de uma tremenda injustiça, de um êrro judiciário doloroso, pois como bem salientou o voto vencido do Desembargador Ernani Lins (fls. 38):

"O interêsse moral é evidente, não há maior desgraça para a vida funcional de um magistrado, do que ver recusada sua promoção por antiguidade". "O interêsse econômico ressalta com a prioridade da nomeação que se vê a fls.".

Pouco faz ao caso que, indicado posteriormente, haja aceito sua promoção para outra comarca, que não a da Capital, a que lhe assistia inconteste direito.

Os pareceres da Procuradoria Geral da Justiça a fls. 29 e 53 elucidam, de forma precisa, o assunto. O Tribunal, entretanto, os desprezou, para se apegar à preliminar incabível da falta de interêsse por parte do recorrente quando, no dizer do Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral da República:

"Inegável é que ao impetrante se há de reconhecer legítimo interêsse para exercitar seu direito na espécie, haja vista, sem mais detença, a prioridade da nomeação, a legitimar seu interêsse".

O recorrido, pedindo sejam consideradas como integrantes destas razões de recurso as suas alegações constantes da inicial de fôlhas e dos embargos, confia e espera conscio que está do seu direito, que êsse Alto Tribunal, suprema e última garantia dos prejudicados em seus direitos, lhe assegure a plenitude das prerrogativas constitucionais violadas pelo ato do Tribunal de Justiça que lhe recusou, sem *quorum* legal, o direito claro e irretorquível à promoção".

O Dr. Procurador Geral do Estado sustentou mais uma vez seu ponto de vista favorável ao impetrado, tanto na preliminar como no mérito.

O Sr. Dr. Procurador Geral da República opinou pelo provimento do recurso, nestes têrmos:

"O recorrente, que era o Juiz por antiguidade para a Segunda Vara mais antigo, teve a sua promoção pelo Tribunal de Justiça com base da comarca da Capital, recusada, no inciso IV do art. 124 da Constituição federal.

Acontece, porém, que essa recusa foi feita por três votos contra dois, num total de 5 Desembargadores votantes e êsses três votos evidentemente não consistiram em três quartos dos Desembar-

gadores como exige o citado dispositivo constitucional.

Foi, portanto, violado direito líquido e certo do recorrente, nada importando que tenha êle posteriormente sido promovido por antiguidade para outra vaga.

Como salientam os votos vencidos de fls. 34 a 36, a recusa para promoção por antiguidade é pràticamente uma penalidade, incide na vida funcional do Juiz, donde não se pode negar o legítimo interêsse moral e econômico do recorrente.

Os fundamentos dos acórdãos que denegaram a segurança não convencem e por todos êsses motivos opinamos pelo provimento do presente recurso.

Distrito Federal, 21 de novembro de 1950. — *Plínio de Freitas Travassos*, Procurador Geral da República".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Afrânio da Costa (Relator) — Não vejo como negar a liquidez e certeza do direito do impetrante, que surge, *prima facie*, ante a simples exposição do fato e aplicação do texto do art. 124, n.º IV, da Constituição, que prescreve: "a promoção dos juízes far-se-á de entrância para entrância, por antiguidade e por merecimento, alternadamente. Em se tratando de antiguidade, que se apurará na última entrância, o Tribunal resolverá preliminarmente se deve ser indicado o juiz mais antigo; e se êste fôr recusado por 3/4 dos Desembargadores, repetirá a votação em relação ao imediato e assim por diante, até se fixar a indicação".

Abrindo exceção às garantias dispensadas à magistratura, a Constituição entregou aos Tribunais, nos arts. 95 n.º II a transferência por motivo de interêsse público e 124, n.º IV, a não indicação ao acesso por antiguidade.

Como aquêle abrange indistintamente qualquer Tribunal, mandou o legislador que a transferência sòmente se verificaria quando o motivo fôsse reconhecido por 2/3 dos membros efetivos do Tribunal competente; no art. 124 que disciplina a Justiça dos Estados, o juiz mais antigo sòmente será recusado por 3/4 dos Desembargadores, denominação reservada para os membros efetivos dos Tribunais dos Estados.

Depara-se em ambos os casos com providência de indisfarçável gravidade em salvaguarda dos interêsses da Justiça; mas, a ser usada por isso mesmo com tôda a discreção, não podendo servir de motivo a que maiorias ocasionais sacrifiquem a reputação, a carreira de um magistrado, tirando-lhe o estímulo, prejudicando o próprio serviço público e o aparelho judiciário pela consequente influência que tal fato poderá refletir na atividade funcional do juiz.

Há, ainda, a ponderar, o prejuízo que tal recusa poderá trazer para os futuros acessos do recorrente em sua carreira, na prioridade que um candidato mais moderno lhe adquiriu por fôrça da circunstância. No caso concreto, porém, ocorreu uma singularidade: duas eram as vagas a preencher uma por antiguidade e outra por merecimento; a primeira, na Capital, a segunda em comarca próxima. No mesmo dia, presentes cinco dos sete Desembargadores que compõem o Tribunal, submetida a escrutínio a vaga de promoção por antiguidade, por 3 votos contra 2 foi recusada a indicação do recorrente, juiz mais antigo. A seguir, realizada a escolha para promoção por merecimento, foi o nome do recorrente incluído na lista tríplice.

É de tôda evidência que a Constituição, dentro do critério que adotou, de fortalecer e prestigiar a magistratura, não ensejaria oportunidade a maiorias ocasionais para afastarem da promoção velhos magistrados. Em ambos os dispositivos essa maioria há de ser tomada sôbre a totalidade dos membros do Tribunal. E quando nada mais indicara ser essa a inteligência, elucida perfeitamente a redação do art. 200; só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade, etc.

Como é facilmente perceptível, usou o legislador do mesmo princípio tôdas as vêzes que se quis referir a uma percentagem sôbre totalidade dos membros efetivos do Tribunal.

Por tais fundamentos, dou provimento ao recurso para conceder a segurança e mandar que o Tribunal proceda a novo escrutínio em que o nome do recorrente sòmente poderá deixar de ser indicado se contra a indicação se manifestarem pelo menos 3/4 dos titulares efetivos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Deram provimento ao recurso, unânimemente.

Deixaram de comparecer, os Excelentíssimos Senhores Ministros Ribeiro da Costa e Hahnemann Guimarães, por se acharem afastados, para terem exercício no Tribunal Eleitoral, sendo substituídos, respectivamente, pelos Excelentíssimos Senhores Ministros Macedo Ludolf e Afrânio da Costa.