## *JUIZ — PROMOÇÃO — ANTIGÜIDADE — DESEMPATE*

*— No caso de empate, na promoção de juiz, por antigüidade, é legítima a aplicação de critérios supletivos.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Belmiro da Silveira Góes *versus* Estado de Sergipe

Recurso de mandado de segurança nº 5.625 — Relator: Sr. Ministro ARY FRANCO

ACÓRDÃO

Vistos, etc., Acordam os Juízes do Supremo Tribunal Federal, por maioria, negar provimento ao recurso, conforme o relatório e notas taquigrafadas. Custas pelo recorrente.

Rio de Janeiro, 22 de setembro de 1958. — *Orozimbo Nonato*, Presidente — *Afrânio A. da Costa*, Relator (designado para o acórdão).

RELATÓRIO

*O Senhor Ministro Ary Franco* — Sr. Presidente, o recorrente, que é Juiz em Sergipe, impetrou mandado de segurança ao Tribunal de Justiça, pretendendo de segurança ao Tribunal de Justiça, pretendendo que lhe coubesse a indicação para Desembargador, por antigüidade, em determinada vaga, que foi provida pelo Dr. Luiz Pereira de Melo.

O Tribunal de Sergipe, em acórdão fundamentado, denegou o mandado de segurança. O voto vencedor diz o seguinte:

"É sabido que, segundo o preceito da Constituição Federal vigente, para a promoção de magistrado pelo critério da antigüidade, não se computa o total do tempo de serviço prestado na carreira, mas apenas o seu exercício na entrância. Foi êste o princípio que a nossa Magna Carta expressamente consagrou no seu artigo 124, inciso IV.

"Em Sergipe, porém, por fôrça do artigo 12 das disposições transitórias da Constituição do Estado, conforme já decidiu o nosso Pretório Excelso, no mandado de segurança requerido pelo atual Desembargador Waldemar Fortuna de Castro (vide dec. de fôlhas 23 a 25) "a antigüidade, para efeito de acesso ao Tribunal de Justiça, será computada também em entrância inferior, quando se tratar de Juiz de Direito, nomeado antes da vigência do Decreto-lei nº 651, de 6 de junho de 1945" que instituiu as entrâncias na magistratura sergipana.

"Por êste dispositivo da Constituição Estadual foram contemplados, além de outros, os ilustres magistrados Belmiro da Silveira Góes e Luiz Pereira de Melo que, por sinal, assumiram o exercício dos respectivos cargos, no mesmo dia, ou seja, a 19 de julho do ano de 1944, pelo que, a partir daquela data, têm ambos êstes juízes igual tempo de serviço na magistratura a que pertence. Nos autos se encontra efetivamente, prova evidente de que êles passaram a exercer as suas funções no dia acima referido. (Vide doc. de fls. 22, 66, 67, 68, 69 e seguintes).

Trata-se, por conseguinte, de um caso evidente de empate em tempo de serviço que deve ser resolvido, tendo-se em vista o artigo 59 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, como lei subsidiária aplicável à espécie, já que, sôbre o assunto, o nosso Código de Organização Judiciária não dispõe de maneira satisfatória".

E o acórdão entendeu que a antigüidade devia caber ao Dr. Luiz Pereira de Melo, por desempate, nos têrmos do art. 59 do Estatuto dos Funcionários Públicos, que assim dispõe:

"Na classificação por antigüidade, quando ocorrer empate em tempo de classe, terá preferência sucessivamente: a) o funcionário casado ou viúvo

que tiver maior número de filhos; b) o casado; c) o solteiro que tiver filhos reconhecidos; d) o que tiver maior tempo de serviço público estadual; e) o mais idoso.

"§ 1º — Em igualdade de condições de merecimento o desempate será feito de acôrdo com o critério estabelecido neste artigo.

"§ 2º — Não serão considerados para efeito dêste artigo os filhos maiores e os que exerçam qualquer atividade remunerada.

"§ 3º — Também não será considerado para o mesmo efeito o estado de casado desde que ambos os cônjuges sejam servidores públicos".

O Tribunal desempatou em favor do Dr. Pereira de Melo, porque tinha quatro filhos enquanto que o recorrente, ao tempo, tinha três e houve mais um dois meses depois.

Há voto vencido e, então, o Doutor Belmiro da Silveira Góes recorreu, dizendo que o desempate não se fêz regularmente, porque, embora casados ambos, para o efeito da lei, o Dr. Luiz Pereira de Melo não podia ser havido como casado, porque o § 3º do citado art. 59 dispõe assim:

"Também não será considerado para o mesmo efeito o estado de casado desde que ambos os cônjuges sejam servidores públicos".

Quer dizer, a senhora do Dr. Luiz Pereira de Melo é funcionária pública e em razão de o ser, o § 3º determina que não se estende o favor nessas condições.

E então diz êle: casado sou só eu, em face do art. 59; o outro não pode ser havido como tal. E, assim, se as condições são, por preferência, sucessivamente, o lugar deve ser meu, porque sou casado, enquanto o outro não pode ser havido como tal.

A Procuradoria Geral da República opina pela confirmação do acórdão, com o seguinte parecer:

"O acórdão recorrido (fls. 96-118) proferido pelo Tribunal de Justiça de Sergipe denegou a segurança impetrada contra o ato do Sr. Governador do Estado que promoveu outrem a Desembargador, em detrimento do impetrante, que se julga mais antigo.

Mas, segundo a motivação do aresto impugnado, tendo os concorrentes o mesmo tempo de serviço, procedeu-se ao desempate por critérios supletivos aplicáveis à espécie (art. 59 do Estatuto dos Funcionários Estaduais).

A decisão impugnada merece confirmação, por seus jurídicos fundamentos; não há direito líquido e certo a amparar; opino pelo desprovimento do recurso.

Distrito Federal, 30 de junho de 1958. — *Carlos Medeiros Silva,* Procurador Geral da República".

É o relatório.

VOTO

*O Sr. Ministro Ary Franco.* — Sr. Presidente, o ilustre advogado do assistente Dr. Dario de Almeida Magalhães, começou a sua oração exortando o Tribunal a que tivesse em atenção o fato de que êste mandado de segurança tinha por fim destituir um Desembargador da sua função; e recordou os têrmos do artigo 189 da Constituição. O Tribunal, porém, vai, apenas, apreciar o ato do Tribunal de Justiça de Sergipe. Se isso vai ferir a situação de um Desembargador, não será a primeira vez que acontece. Já tive ensejo de fazer o mesmo, em caso em que funcionou como advogado o mesmo ilustre advogado do assistente, em processo oriundo de Minas Gerais. Nós decidimos que a vaga então ocorrente era dos advogados e não dos juízes e a Ordem dos Advogados teve, por patrono o mesmo eminente advogado cujo nome declino com prazer, Dr. Dario de Almeida Magalhães.

O caso dos autos é o seguinte: o Tribunal de Justiça de Sergipe entendeu, no acórdão recorrido, por maioria, que o mais antigo era o Dr. Luiz Pereira de Melo, que é aqui o assistente. Aliás, é a segunda vez, devo dizer ao Tribunal, que o Doutor Luiz Pereira de Melo tem a sua situação exposta neste Tribunal. A primeira vez foi no mandado de segurança nº 3.984. Tenho aqui o acórdão, proferido em julgado do dia 11 de janeiro de 1957, tendo sido relator o eminente Sr. Ministro Edgard Costa. Então, o Dr. Luiz Pereira de Melo contendia com o Dr. Waldemar Fortuna de Castro e o Tribunal atendeu à pretensão dêste, tendo o Doutor Luiz Pereira de Melo deixado o lugar,

para ser o mesmo ocupado pelo Dr. Waldemar Fortuna de Castro. Naquela oportunidade, o problema era relativo à questão do princípio de antigüidade: se a indicação para a promoçao devia ou não se restringir aos que tinham atingido a última entrância. Agora, foi provido o Dr. Luiz Pereira de Melo e contra êle se insurge o Dr. Belmiro da Silveira Góes. O Tribunal entendeu que os dois tinham o mesmo tempo de serviço, e, de acôrdo com a legislação estadual, aplicou a lei supletiva, o Estatuto dos Funcionários Públicos de Sergipe, que é a Lei nº 119, que está nos autos, e que no seu artigo 59, diz o seguinte: quando ocorrer empate em tempo de classe, terá preferência sucessivamente: a) o funcionário casado ou viúvo que tiver maior número de filhos; b) o casado; c) o solteiro que tiver filhos reconhecidos; d) que tiver maior tempo de serviço público estadual; e) o mais idoso".

O Tribunal de Justiça entendeu, por um dos fundamentos, que o Dr. Luiz Pereira era casado, com maior número de filhos: tinha quatro filhos e o Dr. Belmiro da Silveira Góes tinha três, o quarto tendo vindo posteriormente. Mas um dos fundamentos de que se serve o Dr. Belmiro da Silveira Góes, além do tempo de serviço, que eu deixo de lado, reside no preceito — extravagante, mas é preceito — do parágrafo 3º do artigo 59 da lei citada, e que assim dispõe:

"Também não será considerado para o mesmo efeito o estado de casado, desde que ambos os cônjuges sejam servidores públicos".

Assim o estado de casado não pode ser levado em conta, se o magistrado fôr casado com funcionária pública. É como se êle não fôsse casado. No ponto de vista do critério, é questão de fórmula.

*O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães.* — Não será levado em conta o estado de casado.

*O Sr. Ministro Ary Franco.* (Relator) — Se os critérios têm de ser examinados sucessivamente para preferência, a primeira condição que o Tribunal deve examinar é a situação de casado, a meu ver. Ora, o Dr. Belmiro da Silveira Góes tem essa condição, que não pode ser levada em conta em relação ao Dr. Luiz Pereira de Melo. Entendo eu que o Tribunal não se houve com acêrto quando decidiu, na antigüidade a favor do Dr. Luiz Pereira de Melo. Devia ter decidido em favor do Dr. Belmiro da Silveira Góes, que é o recorrente. Mas a concessão do mandado de segurança é para provimento no cargo? Penso que não. Penso que o Tribunal, se adotar o meu voto, concederá o mandado de segurança para que? Para que o Tribunal de Justiça de Sergipe aprecie a situação do Dr. Belmiro da Silveira Góes; e, se três-quartos do Tribunal entender que êle não tem direito à promoção por antigüidade...

*O Sr. Ministro Luiz Gallotti* — Não deve...

*O Sr. Ministro Ary Franco* (Relator) — Não deve, mas, se decidir assim, então, se passará à votação do seguinte. Mas prover o peticionário, ora recorrente, de logo, acho que não se deve. Em caso de Mato Grosso parece-me, foi assim que se decidiu: deu-se provimento ao recurso para que o Tribunal entrasse na apreciação da lista dos mais antigos e se decidisse pelo que estivesse à frente. No caso dos autos, o meu entendimento é no sentido de que o mais antigo é o Dr. Belmiro da Silveira Góes. Eu dou, pois, provimento ao recurso para que o Tribunal de Justiça de Sergipe reaprecie a lista dos magistrados na ordem de antigüidade e resolva pelo que fôr considerado o mais antigo.

*O Sr. Ministro Ribeiro da Costa* — Segundo aprendi, o dispositivo de lei manda que não se considere o estado de casado, quando o funcionário (no caso o juiz), fôr casado com funcionária pública. Parece que é esta a disposição. O Tribunal, segundo me pareceu, não teve em conta essa situação.

*O Sr. Ministro Ary Franco* (Relator) — Não. Considerou casado e lhe deu preferência, por ter mais filhos, o Dr. Luiz Pereira de Mello.

*O Sr. Ministro Ribeiro da Costa* — Êsse dispositivo teve observação, eu acho...

*O Sr. Ministro Ary Franco* (Relator) — Mas o Tribunal não aplicou a regra do parágrafo terceiro, que diz que para efeito de promoção por antigüidade, ocorrendo empate, não será conside-

rado casado aquêle que o fôr com funcionária pública.

*O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães* — Já se tinha resolvido o empate, por maior número de filhos: êste é o primeiro critério.

*O Sr. Ministro Ary Franco* (Relator) — É o casamento; o estado de casado é que é o primeiro critério.

*O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães* — A condição primeira é o maior número de filhos.

*O Sr. Ministro Ribeiro da Costa* — Em igualdade de condições, ocorreu que o classificado pelo Tribunal, penso eu, não era o casado com funcionária e sim outro.

*O Sr. Ministro Ary Franco* (Relator) — Não; o Tribunal classificou o casado com funcionária porque tinha mais filhos.

*O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães* — O primeiro critério é o maior número de filhos; êste tem de prevalecer.

*O Sr. Ministro Ary Franco* (Relator) — Sr. Presidente, repetindo, eu dou provimento em parte ao recurso, para que o Tribunal de Justiça reaprecie a lista dos magistrados pela antigüidade, considerando o Recorrente como o mais antigo, e cumpra o disposto no preceito constitucional.

VOTO

*O Sr. Ministro Henrique D'Avila* — Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Sr. Ministro Relator.

VISTA

*O Sr. Ministro Afrânio Antônio da Costa* — Senhor Presidente, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Afrânio Antônio da Costa, depois de votarem os Exmos. Srs. Ministros Relator. Henrique D'Avila pelo provimento, em parte.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Orozimbo Nonato da Silva.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Lafayette de Andrada.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros Ary Franco, Relator, Afrânio Antônio da Costa, Henrique D'Avila (substitutos, respectivamente, dos Exmos. Srs. Ministros Rocha Lagôa e Nélson Hungria que se acham em exercício do Tribunal Superior Eleitoral), Villas Bôas, Cândido Motta, Luiz Gallotti, Hahnemann Guimarães, Ribeiro da Costa e Barros Barreto — *Hugo Mósca,* Vice-Diretor Interino.

VOTO

*O Sr. Ministro Afrânio Antônio da Costa*: — Tem ainda o Tribunal de memória o minudente relatório do Sr. Ministro Ary Franco, seu douto voto, bem como as orações dos ilustres advogados.

Trata-se da indicação para preenchimento de uma vaga de desembargador do Tribunal de Justiça de Sergipe, por antigüidade.

Decidiu o Tribunal que tendo o recorrente e o Dr. Luiz Pereira de Mello o mesmo tempo de serviço, conforme a Lei de Organização Judiciária era de aplicar, supletivamente, para o desempate, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis. E nos têrmos do art. 59 letra A, indicou o Dr. Luiz Pereira de Mello, porque sendo casado, com 4 filhos, ao tempo da indicação, tinha preferência sôbre o seu concorrente que, embora casado, tinha apenas três filhos.

Veio o mandado, alegando não ser de prevalecer o estado de casado, porque a espôsa do Dr. Luiz Pereira de Mello era funcionária pública, o que prejudicava o motivo da preferência, nos têrmos do parágrafo terceiro do mesmo art. 59.

Ora, dizem o art. 59 e seu parágrafo terceiro:

"Na classificação por antigüidade, quando ocorrer empate em tempo de classe, terá preferência sucessivamente: a) o funcionário casado ou viúvo que tiver maior número de filhos; b) o casado; c) o solteiro que tiver filhos reconhecidos; d) o que tiver maior tempo de serviço público estadual; e) o mais idoso".

"Também não será considerado para o mesmo efeito o estado de casado, desde que ambos os cônjuges sejam servidores públicos".

Com as minhas homenagens ao eminente relator, ouso divergir de S. Exa. para negar provimento.

As condições para o desempate são cinco; devem ser consideradas sucessivamente, a que prevalecer, na ordem, é prejudicial das demais.

1º — filhos de juiz casado.

2º — juiz casado.

3º — juiz solteiro com filhos reconhecidos.

4º — juiz com maior tempo de serviço público estadual.

5º — juiz mais idoso.

O parágrafo único excluindo o estado de casado, como condição de desempate, quando a espôsa fôr funcionária pública, atinge apenas a 2ª condição que manda considerar para o desempate o estado de casado (letra B).

Mas, a prole tem importância capital para o legislador, tanto assim que vem mencionada 2 vêzes.

A exegese exata, a meu ver, está, em que a letra B se refere a casado, mas, sem filhos; em concorrência com candidato solteiro, com ou sem filhos. Seria mesmo, extravagante, data venia, que ficasse exigido em 1º grau o desempate pelo juiz solteiro, com filhos reconhecidos, não considerando o juiz casado com filhos legítimos. Seria até um estímulo à mancebia.

E decorre daí um aspecto grave no desempate por tais critérios: se o juiz solteiro tiver os filhos de amásia funcionária pública? Vencerá o juiz com prole legítima, "casado" com funcionária pública?

Não pode ter sido essa a intenção do legislador.

Entendo que o Tribunal decidiu bem aplicando o letra A, e dentro do critério dando preferência ao candidato com 4 filhos, sôbre o que tinha no momento apenas três.

Nego provimento.

VOTO

*O Sr. Ministro Antônio Martins Villas Bôas* — Senhor Presidente:

Na sessão plenária de 5 de junho de 1957 presentes seis Desembargadores o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe resolveu indicar o Dr. Luiz Pereira de Mello, como Juiz da 2ª entrância mais antigo, para preenchimento da vaga verificada com o falecimento do Desembargador Enoch Santiago — Recusado o adiamento, deixaram de votar os Exmos. Srs. Desembargadores João Bosco de Andrade Lima e Luiz Magalhães, com a declaração de que lhes faltavam elementos para a apuração da antigüidade, uma vez que o quadro dos magistrados não era objeto de revisão, de cinco anos a essa parte.

O Dr. Luiz Pereira de Mello foi promovido por decreto de 8 de junho de 1957.

Em 16 de setembro do mesmo ano, o seu competidor, Dr. Belmiro da Silveira Góes, impetrou segurança ao próprio Tribunal, que a denegou.

Examina-se, no momento, o recurso do impetrante.

A iniciação dos Drs. Belmiro da Silveira Góes e Luiz Pereira de Mello na magistratura vitalícia se deu na mesma data, 19 de julho de 1944. Mas êste obteve promoção em dezembro de 1945, enquanto aquêle só alcançou o grau superior em outubro de 1956.

Para o ingresso no Tribunal, tornou-se irrelevante o fato, porque êste Supremo Tribunal reputou constitucional o art. 12 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado, assim concebido: "A antigüidade, para efeito de acesso ao Tribunal de Justiça, será computada também em entrância inferior, quando se tratar de juiz de direito nomeado antes da vigência do Decreto-lei número 651, de 6 de junho de 1945".

Quanto à situação do Dr. Luiz Pereira de Mello, há a observar que, promovido a Desembargador em 1º de fevereiro de 1955, por antigüidade, foi o respectivo decreto anulado mediante mandado de segurança requerido pelo Dr. Waldemar Fortuna de Castro. Deixou S. Exª o exercício, em 4 de junho de 1957 (fls. 47).

Importa, ainda, notar que o Dr. Belmiro da Silveira Góes enviou, em 20 de maio de 1957, da comarca de Estância onde serve, um requerimento ao Exmo. Sr. Presidente do Tribunal, reclamando a publicação do registro de antigüidade, consoante a prescrição dos

arts. 122 e 127 do Código de Organização Judiciária. A distribuição se fêz, na sessão extraordinária de 3 de junho (fls. 37 v.), mas a decisão que deferiu o pedido, só foi proferida em 3 de julho de 1957, quando a petição, que se referia ao preenchimento da vaga do Desembargador Enoch Santiago, não era mais apta a produzir efeito.

Prestei bastante atenção a isso, porque a indicação pressupõe a apuração da antigüidade (Constituição, artigo 124, nº IV, quarto período), formalidade evidentemente pretendida, pois o delicado assunto da revisão da lista estava pendente de solução.

O abuso de poder mais se agravou com a recusa do adiamento proposto por dois membros do Tribunal, então constituído de seis, pelo muito procedente motivo de que não estavam, ambos, habilitados a votar.

Mas o caso é que o Dr. Luiz Pereira de Mello logrou a primeira e agora resta examinar as razões da sua designação.

Elas constam do acórdão de fls. 96 a 103, e assim se resumem:

a) sendo igual o tempo de serviço prestado pelos dois pretendentes na magistratura, o empate devia mesmo ser resolvido, por aplicação do art. 59 do Estatuto dos Funcionários do Estado, em favor do indicado;

b) dispondo o art. 123, § 1º, do Código de Organização Judiciária que, "para os efeitos não expressamente previstos nesta lei, somar-se-á ao tempo de serviço na judicatura o que houver sido prestado, em qualquer caráter à União, Estados, Territórios, Distrito Federal ou Municípios, inclusive no desempenho de encargo considerado relevante", representava isso mais um pêso para tal decisão;

c) de resto, é o Dr. Luiz Pereira de Mello mais idoso que o Dr. Belmiro da Silveira Góes.

O problema era e é de apuração de antigüidade na categoria de Juiz, pois a Constituição ordena: "Em se tratando de antigüidade, que se apurará na última entrância, o Tribunal resolverá preliminarmente se deve ser indicado o juiz mais antigo".

No dia em que o Tribunal deliberou sôbre o provimento da vaga do saudoso Desembargador Enoch Santiago (5-6-57), qual era a posição do Dr. Luiz Pereira de Mello no quadro geral da magistratura sergipana?

É uma indagação de muita importância.

Êste Egrégio Tribunal, por acórdão de 11 de janeiro de 1957, remediou a preterição sofrida pelo Dr. Waldemar Fortuna de Castro, precisamente com a investidura do mesmo Dr. Luiz Pereira de Mello no cargo de Desembargador.

Sua Exª só se afastou, porém, do exercício em 4 de junho de 1957, às vésperas da malsinada indicação.

Todavia, o decreto do Governador do Estado, em execução do aresto que resultava na anulação da sua promoção, só foi expedido em 8 de junho de 1957, data em que foi êle novamente promovido (fls. 21).

Sem dúvida, quando um ato é anulado, a primeira conseqüência é a restituição das coisas ao estado anterior (C. C., art. 158).

Isso se verifica, com relativa facilidade, na esfera do direito privado; não tanto do domínio do direito público, que é eminentemente formal; e nunca na conjuntura em que possa ser afetado o desempenho do poder jurisdicional, pelos graves interêsses que envolve.

Era, portanto, imprescindível o decreto declaratório da nulidade do título de Desembargador, conferido ao Dr. Luiz Pereira de Mello em 1º de fevereiro de 1955.

E, se o ato de autoridade só veio a 8 de junho, certamente não podia o Eg. Tribunal, informalmente, rebaixá-lo a Juiz de entrância e reindicá-lo, na sessão do dia 5.

E é esta a minha opinião, em que não persevero para prosseguir no exame do caso.

Dando o Eg. Tribunal pelo empate, procurou contorná-lo mediante critérios subsidiários.

Êles só foram declarados em defesa da resolução, porque, ao ser tomada esta, não houve maiores explicações.

Falou-se em tempo geral de serviço público, dado que não devia interferir, porque o artigo 192 da Constituição Federal permite tal computação para efeitos de disponibilidade e aposentadoria

e não de promoção, principalmente na carreira de magistrado.

Quanto à idade, é elemento a ser considerado à falta de outro.

Resta, pois, o contraste pelo *status familiae,* elemento posto em relêvo pela Constituição (art. 163 e s.).

O Estatuto dos Funcionários Civis do Estado prescreve, *no capítulo da promoção*:

"Art. 59. Na classificação por antigüidade, quando ocorrer empate no tempo de classe, terá preferência sucessivamente:

*a*) o funcionário casado ou viúvo, que tiver maior número de filhos;

*b*) o casado;

*c*) o solteiro que tiver filhos reconhecidos;

*d*) o que tiver maior tempo de serviço público estadual;

*e*) o mais idoso.

§ 1º. Em igualdade de condições de merecimento, o desempate será feito de acôrdo com o critério estabelecido neste artigo.

§ 2º. Não serão considerados, para efeito dêste artigo, os filhos maiores e os que exercerem qualquer atividade remunerada.

§ 3º. Também não será considerado, para o mesmo efeito, o estado de casado, desde que ambos os cônjuges sejam servidores públicos".

O Dr. Luiz Pereira de Mello tinha, ao tempo da indicação, quatro filhos. Mas o Dr. Belmiro da Silveira Góes, com três, recebeu Vera Lúcia Dantas Góes, poucos dias depois, em 12 de junho de 1957.

Ainda permanecia o *empate*, segundo o aforismo romano — *nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de comodis ejus agitur,* uma vez que a disposição é mais de benefício ao filho e à família do que pròpriamente ao funcionário.

Entretanto, provou-se que Dona Maria da Graça Azevedo Melo, espôsa do Dr. Luiz Pereira, de Melo, é Professôra estadual, desde 1945, e Diretora do Grupo Escolar "Barão de Maroim" desde 1948 (fls. 42), e assim o estado de casado do ilustre Juiz não tinha o efeito de melhorar-lhe a condição para ser promovido.

Aqui, a vantagem é do seu competidor.

Estou de acôrdo com o eminente Relator, que dá provimento ao recurso, para anular o título de Desembargador conferido ao Dr. Luiz Pereira de Melo e determinar que outra votação se faça, com prioridade para o Dr. Belmiro da Silveira Góes.

Devo acrescentar que não tenho por aplicável ao caso a regra do art. 124, nº IV: "Sòmente após dois anos de efetivo exercício na respectiva entrância poderá o Juiz ser promovido".

Ela diz respeito à carreira do Juiz, e não ao acesso ao Tribunal, sujeito a outro tratamento.

Se se pretender generalizá-la, poder-se-á chegar a êsse resultado esdrúxulo: um Juiz de primeira entrância, com alguns anos de relevantes serviços, poderá figurar em lista tríplice de merecimento para nomeação de Desembargador; se fôr promovido, não poderá ser indicado, senão após dois anos de exercício.

Não é esta, evidentemente, a *mens legis.*

Dou provimento, como disse.

VISTA

*O Sr. Ministro Luiz Gallotti* — Sr. Presidente, o eminente Ministro Villas Bôas, em seu voto, suscitou aspectos novos do problema. A fim de melhor examinar a questão, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Pediu vista o Sr. Ministro Luiz Gallotti, depois de votarem os Srs. Ministros Afrânio Costa e Cândido Motta, negando provimento e Villas Bôas, dando-o em parte.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Orozimbo Nonato da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros Ary Franco, Relator, Afrânio Costa, Henrique D'Ávila (substitutos dos Exmos. Senhores Ministros Rocha Lagôa e Nelson Hungria que se acham em exercício no Tribunal Superior Eleitoral), Villas Bôas, Cân-

dido Motta, Luiz Gallotti, Hahnemann Guimarães, Ribeiro da Costa, Lafayette de Andrada e Barros Barreto. — *Hugo Mósca,* Vice-Diretor interino.

VOTO

*O Sr. Ministro Luiz Gallotti* — Concluindo que o Desembargador nomeado e o recorrente tinham igual tempo de serviço na magistratura, o acórdão teve o desempate como verificado em favor do primeiro, porque tinha, então, maior número de filhos.

Objeta o recorrente (e esta objeção foi acolhida nos doutos votos proferidos pelo provimento do recurso) que, por ser casado com funcionária pública, o Desembargador nomeado não teria direito ao desempate com aquêle fundamento.

Estou, entretanto, em que a objeção foi respondida, de maneira a convencer, no voto do eminente Ministro Afrânio Costa.

Os critérios de desempate adotados pela lei são *sucessivos,* como ela mesma declara (art. 59).

O primeiro é o maior número de filhos, seja o pai casado ou viúvo.

O segundo é que diz respeito à condição de *casado.*

Assim, quando o § 1º dispõe que não se considerará o estado de casado, se ambos os cônjuges fôrem servidores públicos, visa o segundo critério de desempate, não o primeiro. E por êste é que o recorrente perdeu.

Argumenta o eminente Ministro Villas Bôas que, poucos dias depois da promoção, recebeu o recorrente mais um filho, de modo a tê-los em número igual ao daqueles do seu competidor.

Mas ao argumento penso que só seria possível atender, se estivesse em causa direito de nascituro (Código Civil, art. 4º).

Esta a conclusão a que chego, contrária ao impetrante, enfrentando o problema jurídico, como êle está posto perante o Tribunal, pois a controvérsia sôbre a matéria de fato nem caberia no âmbito do mandado de segurança.

Nem se diga que não poderia a lei adotar critério como o de que se trata, estranho ao serviço na magistratura: Sendo a promoção por antigüidade e tendo os dois candidatos igual tempo de serviço como magistrados, forçoso se tornaria adotar, como fêz a lei, critérios outros, *objetivos,* para o desempate; o critério *subjetivo* do merecimento é que não poderia ser, porque, então, se estaria burlando o preceito constitucional que estabelece a promoção alternada, por antigüidade e merecimento (artigo 124 nº IV).

Assim, *data venia,* nego provimento ao recurso.

VOTO

*O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães — Data venia* do eminente Senhor Ministro Relator, acompanho o voto do eminente Sr. Ministro Afrânio Costa.

Para resolver o empate, o Tribunal de Justiça de Sergipe aplicou disposições do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, onde se estabelecem os seguintes critérios:

1º — a prole legítima;
2º — o casamento;
3º — a prole ilegítima;
4º — antigüidade do serviço;
5º — a idade.

Quando o Estatuto faz referência à prole legítima, menciona o casamento, onde aquela se funda, e não há como invocar, no caso, o § 3º da citada disposição, onde se exclui o casamento, quando fôr o funcionário casado com funcionária pública.

Com estas rezões, peço vênia ao eminente Ministro Relator para acompanhar o eminente Ministro Afrânio Costa, negando provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negaram provimento, vencido, em parte, os Srs. Ministros Relator, Henrique D'Ávila e Villas Bôas.

Ausentes, justificadamente, os Excelentíssimos Srs. Ministros Lafayette de Andrada e Cândido Motta Filho.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Orozimbo Nonato.

Tomaram parte no julgamento os

Exmos. Srs. Ministros Ary Franco (Relator), Afrânio Costa e Henrique D'Ávila (substitutos respectivos dos Exmos. Srs. Ministros Rocha Lagôa e Nelson Hungria, que se acham em exercício no Tribunal Superior Eleitoral), Villas Bôas, Luiz Gallotti, Hahnemann Guimarães, Ribeiro da Costa e Barros Barreto. — *Hugo Mósca,* Vice-Diretor Interino.