MILITAR — TRANSFERÊNCIA PARA RESERVA — PROMOÇÃO

— Não cabe promoção de militar, transferido para a reserva, a pôsto inexistente no seu quadro.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

PROCESSO P. R. N.º 18.467-61

Presidência da República. Consultoria-Geral da República. E. M. n.º 126, de 17 de abril de 1961. Submete o Parecer D-15, sôbre promoção de militar a pôsto inexistente no respectivo Quadro, tendo-se em vista a impossibilidade material

e jurídica. "Aprovo o Parecer. Publique-se. 21-6-61." (Enc. ao Gab. Militar, em 22-6-61).

PARECER

I — O Excelentíssimo Senhor General Chefe do Gabinete Militar encaminhou-me, de ordem do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, expediente em que submete à minha apreciação pedidos de transferência para a reserva, de oficiais não pertencentes à carreira das armas. Ocorrendo dúvida sôbre a aplicação da legislação especial referente às promoções em tais casos questiona da legitimidade do pedido, levando-se em consideração especialmente a circunstância de não existir no respectivo quadro o pôsto almejado.

II — Como já sustentei no parecer D-4, publicado no *Diário Oficial* de 5 de abril de 1961, é fundamental na estrutura das Fôrças Armadas o princípio da hierarquia, decorrente do princípio constante do art. 176 da Constituição da República, e deduzido no art. 15 do Decreto-lei n.º 9.698, de 2 de setembro de 1946, — *Estatuto dos Militares* — onde está determinada a regra atinente à observância da hierarquia dos postos, ou graduação.

Ao militar é assegurado o acesso na hierarquia, gradual e sucessivamente, mediante promoções. O militar tem direito à promoção. É uma faculdade que se lhe assegura. Mas, se todo direito subjetivo é o reflexo de uma determinação normativa e exprime um poder assegurado pelo direito objetivo, aqui, mais do que nunca, cumpre atentar na limitação que o legislador, parecendo que em previsão das pretensões que viessem a ser formuladas, instituiu, ao dizer que sò haverá promoção na conformidade da lei:

"O acesso na hierarquia militar é gradual e sucessivo, mediante promoções, *de conformidade com a lei*" (Decreto-lei n.º 6.698, de 2 de setembro de 1946, art. 44).

III — No meu parecer D-4, não fiquei adstrito à apreciação de uma situação particular ou pessoal. Não cogitei ali, de estudar as condições jurídicas de determinadas pessoas, embora elas, pelo serviço que já deram à Pátria, merecessem a maior atenção. Ali excogitei de uma tese, que agora invoco para o desate da questão que me é proposta.

Em têrmos gerais, entendo que o pressuposto básico, fundamental, da promoção de um militar é a existência do pôsto a que almeja. Não pode haver promoção sem a prévia definição do pôsto de acesso. Não adianta que alguém pretenda ser promovido a um pôsto se êste pôsto não existe. É isto impossível, tanto para quem pede, como para quem concede a promoção.

No terreno das impossibilidades, cumpre distinguir duas espécies ou hipóteses. De um lado a *impossibilidade material*, de outro lado a *impossibilidade jurídica*.

Diz-se que a impossibilidade é material, quando a situação de fato é inatingível em têrmos de aplicação das fôrças humanas, ou dos recursos técnicos de que o homem disponha. Atingir o centro da Terra um impossível material, porque não há, no estado atual da técnica e da ciência um meio de realizá-lo.

Fala-se que há *impossibilidade jurídica*, quando a situação tática pode ser alcançada materialmente, mas a sua obtenção acha-se barrada por um obstáculo de ordem legal. Exercer uma profissão é possível materialmente, mas se a lei impõe requisitos de habilitação profissional, passa a constituir uma impossibilidade jurídica para aquêle que os não possui.

É a lei que cria a impossibilidade jurídica, em têrmos postivos ou negativos. O critério de sua constituição é fundado em motivo de política legislativa, e está no poder discricionário do legislador. Sòmente êste é juiz das conveniências de sua instituição. Sòmente a êle cabe decidir de sua adoção. E por isto não compete ao aplicador ou ao intérprete descer à sua análise.

Quando a lei diz que a carreira militar vai até um certo pôsto, aí detém o direito

de promoção. Ir além é um impossível jurídico e não cabe discutir se o legislador andou bem ou mal, não cabe julgar a lei, mas dar-lhe cumprimento. Inóquo seria dizer que em outras circunstâncias caberia uma promoção mais avançada, pois que seria o mesmo que dizer que na ordem legal de outro Pais é viável. No momento de efetuar a promoção, compete tão-sòmente indagar em que têrmos o legislador tratou o assunto, sem julgar as razões em que êle se inspirou. E nem o pretendente pode argumentar *a ratione*, nem a autoridade superior conceder por liberalidade. Se o militar tem o direito a uma promoção, esta lhe será dada. Mas se não tem direito, não pode ser permitida.

Admitiria alguém a promoção de uma praça de pré a oficial? Faça-se esta pergunta, e todos responderão que não é *possível*. Porque a impossibilidade? Porque existe um pressuposto para o acesso ao oficialato, e na falta dêste pressuposto a promoção constitui uma *impossibilidade jurídica*.

Quem se aventurasse a discutir a lei, dizendo que uma promoção dessa ordem seria um estímulo, ou que o grau de adiantamento das praças o permite encontraria sempre a mesma resposta: não é *possível*.

Ninguém poderia argumentar que outras pessoas são promovidas, ou que existem nos quadros das Fôrças Armadas postos componentes de uma hierarquia que ascende mais arriba.

Existindo barreira legal ao acesso, é como se não houvesse mais nenhum pôsto acima daquele. É como se a hierarquia dos postos ou a graduação já tivesse terminado.

IV — A hierarquia dos postos militares não é uma uniformidade absoluta. Ao contrários, existem carreiras e quadros, a cada uma das quais corresponde uma certa hierarquia, que parte de uma graduação, e vai até uma outra graduação. Fora desta, que é o limite maior, não há mais pôsto nenhum, *ainda que em outra carreira êle exista*. E não há também discutir a razão de ausência de outro pôsto, porque aí se contém uma causa de política legislativa: o legislador tinha a faculdade, dentro do seu poder discricionário, de criá-los. Mas não o fêz. Podia estender, além, a hierarquia naquela carreira. Mas não estendeu. Pôs ponto final. E, além do último pôsto que o Legislador criou, outro não existe. A lei e a lógica dão-se as mãos para dizê-lo, em têrmos peremptórios.

Se o legislador quisesse criar uma só carreira nas Fôrças Armadas, tinha o arbítrio de fazê-lo. Mas não quis. E criou várias carreiras.

Tinha o legislador a faculdade de estatuir que tôdas as carreiras fôssem iguais, mas não quis assim, e criou as diversidades hierárquicas.

Êstes agrupamentos de postos componentes de uma carreira são *os quadros*. Cada *quadro* tem o seu limite. E como o militar pertence a um quadro, todos os seus direitos e prerrogativas, com referência especialmente a promoção, acham-se definidos no escalonamento dos postos componentes da hierarquia do seu quadro. E não adianta argumentar que outros postos existem em *outro quadro*, da mesma maneira que não valeria raciocinar que em outro país existem outros acessos. Se o oficial pertence a um quadro, em conseqüência de um conjunto específico de circunstâncias, e se a lei, no exercício do poder discricionário do legislador, marcou o limite de acesso para os integrantes daquele quadro, o acesso do oficial a êle pertencente não pôde ir além do pôsto maior determinado, numa situação igual à que existiria, se não houvesse, em nenhuma hipótese, o pôsto pretendido ou almejado.

Consultando-se a legislação específica, encontram-se as regras atinentes ao escalonamento dos quadros e carreiras, que convém ter presentes.

a) no Exército: O Quadro dos Oficiais Generais é fixado na Lei n.º 1.632, de 30 de junho de 1952; o dos oficiais das

armas, na Lei n.º 1.376, de 5 de junho de 1951; os oficiais do extinto QAA têm o seu limite de acesso nos têrmos da Lei n.º 2.750, de 4 de abril de 1956; oficiais do QOA e do QOE o têm pela Lei n.º 3.222, de 21 de junho de 1957 e Decreto n.º 42.251, de 6 de setembro de 1957; oficiais médicos podem ter promoções na forma da Lei n.º 1.376, de 6 de junho de 1951; oficiais intendentes ascendem segundo o que estatui a Lei n.º 2.586, de 5 de setembro de 1955; oficiais veterinários vão até onde lhes permite a Lei n.º 2.782 de 14 de maio de 1956; oficiais dentistas encontram a sua carreira limitada na conformidade da Lei n.º 1.125, de 7 de junho de 1950 e Lei n.º 2.414, de 8 de fevereiro de 1955.

b) *na Marinha*: oficiais do corpo da Armada, corpo de intendentes da Marinha, corpo de saúde da Marinha, QOA no corpo de Fuzileiros Navais têm o seu quadro determinado pela Lei n.º 3.399, de 11 de junho de 1958; oficiais do corpo de Engenheiros e Técnicos Navais, encontram os seus quadros fixados na mesma Lei n.º 3.399, e mais no Decreto-lei n.º 7.525, de 5 de maio de 1945 e Decreto-lei n.º 5.073, de 11 de novembro de 1946 (?); o Corpo de Fuzileiros Navais encontra o seu Quadro determinado pela Lei n.º 1.531-A, de 29 de dezembro de 1952; o Quadro de Capelães Navais rege-se pelos Decretos-leis ns. 8.921, de 26 de janeiro de 1946 e 9.505, de 22 de julho de 1946; o Quadro de Práticos está contido no Decreto n.º 7.368, de 11 de junho de 1946 e Decreto 33.546 de 11 de agôsto de 1953.

c) *na Aeronáutica*: a fixação dos Quadros dos oficiais da Aeronáutica é feita pela Lei n.º 2.999, de 11 de dezembro de 1956.

Da ponderação sôbre os têrmos de cada uma das carreiras, e em atenção aos dispositivos que instituem os respectivos quadros vê-se, não sòmente que não são elas iguais como ainda que a graduação hierárquica difere.

Se, com efeito, o pôsto máximo na carreira de veterinário é um, e a graduação maior do músico é outra, pretender uma promoção além do pôsto máximo da carreira é o que se qualifica perfeitamente como um *impossível jurídico* pois que vai ter na pretensão de galgar uma promoção a pôsto ou categoria inexistente. Não existir na carreira daquele oficial é o mesmo que não haver em sentido absoluto, pois que o pressuposto material da sua situação é pertencer êle à carreira, e de nada lhe vale dizer que em outra carreira há o pôsto. Pois que a *outra carreira* não é a *sua carreira*.

VI — Ninguém pode perder de vista, em matéria de escalonamento dos postos, que êle não é arbitrário. Existe em razão da lei criadora, e não pode vingar fora de seus têrmos. Se a lei diz que a hierarquia nesta carreira vai até coronel, e naquela até major, não há nenhum meio de elevar a primeira acima de coronel e a segunda acima de major sem forçar a lei. E forçá-la não é aplicá-la, porém infringi-la.

VII — Se não é possível, na atividade, levar uma promoção até um dado pôsto, por falta de sucedâneo legal, será admissível atingi-lo na inatividade?

Como já sustentamos no aludido parecer D-4, o direito não se compadece com a idéia de alguém lograr por via esconsa o que lhe é vedado pela direta. Não pode florescer qualquer subterfúgio, pelo qual uma pessoa que não tem uma faculdade legal intente obter as vantagens dela. Se é a lei que recusa a promoção acima de certo grau, porque não coloca, na sua carreira, aquêle pôsto, como conseguir contorná-la e oferecer-lhe indiretamente o pôsto inexistente na sua carreira?

Êste argumento, que é a expressão mesma de moralidade legislativa, veio consagrado na lei especial, reguladora da passagem para a inatividade.

Se a Lei n.º 2.370, de 9 de dezembro de 1954, recusa promoção ao pôsto imediato, quando o oficial não possui o curso que o habilite ao acesso, com maioria de razão não pode conceber a ascensão acima do pôsto que é o limite máximo da carreira. Se quando existe pôsto ime-

diato, êle é recusado por falta de curso, como é que se daria a promoção se nem o próprio pôsto existe?

Para êste caso, do oficial já ter chegado ao máximo de sua carreira em tempo de paz, a Lei n.º 2.370 prevê o benefício do art. 54, alínea III.

E não pode deixar de ser aplicada. Em todos os casos de carreira limitada, quando a lei que a disciplina estabelece o seu pôsto máximo, a passagem para a inatividade deve fazer-se fixando o oficial dentro do seu quadro, sem transposição do limite máximo instituído para a sua carreira, porém, com as vantagens aludidas no mesmo inciso, porém nunca acompanhado de promoção a pôsto inexistente.

VIII — Não ignoro que a matéria já tem sido objeto de consideração, tanto na órbita administrativa quanto na judiciária. Promoções já se deram em contrário ao que aqui desenvolvemos, e tem sido invocada, quer pelos interessados quer pela Administração, a presença de precedentes como justificativa para uma tomada de posição no sentido de ser admitida a promoção extra-quadro.

Não me parece exata a orientação. O precedente, administrativo ou judiciário, não tem fôrça normativa, nem pode considerar-se, em nenhuma hipótese, fonte formal de direito. Sòmente a lei tem um tal poder. Não existe, por mais inveterado e por mais pacificamente aceito, o costume derrogatório, e não tem préstimo a invocação de costume *contra legem*.

A lei dá o tônus fundamental dos direitos subjetivos, e peca do maior dos defeitos o trabalho hermenêutico, por muito artificioso que seja, desde que conduza a uma conclusão ao arrepio da regra legal.

As leis que oferecem aos militares, em certas circunstâncias, favores especiais quando passam à inatividade, dão-lhes a vantagem subordinada, evidentemente, à limitação dos quadros. Não pode haver a extensão, a pretexto de favorecer, ao ponto de conceder nesse momento uma pormoção a um pôsto que não existe nos respectivos quadros.

Aliás, êste entedimento tem prevalecido na orientação adotada pelos eminentes juristas que honraram com os seus nomes ilustres esta Consultoria-Geral da República. Carlos Medeiros Silva, A. Gonçalves de Oliveira, Caio Tácito, em pareceres que traduzem uma linha segura de orientação científica, sempre sustentaram a impossibilidade de dar-se promoção a pôsto inexistente (Vejam-se os volumes de *Pareceres do Consultor-Geral da República*: vol. 51, 1951, pág 265; vol. 52, 1952, págs. 211, 259, 263, 267 de Carlos Medeiros Silva; vol. 56, 1954, pág. 255; vol. 61, 1956, pág. 331; vol. 62, 1956, pág. 6, de . Gonçalves de Oliveira; vol. 62-A, 1957, págs. 49 e 108, de Caio Tácito).

Forte na lei, portanto, animo-me a assentar o princípio, que considero essencial: não pode ser concedida, mesmo ao passar o militar para a inatividade, promoção a pôsto não existente no seu quadro.

É o que me parece, salvo melhor juízo.

Brasília, 27 de abril de 1961. — *Caio Mário da Silva Pereira*, Consultor-Geral da República.