JUSTIÇA MILITAR — AUDITOR — PROMOÇÃO — ACESSO

— Não se anula ato de nomeação de magistrado, feita de acôrdo com lista organizada pelo Tribunal, não impugnada pelos interessados.

— Interpretação da Lei n.º 916, de 1949.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Requerente: Orlando Moutinho Ribeiro da Costa
Recurso de mandado de segurança n.º 11.960 — Relator: Sr. Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA

ACÔRDÃO

Vistos, etc.

Acorda o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, conceder a segurança de acôrdo com as notas taquigráficas.

Custas na forma da lei.

Brasília, 28 de outubro de 1963. — *A. C. Lafayette de Andrada*, Presidente. — *Gonçalves de Oliveira*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Sr. Presidente. O Auditor de Segunda Entrância, atual Corregedor da Justiça Militar, dizendo-se o mais antigo dêles, Dr. Orlando Moutinho Ribeiro da Costa impetra, ao Supremo Tribunal Federal, mandado de segurança contra o ato do Exmo. Sr. Presidente da República que nomeou o Dr. Clóvis Kruel de Morais para o cargo de Ministro Togado do Superior Tribunal Militar, por decreto de 19 de junho de 1963, publicado no Diário Oficial de 20 do mesmo mês e ano.

Alega o impetrante que figurou na lista dos auditores de segunda entrância para a escolha do juiz togado em substituição ao que fôra aposentado em junho de 1962. Por ser o mais antigo dos auditores de segunda entrância, alega que figurou em primeiro lugar da lista, constando da relação com os nomes de todos os auditores para escolha e nomeação do juiz togado, com o *curriculum vitae* de cada qual, que o impe-

trante prestara serviços de guerra, como componente da Fôrça Expedicionária, sendo o único nessas condições.

Assim, o impetrante alega que a preferência no acesso lhe deveria caber, de fato e de direito, não sòmente por ser o mais antigo dos auditores de segunda entrância, como por ser o único com serviços de guerra prestados ao país. No entanto, a nomeação recaíra no Dr. Clóvis Kruel de Morais, com violação do art. 1º da Lei nº 916, de 14 de novembro de 1949, cujo art. 1º o ampara inequivocamente.

O referido preceito tem esta redação:

"Art. 1º Os funcionários ou extranumerários que, como convocados ou voluntários, tenham tomado parte em operações de guerra, integrados na Fôrça Expedicionária Brasileira, terão assegurada, em igualdade de condições, de merecimento a que concorrerem".

Pediu o impetrante lhe fôsse concedida liminar em seu favor, suspendendo-se a posse do Ministro nomeado e, como estivesse interinamente no cargo, fôsse nêle mantido até final julgamento do presente mandado e confirmação afinal da medida liminar solicitada.

Deferi a liminar com o seguinte despacho:

"O Auditor Dr. Orlando Moutinho Ribeiro da Costa, Corregedor da Justiça Militar, impetra mandado de segurança contra o ato do Exmo. Sr. Presidente da República que nomeou o Auditor Dr. Clóvis Kruel de Morais para o cargo de Ministro togado do Superior Tribunal Militar.

Alega o impetrante que a vaga é de ser preenchida por promoção e, por êsse critério, tem êle preferência, nos têrmos da Lei nº 916, de 14 de novembro de 1949, por ter prestado serviço de guerra, e ser o único dos auditores de segunda entrância nessas condições.

Pede o requerente medida liminar, nestes têrmos:

"É requerido seja o Exmo. Sr. Ministro Presidente do Superior Tribunal Militar intimado a não dar posse ao nomeado para o cargo até final solução do presente mandado de segurança, uma vez que nenhum prejuízo causará o mesmo à Justiça, pois o próprio Govêrno deixou o dito cargo vago desde a última aposentadoria do Ministro Togado, ocorrida em fins de junho de 1962, ficando êle ocupado pelo impetrante até a presente data, como se depreende do doc. nº 2.

Assim, deferida a liminar, o direito do impetrante estará resguardado, a ordem judiciária acautelada e o Tesouro Nacional não sofrerá lesão de espécie alguma".

Defiro a liminar, que vigorará até decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal sôbre a questão.

Com efeito, a posse do Auditor nomeado trará, se deferida a segurança, inconvenientes manifestos.

Notifique-se, como requerido. Solicitem-se informações e cite-se o Dr. Clóvis Kruel de Morais para ciência do presente mandado".

O Dr. Clóvis Kruel de Morais, ciente da presente segurança, pediu assistência, que foi deferida, apresentando vigorosa contestação ao direito pleiteado pelo impetrante.

Solicitei informações ao Exmo. Sr. Presidente da República, que enviou ao Supremo Tribunal as que a S. Exa. foram prestadas pelo Exmo. Sr. Ministro Presidente do Superior Tribunal Militar, nestes têrmos:

"Tenho a honra de restituir a V. Exa. o expediente encaminhado a êste Tribunal pelo Ofício nº D-5-4.576, de 1 de julho de 1963, do Gabinete do Ministro da Guerra, no qual se solicitam *esclare-*

cimentos a fim de ser informado o Mandado de Segurança impetrado pelo Dr. Orlando Moutinho Ribeiro da Costa, contra o ato que nomeou o Dr. Clóvis Kruel de Moraes, Ministro Togado do Superior Tribunal Militar.

Preliminarmente devo esclarecer que os Ministros dêste Tribunal são *nomeados* de acôrdo com o art. 8º do Decreto-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938 (Código da Justiça Militar), e não *promovidos* conforme alega o impetrante.

Com a aposentadoria do Ministro Dr. Adalberto Barreto, abriu-se uma vaga privativa dos Auditores e do Procurador-Geral da Justiça Militar; para esta vaga ficou fora de cogitação o Procurador-Geral porque não tinha 6 anos de exercício no cargo.

Assim, o Tribunal comunicou a V. Exa. em Ofício nº 31 AD. P., de 19 de junho de 1952, a ocorrência da vaga acima mencionada, fazendo anexar relação nominal, com o respectivo *Curriculum Vitae*, dos *Auditores* da Justiça Militar, com a sugestão de que o preenchimento da vaga se fizesse por Auditor de 2ª entrância; por isso um Auditor de 1ª entrância impetrou mandado de segurança contra a sugestão desta Côrte no expediente a V. Exa.

Êste Mandado de Segurança que, no Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso, tomou o nº 11.089, de 1963, foi julgado em 20 de março de 1963, tendo aquela Egrégia Suprema Côrte negado provimento no recurso, unânimemente.

Foi então que V. Exa., usando do direito de livre escolha dentre os Auditores de 2ª entrância, houve por bem em nomear, por decreto de 19 de junho de 1963, publicado no *Diário Oficial* de 20 de junho de 1963, o Dr. Clóvis Kruel de Morais, terceiro colocado por ordem de antigüidade na lista encaminhada pelo Tribunal, para a vaga de Ministro Togado, aberta com a aposentadoria do Dr. Adalberto Barreto".

O Dr. Clóvis Kruel de Moraes, a seu turno, por seu ilustre advogado, Dr. Heráclito Fontoura Sobral Pinto impugnou, em exaustiva contestação, as razões invocadas pelo Dr. Orlando Moutinho Ribeiro da Costa. Eis, em resumo, suas alegações:

a) a preferência para promoção, expressa na Lei nº 916, só podia ser utilizada uma única vez, logo que surgisse a primeira oportunidade. Ora, argumenta S. Exa. o eminente advogado, se deferida a segurança, o Supremo Tribunal estaria desatendendo à lei, visto como o impetrante fôra promovido a Auditor de Segunda Entrância, no Govêrno Linhares, e promovido até, de Promotor a Auditor de Segunda Entrância, sem passar sequer a Auditor de Primeira Categoria, nos têrmos do art. 1º do Decreto-Lei nº 8.513, de 31 de dezembro de 1945. O artigo 3º dêsse diploma dera, com efeito, preferência ao participante da FEB "que tinha sido convocado e servido na Fôrça Expedicionária Brasileira, durante a campanha da Itália".

No caso, continua a contestação:

b) não se trata de promoção, pois a própria Constituição fala em "acesso". Mas, ainda que se equiparem as duas expressões, o certo é que o Supremo Tribunal tem decidido, pacífica e reiteradamente, que não pode um mesmo cidadão vinculado aos quadros administrativos do Estado receber, por serviços de guerra, duas promoções, embora ordenadas em leis diferente. Cite-se, neste sentido, a decisão proferida no mandado de segurança nº 7.043, do Distrito Federal, em que eram requerentes Guerreiro Tôrres e outros oficiais reformados da Polícia Militar do antigo Distrito Federal:

"... duas promoções, por ocasião da reforma... uma por serviço prestado em zona de guerra, outra pela posse de curso, a teor do que dispõe o art. 154 do Decreto nº 42.474, de 4 de dezembro de 1957.

Os impetrantes não obtiveram as duas promoções, mas uma só, sob o fundamento de que ambos os dispositivos legais concedem ao militar, *quando de sua reforma, uma única promoção,* segundo a jurisprudência administrativa, firmada nos pareceres ns. 499-Z e 519-Z, da Consultoria-Geral da República, publicados no *Diário Oficial,* de 10 de março de 1959, e 28 de abril de 1959." (*Revista Trimestral de Jurisprudência,* vol. 12, pág. 26, 2ª coluna).

Cita, no mesmo sentido, acórdão publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência,* volume 12, página 27, de que fôra relator nosso eminente colega Exmo. Sr. Ministro Luís Gallotti:

"Duas leis conferem aos impetrados o direito de, ao passarem para a inatividade, alcançarem o pôsto imediatamente superior ao que tinham na ativa.

Ora, êste pôsto imediatamente superior é o de 2º Tenente, que êles alcançaram.

Se duas leis lhes concedem o mesmo favor, daí não se segue que êsse favor possa ser duplicado, para transformar uma promoção em duas." (*Revista Trimestral de Jurisprudência,* vol. 12, pág. 27, 1ª coluna).

Ora, argumenta o ilustre advogado do Contestante, como poderia, assim, o Dr. Orlando Moutinho Ribeiro da Costa dar provimento duas vêzes pelo mesmo e único serviço de guerra, a saber, a primeira, de Promotor a Auditor, não de primeira, mas, até de segunda entrância e, agora, de Auditor a Ministro Togado?

e) O Contestante, após essas alegações, insiste na diferença entre os institutos da promoção e do acesso, aquêle aplicável aos cargos de carreira, êste, pertinente aos cargos isolados que o servidor possa atingir, invocando a respeito e com pertinência, êstes expressivos lances do voto do Ministro Nélson Hungria, no mandado de segurança nº 1.870:

"A lei se refere à promoção ao cargo imediatamente superior ao que possuía o funcionário em atividade. Ora, no caso, não existe, absolutamente, êsse cargo imediatamente superior. O cargo de Ministro do Superior Tribunal Militar não é cerceamento de carreira, não é fim de carreira, mas cargo isolado. Não há vinculação de carreira, embora um Auditor ou Procurador-Geral possa ser escolhido para preenchê-lo".

Daí, da diferença, resultaria o direito de escolha, prerrogativa constitucional do Presidente da República de escolher livremente, entre os auditores, o que bem entendesse para ser nomeado Ministro togado do Tribunal Superior Militar, nas vagas que coubessem a êsses titulares da carreira da Justiça Militar, entre os quais se incluem o impetrante e o Ministro nomeado, Dr. Clóvis Kruel de Moraes. O Tribunal Superior Militar é hieràrquicamente superior, mas, não uma "classe superior", para o qual possa alguém alegar direito de promoção, fundado em lei de guerra, muito menos na hipótese, em que o impetrante pelo serviço de guerra já fôra promovido de Promotor a Auditor de Segunda Entrância e, agora, pelo mesmo serviço de guerra complete a carreira, passando a Ministro Togado do Tribunal Superior Militar. Destarte, a carreira tôda se fizera por êsse único serviço de guerra.

Ouvi o impetrante sôbre a contestação. Pedira êle, juntada ao processo, de substancioso parecer que, a seu pedido, lhe fornecera o eminente jurisconsulto Ministro Orosimbo Nonato da Silva, sustentando seu direito à promoção pretendida (fls. 85-109). E, quanto à contestação, reitera que não pleiteia uma segunda promoção, pois, da primeira vez que fôra beneficiado pelo Govêrno Linhares, não teria sido promovido, mas, nomeado. É que o cargo de Auditor de Segunda Categoria teria sido criado, por ato legislativo, pelo citado Decreto-Lei nº 8.513, de 31 de dezembro de 1945, como *cargo isolado.* Nas próprias ex-

pressões do impetrante, por seu ilustre advogado:

"É engano manifesto do litisconsorte, pois o impetrante não está pleiteando uma segunda promoção.

O impetrante, em tôda sua carreira pela J. M., nunca foi promovido. Entrou, o impetrante, na J. M., como Promotor de 1ª Entrância, por concurso, em 1936, prestando serviços nesse cargo até 31 de dezembro de 1945, quando foi *nomeado*, diretamente, independente de lista, escolha ou classificação, para cargo nôvo, criado por Lei nova, que organizou as Auditorias da Aeronáutica. Tratava-se de cargo nôvo, criado por Lei nova, antes da atual Constituição e de livre escolha do então Presidente da República.

Se fôsse caso de promoção ou melhoria em sua classe, não poderia o impetrante ter sido promovido de Promotor de 1ª Entrância a Auditor de 2ª Entrância, sem passar, primeiro, pelo cargo de Promotor de 2ª Entrância.

O impetrante não foi *promovido*, foi, sim, *nomeado*, livremente pelo Presidente da República, em cargo nôvo, criado por Lei, por preencher as condições do art. 3º, do Decreto-Lei nº 8.513, de 31-12-1945.

Não confundir *nomeação* com *promoção*".

E continua: A Lei nº 916 não teria, assim, restringido seu direito de ser promovido: "O impetrante foi nomeado em 1945 e, só agora, em 1963, após mais de 17 anos no cargo de Auditor de Segunda Entrância, sendo o mais antigo de sua classe, *pleiteia, pela primeira vez, promoção*". Acrescenta que a carreira de auditor não termina na segunda entrância, mas, há os direitos de auditores dessa categoria de serem promovidos ao Superior Tribunal Militar, como teria decidido o Supremo Tribunal no mandado de segurança nº 11.089, tanto que têm êles, os auditores de segunda entrância, se aposentado com as vantagens do art. 184, item II da Lei nº 1.711, de 1952, Estatuto dos Funcionários. "A Justiça Militar se constitui em carreira para os seus magistrados e esta termina no cargo de Juiz Togado e não no de Auditor de Segunda Entrância", termina o impetrante para mostrar que, no caso, pouco importa dizer-se que se trata de "acesso" ou de "promoção".

O Dr. Procurador-Geral da República, após a parte expositiva da controvérsia, assim se manifesta:

"Como é claro, o presente parecer não significa, nem pode significar, uma tomada de posição, em relação aos méritos do requerente, que são notórios, devidamente exaltados pelo próprio Dr. Clóvis Kruel de Morais, em sua petição de fls. 39 a 64, nem em relação ao próprio Dr. Clóvis Kruel de Morais, Auditor, também, com larga fôlha de serviços à Justiça Militar e ao país.

Lamentando que, como disse muito bem o requerente, ainda não haja lei ordinária nenhuma melhor regulamentado o disposto no art. 106, parágrafo único, da Constituição federal, compete, apenas, ao Procurador-Geral da República (falando mais como Chefe do Ministério Público do que, pròpriamente, como representante da União Federal perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal, por que nessa qualidade — de membro do Ministério Público — é que é chamado a falar em mandado de segurança, no qual não é ré a União Federal, nem ninguém, pois se trata de uma típica ação sem réu), *dizer de direito*, como passa a fazer.

Lamentàvelmente, não parece que assista nenhum direito ao requerente, e, sobretudo, direito líquido e certo, na pretensão que ora se aprecia.

Data venia do pretendido, não parece certo que o Acesso dos Auditores a Ministros do Superior Tribunal Militar possa ser considerada como *promoção*.

Acesso, em Direito Administrativo, tem significação muito diversa de *promoção*, porque, conquanto represente uma ascensão a cargo mais elevado, hieràrquicamente, ou mais bem remunerado, não está coligado à idéia ou conceito de último cargo de uma carreira, como está a *promoção*.

Nos capítulos VII e VIII da Lei nº 3.780, de 12-7-1960, encontra-se o assunto perceptível a simples lance de olhos, como já o estava, anterior, com a legislação que regulava as *carreiras principais* e acessórias (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis, art. 255; Decreto nº 34.783, de 14 de dezembro de 1953).

E, por isso, precisamente por isso, com todo seu rigorismo técnico é que aparece no art. 106, parágrafo único, da Constituição federal, a palavra *Acesso*.

Quis-se evitar, ao contrário do que pensa o douto Requerente, a idéia de que o cargo de Ministro Togado do Superior Tribunal Militar pudesse ser considerado como o último cargo da Carreira de Auditor, embora se deva buscar, também entre os Auditores — só isso quis a Constituição — os nomes daqueles que podem ser nomeados Ministros Togados; tal qual ocorre com outro grande Tribunal Federal, o Tribunal Federal de Recursos, que estêve no pensamento do legislador da norma do art. 196, parágrafo único *expressis verbis* (parificação de vencimentos), *mutatis mutandis* (veja-se o disposto do art. 103 da Constituição).

Diz, pois, e muio bem, o Egrégio Superior Tribunal Militar, na informação de fls. 33:

"Preliminarmente, devo esclarecer que os ministros dêste Tribunal são *nomeados* de acôrdo com o artigo 8º do Decreto-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938 (Código da Justiça Militar) e não *promovidos*, conforme alega o impetrante."

Realmente assim é.

Nenhuma palavra, do art. 8º, parágrafo único do Código da Justiça Militar, leva a pensar-se que na escolha de um Auditor de 2ª Entrância para o cargo de Juiz Togado, haja uma *promoção*, certo que a *carreira de auditor* também está disciplinada pelo mesmo Decreto-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938, com *duas únicas classes*, as Auditorias de 1ª e 2ª Entrância (artigo 3º).

Por isso, o eminente Ministro Relator, quando ocupava e ilustrava, invulgarmente, o cargo de Consultor-Geral da República, em parecer publicado no volume II de seus *Pareceres*, pág. 381, opinou no sentido de que o Auditor Dr. Francisco Anselmo das Chagas se aposentasse, *não no cargo de Ministro do Superior Tribunal Militar*, mas, apenas, *com as vantagens do cargo — ibi*:

"Nestas condições, minha opinião é que o pedido de que se trata, de auditor com mais de 35 anos de serviço e seis de auditoria, merece atendido, *não para aposentar-se no cargo de Ministro do Superior Tribunal Militar*, mas para aposentá-lo com *os proventos correspondentes aos vencimentos dêsse cargo* à semelhança do que se faz com o funcionário que se aposenta com mais de 35 anos de serviço.

Na verdade, o cargo de Ministro do Superior Tribunal Militar é o imediatamente superior ao de Auditor, têrmos em que opina a Consultoria-Geral da República pela aposentadoria com proventos correspondentes aos vencimentos daquele cargo".

Demais disso, embora seja certo, contra o que *data venia*, disse o Dr. Clóvis Kruel de Morais (na verdade, não houve promoção nenhuma, mas, sim, nomeação quando o Requerente passou de Promotor Militar para Auditor Militar. *Não parece a esta Procuradoria-Geral que possa pretender valer-se do disposto na Lei nº 916 de 14 de novembro de 1949, ibi*:

"Art. 1º Os funcionários ou extranumerários, que, *como convocados ou voluntários*, tenham tomado parte em operações de guerra integrados na Fôrça Expedicionária Brasileira, ou na Fôrça Aérea Brasileira, vigente esta Lei, terão assegurada, em igualdade de condições de merecimento ou de antigüidade na classe ou função, *preferência* para a primeira promoção ou melhoria a que concorrerem".

Como se vê do artigo transcrito, os favores estabelecidos por êle são para *convocados ou voluntários*, e, *data venia*, à vista do único documento exibido pelo Requerente sôbre o assunto, isto é, o documento de fls. 8, *o que consta é o seguinte*:

"Quanto ao item quarto — Consta das alterações que acompanharam a Relação, *haver prestado serviço na Fôrça Expedicionária Brasileira*, como *Promotor da Primeira Auditoria da Primeira Divisão de Infantaria Divisionária*".

Não está a Procuradoria-Geral habilitada a dizer que as funções dignificantes e patrióticas exercidas pelo Requerente, na Fôrça Expedicionária Brasileira, na Itália, isto é, as funções de Promotor, não sejam na base de *convocação* ou de *serviço voluntário*. Parece-lhe entretanto, que se deve pensar o contrário ou se deve julgar o contrário, até que o Requerente faça melhor prova não vislumbrada nos autos.

A norma do art. 1º, ainda transcrita, parece que se aplica a quem não tinha, anteriormente, *função militar*, e houvesse sido convocado, ou se apresentasse voluntàriamente, para servir na Itália.

Falha assim, o segundo elemento, que seria necessário para habilitar o Requerente a ter o deferimento do presente mandado.

Finalmente se acaso se dever aplicar a Lei nº 916, art. 1º supra-transcrito, não se poderá conceder o mandado de segurança senão para que se cumpra o determinado na norma, isto é, o estabelecimento de um critério de promoção, por merecimento ou por antigüidade (e lembra-se que, geralmente, as promoções aos postos últimos das carreiras são pelo merecimento), e, por último em igualdade de condições o estabelecimento da preferência em favor do Requerente.

Para tudo isso deve ser convocado, novamente, o Egrégio Superior Tribunal Militar, que, ao menos por praxe administrativa como se vê dos autos, é que remete as listas de Auditores acessíveis a Ministros Togados ao Presidente da República.

Se ao reconhecer que a Auditoria Militar é uma carreira que termina no cargo de Ministro Togado do Tribunal Militar, não se pode deixar de pensar na existência de um órgão, no caso, o Superior Tribunal Militar, que organizará as listas necessárias para as promoções, estabelecendo os critérios incidentes, fixando a ordem dos promovíveis e solvendo as preferências, como de direito".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) — Sr. Presidente. O presente mandado é de solução difícil porque, sob vários ângulos, sob vários aspectos pode êle ser examinado, cada qual podendo oferecer conclusões diversas.

Por mais paradoxal que pareça esta conclusão, que vou enunciar, mas, nem por isso devemos deixar de anunciá-la: o impetrante tem direito à promoção, mas, o Presidente da República, ao nomear o Dr. Clóvis Kruel, não cometeu arbitrariedade ou abuso de poder.

Assim enunciada a tese, qual a conseqüência?

E se a enunciarmos invertendo os têrmos: o Presidente da República não cometera, no caso, arbitrariedade ou

abuso de poder, mas, o Dr. Orlando Moutinho Ribeiro da Costa, não obstante, tem direito a promoção no lugar do Ministro nomeado. Qual será a conseqüência?

Vamos por parte. O impetrante, a meu ver, tem o direito reclamado, de ser promovido. Não é que nunca fôra, antes, beneficiado por serviços de guerra. A meu ver, o foi, em 1945, no Govêrno Linhares. Foi nomeado ou promovido, por tais serviços, ao cargo de Auditor de Segunda Entrância.

É certo que a Justiça Militar é uma carreira. Mas desde a Constituição de 1891 que é uma carreira, não de ordem constitucional, a saber, estruturada na Lei mais alta. As nossas Cartas Políticas apenas se referem a essa Justiça, "Conselhos necessários para formação da culpa" (Const. de 1891, art. 77), deixando, como o próprio Superior Tribunal Militar, ao critério da legislação ordinária. Não é uma organização de ordem constitucional regulada na Constituição como hoje o é a Justiça dos Estados. Também na vigência da Constituição de 1891 a Justiça ordinária dos Estados não era estruturada; na Constituição de 1891 não se falava como começava a carreira, se era na primeira entrância, assegurada promoção à outra até o cargo de Desembargador, como foi disposto na Constituição de 1934, repetido na de 1937 e reproduzido na de 1946, como conquista na magistratura e aperfeiçoamento do serviço judiciário. Na Carta republicana de 1891 só se falava por referências à Justiça dos Estados, quando se fixava a competência do Supremo Tribunal e da Justiça federal, mas, deixava aquela Carta que os Estados regulassem como lhes parecesse a sua Justiça.

Com efeito, essa Justiça não era estruturada na Carta Política do país, o que permitiu à legislação ordinária, no Govêrno Bernardes, criar quatro cargos isolados de Desembargador, no antigo Distrito Federal, para os quais foram, entre outros, nomeados antigos políticos militantes como os Drs. Vicente Piragibe e Artur Soares, que não eram da carreira, rendendo ensejo a ação reclamatória por parte dos antigos juízes de direito. A nomeação não se desfêz, embora aos juízes se asseguraram certas vantagens com direito a vencimentos.

Também a Justiça Militar é uma carreira, como depõe o próprio impetrante: "A Justiça Militar se constitui em carreira, para os seus magistrados e esta carreira termina no cargo de juiz togado", eis as próprias expressões do impetrante, na mesma réplica à Constatação (fls. 83). E na mesma peça, esta afirmativa, a meu ver, inatacável, do próprio impetrante: "... no recente mandado de segurança nº 11.089, em que foi impetrante o Auditor Lauro E. T. Schuch, relator o eminente Ministro Cândido Motta Filho, ficou reconhecido que a Magistratura Militar se constitui em carreira, onde existe uma hierarquia, ingressando-se como advogado de ofício e indo, por promoções consecutivas (arts. 31 a 35 do C.J.M.) até o cargo de Ministro Togado (parágrafo único do art. 8º do C.J.M.)" (fls. 82).

Na verdade, constitui uma carreira. Desde o acesso do impetrante de promotor a auditor de segunda entrância. E, tanto é carreira que o impetrante, ainda agora, pleiteia promoção e foi, na qualidade de Auditor de Segunda entrância, que o Dr. Clóvis Kruel de Morais, a seu turno foi o escolhido. Apenas, a meu ver, não se trata de uma carreira constitucional, prevista na Constituição, como atualmente, *verbi gratia*, é a Justiça dos Estados, mas, uma carreira de ordem legislativa, ao alcance do Legislativo ordinário, para fins de alteração. E porque assim o era em 1945 e, ainda agora assim o é, e que pode tal carreira sofrer as incursões da legislação comum e pôde o Govêrno Linhares encrustrar-lhe cargos de permeio, como o fizera o Govêrno Bernardes, criando quatro cargos de Desembargador, no final da carreira da

Justiça Estadual. De resto, na vigência da Carta de 1937, tivemos vários cargos assim criados, no meio e no fim da carreira, sem reclamação judicial de qualquer interessado, que nenhum também reclamou, por isso mesmo, contra o decreto-lei do Govêrno Linhares, de 31 de dezembro de 1945. Na Ditadura, com efeito, na reorganização do Ministério Público do Distrito Federal, foram criados cargos de promotor público e de curadores no meio e no final da carreira, quando esta, no entanto, começava no cargo de promotor substituto, ou mesmo de advogado de ofício.

Então me recordo que havia eu chegado ao Rio de Janeiro, com a intenção de me inscrever no concurso para Promotor, mas as inscrições estavam encerradas; nêle se inscreveram jovens juristas de grande nomeada, que depois vieram a brilhar no cenário jurídico, político e financeiro da catédra e da magistratura, como Lúcio Bittencourt, de saudosa memória, Francisco Baldessarini, Demóstenes Madureira de Pinho, San Tiago Dantas, Clóvis Paulo da Rocha. No entanto, no meio do concurso, ou cabo dêle, o Govêrno criou mais uns cargos de Promotor e de Curador para os quais foram nomeados, entre outros, Geraldo Mascarenhas da Silva, então do Gabinete Civil do Presidente da República, Dr. Sá Freire Alvim, Dr. Manoel Campos e o Dr. Eudoro Magalhães, nomeações estas feitas no meio e no final da carreira, sem reclamação de qualquer daqueles ilustres interessados. Entraram no meio da carreira do Ministério Público porque não estava estruturada na Constituição e, por isso, era lícito à lei ordinária criar tais lugares.

A Justiça Militar era, pois, em 1945, como ainda agora, uma carreira de ordem legislativa em que o número de magistrados e mesmo de ministros fica ao critério da legislação ordinária, como está no art. 106 da Constituição. E, então, mais do que agora, onde o respeito aos componentes da carreira é maior, aperfeiçoadas que estão as garantias individuais e refinado o senso de proteção aos direitos dos indivíduos e dos cidadãos, o certo é que, em 1945, a lei ordinária criou os "cargos isolados" de provimento efetivo e deu preferência aos participantes da FEB, na primeira nomeação. Se, então, não houve reclamação de qualquer auditor, não será agora que se há de fazer a revisão daquela nomeação para "cargos isolados" para considerá-la verdadeira promoção, de resto, estranha promoção que seria aquela, de promotor de primeira entrância e auditor de segunda entrância, passando pelos cargos de promotor de segunda entrância e auditor de primeira entrância. O que houve, então, como se vê, foi nomeação e não promoção.

Mas, que não seja nomeação, mas, que tenha sido promoção. A meu ver, pouco importa. O que nos cabe decidir é se deferida tal promoção ou nomeação de 1945, se tal fato impede a promoção ou acesso do mesmo impetrante pela Lei nº 916, de 14 de novembro de 1949.

Veja-se o seu art. 1º:

"Os funcionários ou extranumerários que, como convocados ou voluntários, tenham tomado parte em operações de guerra integrados na Fôrça Expedicionária Brasileira, ou na Fôrça Aérea Brasileira, vigente esta lei, terão assegurada em igualdade de condições, de merecimento ou de antigüidade, na classe ou função, *preferência* para a primeira promoção ou melhoria a que concorrerem".

Ora, essa lei nada tem que ver com qualquer benefício anterior — promoção ou nomeação — que o impetrante tenha tido. Essa lei *posterior*, de 1949, não restringiu. Dispôs para o futuro: "... os funcionários... que tenham tomado parte em operações de guerra... terão assegurada... preferência para a primeira promoção ou melhoria *a que concorrem*". Veja-se. No futuro, — a *que concorrerem* em igualdade de condições.

Aí a divergência com o douto contestante: a lei fala na nomeação ou promoção a que *concorrerem* "vigente esta lei", e, portanto, para o futuro, após a vigência da Lei nº 916, e o ilustre advogado quer que êsse diploma tenha abrangido também a nomeação ou promoção anterior à vigência da Lei nº 916, para excluir a promoção posterior. Mas, como? Se a lei fala em "promoção a que os funcionários concorrerem "vigente esta lei"?

Sòmente agora em que o impetrante está em igualdade de condições, de merecimento ou antigüidade, na classe é que pôde ùtilmente concorrer com preferência, face a lei citada, Lei nº 916, de 14 de novembro de 1949.

Não se diga, assim, que o Doutor Orlando Moutinho Ribeiro da Costa tenha feito uma carreira na base de sua participação na Fôrça Experidicionária. Com tantos anos de serviços prestados à magistratura, houvesse ou não o ato de 31 de dezembro de 1945, já teria êle, sem dúvida, neste ano tormentoso de 1963, chegado à Auditor de Segunda Entrância, pelos bons e dedicados serviços prestados à Justiça militar, como juiz digno, criterioso e correto. Pode ser, parece mesmo certo que o Decreto-Lei nº 8.513, de 31 de dezembro de 1945, tenha impulsionado, tenha influído no êxito de sua carreira. Mas, é o próprio advogado do impetrante, o eminente Sobral Pinto, que superiormente assinala:

"Aplicando, desde logo, êste preceito legal, o pranteado Presidente José Linhares nomeou Auditor de 2ª entrância de uma das Auditorias da Aeronáutica, o ilustre Dr. Orlando Moutinho Ribeiro da Costa, pelo fundamento, verdadeiro e incontestável, de ter servido na Fôrça Expedicionária Brasileira, durante a campanha na Itália;

Premiando, assim, acertada e louvàvelmente, os relevantes serviços prestados pelo Promotor de 1ª entrância, Dr. Orlando Moutinho Ribeiro da Costa, durante a campanha na Itália, como membro da Justiça Militar Expedicionária, o digno Presidente da República, de então, Ministro José Linhares, o nomeou Auditor de 2ª entrância da Justiça Militar, proporcionando-lhe, com êste transferir do pôsto inicial da carreira de Ministério Público para o pôsto final da carreira de Magistrado da Justiça Militar.

Como vê V. Exa., ilustre Ministro Relator, o digno Auditor Dr. Orlando Moutinho Ribeiro da Costa *já teve, uma vez, que foi a primeira,* preferência *absoluta, em concorrência com outros colegas seus da Justiça Militar, para uma melhoria excepcional da sua posição no Quadro Permanente da mesma Justiça.*

Nada há que estranhar nesta melhoria de vulto, porque ela nasceu de serviços também excepcionais, e de grave e iminente risco, prestados em zonas de guerra efetiva e real".

Voltando às considerações de ordem jurídica, o certo é que a Lei nº 916, de 1949, dispôs para o futuro, para as nomeações que o seu beneficiado concorresse, fazendo abstração de quaisquer benefícios, nomeações ou promoções anteriores, que acaso o funcionário, antes, houvesse obtido com fundamento nos serviços de guerra prestados à Pátria. Releiamos o art. 1º da Lei nº 916 e êste asserto resultará claro, manifesto, desenganado.

Agora, na vaga ocorrida em 1962, com a aposentadoria do Ministro Adalberto Barreto é que surgiu a vez de o Dr. Orlando Moutinho Ribeiro da Costa, sendo o mais antigo dos Auditores, se valer, em igualdade de condições de merecimentos com seus colegas auditores, de segunda entrância, e com antiguidade indenegável, por ser o mais antigo, para concorrer ao cargo de Juiz Togado e invocar a preferência da Lei nº 916, de 1949.

Pode não ter sido êste o melhor critério do legislador ordinário de 1949 — fazer abstração de promoção anteriormente obtida nos oito anos anteriores à expedição da lei, em que a

guerra européia finalizara. Mas, o certo é que o referido diploma de 1949 não fêz, ao propósito, qualquer restrição: dispôs que o funcionário participante da FEB teria, a partir de então, preferência em igualdade de condições, na "primeira promoção ou melhoria" "a que concorrerem" sábia advertência de São Tomás, *non* ver, depois da lei.

Se o critério legislativo não foi o melhor, não podemos, como aplicadores da lei, deixar de aplicá-lo. Na sábia advertência de São Tomás, *non judicare de legisbus, sed secundum lege.*

O assistente, por seu ilustre patrono, invoca jurisprudência desta Suprema Côrte no sentido de que não pode um cidadão, pelos serviços de guerra, ser promovido mais de uma vez. A citação da jurisprudência deixa claro que ela se refere à promoção do militar *"ao passar para a inatividade"*. Realmente, vários diplomas aos militares asseguram promoção ao passar para a reserva, por feitos diversos — *a*) participante da guerra de 1914; *b*) da última guerra, campanha na Itália; *c*) mais de trinta e cinco anos de serviços, etc.

Assim, o militar, preenchendo qualquer dêsses requisitos, ou preenchendo todos êles, só terá direito a uma promoção porque ela se dá, uma única. "ao passar êle para a reserva".

Esta questão foi muito debatida aqui no Supremo Tribunal. Com efeito, o General Isauro Rigueira prestara serviços na guerra européia de 1914 e na de 1939 e queria duas promoções. Não ganhou no Supremo Tribunal, porque o que a lei dizia é que o militar, ao passar para a reserva, seria promovido. Assim, êle teria dois motivos para a promoção, mas seriam duas recompensas a um título só e êle só teve mesmo uma promoção, em memorável julgado neste Tribunal.

Tanto assim que o combate a rebelião comunista de 1935, a Lei 1.267, para ser útilmente invocada, dá mais uma promoção quando o militar "já estiver na inatividade". Então, para evitar que a lei que deu a promoção pelo combate à revolução comunista fôsse inócua, é que ela mencionou que a promoção era concedida mesmo aos que já estivessem na inatividade. E, assim, foi possível conceder duas promoções. Mas quando a lei disser "ao passar para a reserva" só pode ter uma promoção, mesmo que uma só pessoa tenha diversos motivos que justificariam a promoção.

Aqui, no caso da Lei nº 916, não se trata, porém, de promoção ao passar para a reserva. O decreto-lei de 31 de dezembro de 1945 pode ter dado um benefício, uma nomeação, ou seja, promoção, pelos serviços extraordinários de guerra, mas, isto não impede que outra lei, e lei posterior, dê outra preferência "em igualdade de condições de merecimento ou de antiguidade, na classe ou na função", mas, "preferência para a primeira promoção ou melhoria a que concorrerem", abstraindo-se, como me parece o caso, quando o oficial já tenha sido beneficiado como promoção por serviços de guerra.

Dir-se-á que, no caso, não se trata de *promoção*, mas, de *acesso*. Mas, os têrmos do art. 1º da Lei nº 916, visando premiar serviços extraordinários não podem ter interpretação restrita, de modo a fazer distinção entre promoção ou acesso, pois ela mesma fala genèricamente em "promoção ou melhoria", de modo a abranger inclusive o acesso. E a verdade é que o Assistente, Dr. Clóvis Kruel de Morais, concorreu à mesma nomeação, como auditor de segunda entrância, numa lista de oito nomes apenas, entre os quais figurava, como o mais antigo, o impetrante. Então pode-se dizer que não concorriam o assistente como o impetrante, a uma promoção? É só fazer abstração de logomaquia para se ver que se tratava de promoção.

A êste respeito, devo transcrever essa judiciosa observação do preclaro Ministro Orozimbo Nonato, no parecer emitido sôbre a controvérsia:

"Se os auditores *têm direito a acesso* (na conformidade do texto constitucional) ao cargo de ministro togado, quando lhes toca a vez de provimento, a lei benéfica autorizadora de preferência ao ex-combatente não pode, *data vênia*, deixar de se aplicar em obséquio ao sentido estrito da palavra *promoção*.

Ainda que outro sentido, menos estreito, não se pudesse — como se pode — atribuir àquela palavra, a conclusão contrária seria acoimável de eleger a letra, que às vêzes mata, contra o espírito, que sempre vivifica.

A interpretação literal é, sem dúvida, o ponto de partida, irrelegável e olvido, de tôdas as interpretações. Mas, constitui o primeiro e o mais rudimentar estádio no exame da pesquisa da *men legis*. É o que ensinam Oertnann e os mais dos D.D. E fácil seria, ao propósito, elevar-se uma rima de referências e citações.

Ela sòmente domina quando resiste à análise lógica e *sistemática* da lei e aos cânones de sua interpretação *teleológica*.

Data venia, a fórmula da lei benéfica e protetora e sua descoberta finalidade inspiram, no caso, processos mais amplos do que uma simples interpretação algemada à pura literalidade da lei. E a palavra "*acesso*" empregada, ao propósito, no texto constitucional dissiparia quaisquer dúvidas a respeito.

E foi a consideração demorada dessas verdades que nos levou, em meditação mais longa da questão, ao remate da resposta favorável à indagação do ilustre consulente, embora em outra ocasião pagassemos tributo, em manifestação expendida de momento, a opinião contrária.

Qualquer constrangimento que possa derivar da retificação de um engano não bastaria a vencer convicções sinceras, sem incidência no pecado do orgulho intelectual.

Respondo, pois, favoràvelmente ao primeiro quesito da consulta."

E respondeu S. Exa., o ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, quando consultado, que, para os fins da Lei nº 916, acesso e promoção se equivaleriam. Na verdade, repito, o impetrante e o nomeado faziam parte de uma lista, remetida pelo Tribunal Superior Militar, para escolha do nôvo Ministro. Pode-se acaso negar que não se estava tratando de uma promoção?

As leis não podem ser interpretadas por amor aos conceitos, mas, na inspiração da realidade, dos direitos e dos interêsses que elas visam a resguardar.

Devo, aqui, esclarecer quanto à invocação do meu parecer, quando tive a honra de exercer o cargo de Consultor-Geral da República, parecer êsse invocado no parecer do Dr. Procurador Geral da República, que lhe transcreve alguns lances.

Meu citado parecer entendeu que o auditor da 1ª Região Militar Dr. Francisco Anselmo das Chagas tinha direito de se aposentar "com proventos correspondentes ao vencimento ou remuneração da classe imediatamente superior".

Segundo o art. 184 do Estatuto dos Funcionários, o funcionário com mais de 35 anos de serviço será aposentado:

"I — com provento correspondente ao vencimento ou remuneração da classe imediatamente superior;

II — com provento aumentado de 20% quando ocupante da última classe da respectiva carreira;

III — com a vantagem do inciso II, quando ocupante de cargo isolado se tiver permanecido no mesmo durante três anos."

Repeli, como se vê, nesse parecer, ao contrário do que pareceu ao eminente Dr. Procurador-Geral, que na Justiça Militar o final de carreira seria o de

auditor de segunda entrância. Do contrário, teria opinado pela sua aposentadoria com o provento aumentado de 20%, como "ocupante da última classe da respectiva carreira" (item II), quando opinei pela aposentadoria com o provento (correspondente ao vencimento ou remuneração da classe imediatamente superior), que era e é justamente a de Ministro Togado, como, aprovando meu parecer, veio o Presidente da República a aposentar o citado auditor, como consta da anotação feita (ver Pareceres do Consultor-Geral da República, vol. II, pág. 382).

O Supremo Tribunal assim já decidira, no Mandado de Segurança nº 1.870, pelos votos entre outros dos Ministros Lafayette de Andrada, Hahnemann Guimarães e Luís Gallotti, tendo votado, vencidos, os Ministros Nélson Hungria e Orosimbo Nonato, sendo que êste, em seu parecer sôbre a causa, reconsidera sua opinião a respeito.

De minha parte, jamais considerei, pois, o auditor como têrmo final da carreira. Nem poderia considerá-lo, em face do que dispõe a Constituição, no art. 106, parágrafo único, das leis federais, notadamente, do art. 8º do Decreto-Lei nº 925, que aprovou o Código da Justiça Militar.

O auditor tem, assim, acesso ao cargo de Ministro, "promoção" ao cargo de Ministros, para aplicação da Lei nº 914. Imagine-se que se tratasse de um escriturário da última série dessa carreira. Tem êle acesso à carreira de Oficial Administrativo, no padrão seguinte. Embora pertencente a carreiras diversas, o escriturário com serviços de guerra, com direito ao acesso à carreira de oficial administrativo (a metade da carreira, de oficial administrativo é provida por acesso dos escriturários e a outra por concurso). Não teria o escriturário, com serviços de guerra, direito de invocar a Lei nº 914, em ampla interpretação para favorecer a um cidadão que prestou serviços extraordinários à Pátria, no campo de Batalha? Quem o negaria para fazer distinção acadêmica entre "acesso" e "promoção"?

É certo que, no caso, o Dr. Ribeiro da Costa já obteve uma vantagem por tais serviços, mas, se a lei não se restringe em tal caso, a interpretação não pode variar, em face de circunstâncias de fato não referidas pelo legislador.

Estou, assim, pelo exposto, que o impetrante tem direito à promoção ora pleiteada. Não importa já houve sido promovido por lei anterior. A Lei nº 916, de 1949, como se disse, não cogitou dessa hipótese. Assegurou preferência na primeira promoção ou melhoria, que, em igualdade de condições, concorresse o servidor público com serviços de guerra. Pode não ter sido o melhor o critério adotado pelo legislador, mas, a meu ver, foi êste o critério adotado. Veja-se bem "primeira promoção ou melhoria a *que concorrerem*" claro, a meu ver, que promoção futura, depois da Lei "vigente esta lei". Como ter abrangido a nomeação ou promoção do Govêrno Linhares?

Nada impede que o legislador tenha dado mais de uma vantagem pelo mesmo serviço. Pode ter sido um mau critério, mas, não seria inconstitucional e as leis só não na aplicamos quando inconstitucionais.

E não seria êsse caso excepcional. Também os feridos na guerra tiveram duas promoções, uma, na atividade, "ao pôsto imediato ao que tinham quando foram feridos ou adquiriram a moléstia" que os incapacitaram (Decreto-Lei nº 8.795, de 1946), e outra ao passar para a reserva (Lei nº 288, de 1948). Neste sentido opinou o Dr. Themistocles Cavalcanti, quando Consultor-Geral da República em parecer aprovado pelo Presidente, firmando entendimento na esfera administrativa (Parecer nº 15-X, *Diário Oficial* de 13 de junho de 1955, pág. 11.539). E, neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal, no Mandado de Segurança nº 2.105, de 12-8-53, impetrado pelo Major José Carlos Teixeira Coelho, relator Ministro Lafayette de Andrada e referido no meu Parecer nº

33-U (Pareceres do Consultor-Geral da República 1954-1955, pág. 178).

Eis a ementa dêsse acórdão:

"Oficial que serviu nas Fôrças Expedicionárias Brasileiras e que ficou inválido em virtude de ferimentos recebidos em operações de guerra. Tem direito ao benefício de duas leis, com suas promoções. Votos vencidos".

Não há óbice, como se vê, que por um mesmo fato haja duas promoções, se assim dispõe, como no caso, a lei ordinária.

A escolha, pois, podia recair em quem foi nomeado em 1945, por serviços de guerra.

Mas, surge a outra questão. O Presidente da República teria praticado arbitrariedade ou abuso de poder?

A Constituição criou êsse remédio heróico para as situações em que o cidadão é vitima de ilegalidade ou arbitrariedade:

"§ 24. Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder".

O dispositivo se inclui no capítulo "Dos Direitos e Garantias Individuais". É remédio contra as arbitrariedades ou abuso de poder.

Mas, na hipótese, o Presidente da República não cometeu qualquer ilegalidade. A lista com os oito nomes dos auditores de segunda entrância lhe fôra remetida à Sua Excelência para escolha de um dos nomes. Ainda agora, esclareceu o honrado Presidente do Superior Tribunal Militar, nas informações, que lhe solicitara o Exmo. Sr. Presidente da República, informações remetidas a êste Tribunal para perfeita instrução da segurança:

"Com a aposentadoria do Ministro Dr. Adalberto Barreto, abriu-se uma vaga privativa dos Auditores e do Procurador-Geral da Justiça Militar, na forma do previsto no parágrafo único, *in fine*, do art. 8º do Código da Justiça Militar; para esta vaga ficou fora de cogitação o Procurador-Geral, porque não tinha 6 anos de exercício no cargo.

Assim, o Tribunal comunicou a Vossa Excelência, em Ofício nº 31-AD.P., de 19 de junho de 1962, a ocorrência da vaga acima mencionada, fazendo anexar relação nominal, com o respectivo *curriculum vitae*, dos *Auditores* da Justiça Militar, com a sugestão de que o preenchimento da vaga se fizesse por Auditor de 2ª entrância; por isso, um Auditor de 1ª entrância impetrou Mandado de Segurança contra a sugestão desta Côrte no expediente à Vossa Excelência.

Êste Mandado de Segurança que, no Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso, tomou o nº 11.089-63, foi julgado em 20 de março de 1963, tendo aquela Egrégia Suprema Côrte negado provimento ao recurso, unânimemente.

Foi então que Vossa Excelência, usando do direito de livre escolha dentre os Auditores de 2ª entrância, houve por bem em nomear, por decreto de 19 de junho de 1963, publicado no *Diário Oficial* de 20 de junho de 1963, o Dr. Clóvis Kruel de Morais, terceiro colocado por ordem de antiguidade na lista encaminhada pelo Tribunal, para a vaga de Ministro Togado, aberta com a aposentadoria do Dr. Adalberto Barreto".

Segundo a melhor doutrina, nas nomeações por indicação dos Tribunais Judiciários, em face do sistema constitucional de independência e harmonia dos podêres, não é dado ao Poder Executivo examinar as condições intrínsecas de validade das propostas que lhe são enviadas pelo Presidente do Tribunal, na sua competência específica, principalmente quando nenhuma impugnação sofrem essas mesmas listas ou propostas, por parte dos interressados, como é o caso de que se trata.

Na verdade, o impetrante, não só perante o Superior Tribunal Militar, nem mesmo após a remessa da lista com os oito nomes dos auditores de Segunda Entrância, não apresentou qualquer, ao que consta dos autos, reclamação ou pretensão à preferência. Chegou mesmo a participar, com outro colega, como assistente, no mandado de segurança nº 11.089 (acórdão publicado, na íntegra do *Diário da Justiça* de 24-5-63, pág. 323) para que a lista dos candidatos se limitasse aos auditores de segunda entrância ou melhor, que se organizasse lista tríplice (ver *Diário da Justiça* de 25-5-63 citado).

Assim sendo, a nomeação feita, a meu ver, não foi ilegal.

Ocorre que o Dr. Orlando Moutinho Ribeiro da Costa reclama sua preferência. E o ato de preenchimento de vaga de Ministro Togado é ato complexo que se inicia com a elaboração da lista enviada pelo Tribunal ao Chefe do Poder Executivo e se aperfeiçoa com a nomeação.

Assim sendo, depois que a nomeação é feita a tempo ainda de o interessado reclamar, mesmo porque o Presidente da República pode até optar pela extinção do cargo propô-la ao Congresso que pode acolher tal proposta de extinção. O número de juízes do Tribunal Superior Militar, com efeito, é de ordem legislativa, como se verifica do parágrafo único do art. 106 da Constituição.

Realmente, só da nomeação de outrem surge o direito de reclamação, embora a reclamação não fôsse discipienda. O Ministro Orosimbo Nonato esclarece a respeito:

"É certo inexistir, em linha de princípio, direito subjetivo, líquido e certo, à nomeação e a promoção. Êsse direito, entretanto, e entre outros casos, aparece quando o cargo é provido com vulneração da lei, se a nomeação ou a promoção se fazem ao arrepio da lei, caracteriza-se o direito do prejudicado que pode reclamar e receber o amparo da Justiça.

É que êle tem direito a não ser preterido, a ser nomeado ou promovido, uma vez que é a êle, e não a outrem, que cabe a nomeação ou promoção.

Desde que tome a administração pública a iniciativa de prover o cargo, há de fazê-lo com observância das formalidades e preferências legais. Aí aparece o direito subjetivo à nomeação, como se infere do magistério de Zanobini, *Carso*, 4ª ed., vol. III, pág. 230. Roger Bonnard, *Précis*, pág. 468; Plantey, *La Fonction Publique*, nº 691, etc.

Se a autoridade, que nomeia ou promove, preenche o cargo ao arrepio da lei, da norma vinculativa, concretiza-se o direito do prejudicado. Êste, em tais casos, pode se configurar e distinguir-se da simples *apes iuris* quando depara nascente em texto de lei, ou no caso de preterição ilegal, como decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal em aresto tirado a lume no *Diário da Justiça* de 7-11-44, pág. 5.777, do apenso, no voto do relator avulta, entre outros, êste relanço confirmativo do acima exposto:

"Êsse direito surgiria, apenas, na ocorrência de preterição ilegal, isto é, no caso dos autos, se nomeação ocorresse, contra o concurso, no prazo de validade dêste. A nomeação indébita e ilegal, é que faria surgir em prol do embargado o direito, que pretende, pois já então se tratava de providência particular contra êle e não da simples ação ou omissão de caráter geral, tomada, presumìvelmente, no interêsse coletivo. O que a Administração não pode é prover o cargo com ofensa da Lei".

Refere-se S. Exa., aqui, um voto vencido proferido neste Supremo Tribunal Federal, em caso de um ex-Procurador-Geral que pleiteava aposentadoria com os vencidos do cargo de Ministro togado (caso Piratini). E o Supremo Tribunal concedeu o mandado porque entendeu que era o cargo mais alto da

carreira. O Senhor Ministro Orosimbo Nonato entendia que era "acesso" e não era "promoção". Mas afinal concluiu o Tribunal que seria ficar na interpretação gramatical da palavra "acesso" quando uma lei que visa a beneficiar quem foi lutar nos campos de batalha, em defesa da Pátria, tem direito a uma interpretação mais ampla.

Assim tenho que o Dr. Orlando, do ponto de vista jurídico, embora devesse reclamar contra a lista e alegar sua promoção, não perdera seu direito, que não renunciou, tanto mais quanto acompanhou a lista o *curriculum vitae* do candidato, com a declaração de que prestou serviços de guerra.

É certo que não constava de tal relação que o impetrante estivesse amparado pela Lei nº 916, como se vê da própria certidão por êle mesmo junta aos autos (fls. 3).

Em resumo: pelos motivos que expus, entendo que o impetrante tem direito a promoção ora pleiteada. E pode reclamá-la pelo mandado de segurança.

Mas, a nomeação do Dr. Clóvis Kruel de Moraes feita em vista da lista dos auditores remetida pelo Superior Tribunal Militar, lista não impugnada e da qual constava o nome dos dois e de outros colegas que podiam ser nomeados por S. Exa. o Senhor Presidente da República, o meu voto é êste: Concedo a segurança por ter o Dr. Orlando Moutinho Ribeiro da Costa direito a promoção, mas, não anulo o ato de nomeação do Doutor Clóvis Kruel de Moraes, que fica com direito ao título de Ministro Togado, com todos os direitos, honras e regalias, vencimentos e vantagens dos demais Ministros até que se dê uma vaga de Ministro Togado, a ser preenchida por Auditor, quando, então, terá também o exercício.

Essa situação se assemelha a do militar agregado. Os militares, mesmo quando promovida indevidamente, não vêem desfeita a sua promoção. Ficam agregados, na situação a que se refere o art. 8º letra *n*, combinado com o art. 10 da Lei de Inatividade, Lei nº 2.370, de 9 de dezembro de 1954.

O mesmo se dá com os juízes.

Em Minas Gerais, quando foi promovido ou nomeado Desembargador o Juiz de Direito Dr. João Martins, por indicação do Tribunal, em lista tríplice remetida ao Governador, a Ordem dos Advogados, Seção de Minas, impetrou mandado de segurança, que foi, em grau de recurso, deferido pelo Supremo Tribunal. Pretendeu-se, com sucesso, que a vaga pertencia a advogado e foi até nomeado, para ela, o ilustre jurista Dr. Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, como advogado. Mas, não se desfez a nomeação do Dr. João Martins. Criou-se, mais uma vaga e nela permaneceu investido êsse ilustre desembargador, sem necessidade de qualquer ato.

Na verdade, a nomeação fôra legítima, baseada em lista tríplice não impugnada por qualquer juiz de direito.

Ora, no caso, ambos os candidatos, ora em liça, postulavam suas nomeações, mas, a título de promoção. Não desfaço a nomeação feita, fica o nomeado com todos os direitos resultantes da nomeação. exceto o exercício, mas reconheço o direito líquido e certo do impetrante.

É com êsse voto que defiro a segurança, assegurando também os direitos do assistente.

Pode esta decisão não ser lógica. Mas, me pareceu rigorosamente jurídica. Já dizia o grande Ihering que o direito e a lógica nem sempre andam de parelha. E o direito administrativo, em face do qual a questão é de ser resolvida, êsse direito, escreveu Stolphi, não se alimenta do radicalismo, tão encontradiço na resolução de querelas de direito privado, mas, atende a fatôres vários, a valôres administrativos e de legitimidade e de justiça não dispiciendos, interpretados com *larghezza di*

criteri, como aconselha o excelso tratadista italiano.

Com estas considerações é que tenho concluído o meu voto, Senhor Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Vitor Nunes Leal — — Sr. Presidente, lamento divergir do brilhante e autorizadíssimo voto do eminente Ministro Relator, que foi apoiado pelo eminente Ministro Hermes Lima.

Tenho no mais alto aprêço os méritos do impetrante, um dos nossos raros especialistas em direito penal militar e que conquistou a sua merecida reputação de magistrado pela inteligência, pela cultura, pela devoção ao trabalho, pela honradez. Mas não fiquei convencido, *data venia*, pela argumentação de parte a parte, de que tenha direito à nomeação preferencial, por lei, ao cargo de Ministro do Superior Tribunal Militar.

Funda-se o pedido no art. 1º da Lei 916, de 14-11-49, que garante aos "funcionários e extranumerários", que serviram na I Guerra Mundial, "preferência para a primeira promoção ou melhoria a que concorrerem".

A Constituição, no art. 106, parágrafo único, deferindo à lei ordinária dispor sôbre a forma de escolha dos juízes do Superior Tribunal Militar, alude, entretanto, não à promoção, mas ao "acesso dos auditores".

Argumenta-se que o vocábulo *acesso* tem um significado técnico, mais restrito que o de *promoção*, e um significado lato, equivalente a promoção. A Lei 916 teria usado o vocábulo nesta última acepção. O sentido amplo da lei estaria, desde logo, nos seus próprios têrmos, porque não se limitou a dizer *promoção*, mas *promoção* ou *melhoria*, alcançando, portanto, qualquer benefício.

O argumento não me parece, *data venia*, apropriado. A Lei 916 referiu-se a funcionários e extranumerários, por isso, disse "promoção ou melhoria", porque, em nosso direito administrativo, *melhoria* é o têrmo que corresponde à promoção dos extranumerários. Dispõe, com efeito, o art. 4º do Dec. 34.395, de 28-10-53: "aos mensalistas os seguintes institutos: a) *promoção*, sob a forma de *melhoria de salário*, de acôrdo com o Decreto nº 32.015, de 29-12-52". Por sua vez, êste outro decreto só se refere à promoção no sentido restrito, de elevação dentro da carreira, enquanto que o *acesso* era regulado pelo D. 34.783, de 14-12-53, como instituto sob certos aspectos diverso da promoção, como hoje se vê, de maneira mais metódica, na Lei 3.780, de 12-7-60, art. 34 e 35. O emprêgo do vocábulo *melhoria*, com aquêle sentido restrito, resultou da sistematização do serviço público brasileiro levada a efeito pelo DASP, desde antes da Lei 619, de 1949. Concluo, pois, que essa lei, tendo usado a palavra *melhoria* no sentido técnico, restrito, de promoção de extranumerário, também usou o vocábulo *promoção*, quanto aos funcionários, no sentido técnico, restrito, e não no sentido amplo, que abrangesse qualquer elevação funcional, incluindo o *acesso*.

Pelo mesmo argumento, visto do outro lado, alega-se, em favor do impetrante, que o art. 166, parágrafo único, da Constituição empregou o vocábulo *acesso*, no tocante à composição do S.T.M., na sua significação ampla, comum ou coloquial, abrangendo, assim, a *promoção*. Também, *data venia*, não me parece decisivo o argumento. Os constituintes tinham sob os olhos o Código da Justiça Militar (D. 925, de 2-12-38), que ainda regula o assunto entre nós, e êsse Código fala, não em promoção, mas em *nomeação* (art. 31 e segs.), isto é, nomeação por acesso. Não empregaram, pois, êste último vocábulo no sentido vulgar ou amplo, mas no sentido técnico, do direito positivo brasileiro, tanto assim que, em relação ao Ministério Público e aos Juízes dos Estados, os constituintes usaram o têrmo *promoção* (art. 128 e 124, n. IV).

Para os Tribunais de Justiça também falam em *acesso*, no sentido técnico, como adiante veremos (art. 124, IV).

Sôbre a não identificação da promoção com o acesso, já proferi dois votos, neste Tribunal, que comprometem o meu pronunciamento, um sôbre a Justiça Militar M. S. 9.858, 11-7-62), outro no âmbito do direito trabalhista (Ag. ..... 29.909, 13-8-64).

Por outro lado, a interpretação do art. 106, parágrafo único, da Constituição, no que respeita ao vocábulo *acesso*, não me parece decisiva, no caso presente, porque aqui se cuida é de interpretar a palavra *promoção*, usada na Lei 916. O argumento constitucional só seria indispensável, se, admitida a interpretação ampliativa da acepção dêsse vocábulo, na Lei 916, fôsse ela argüida de inconstitucionalidade. Mas ninguém suscitou êste problema, nos autos.

No caso do Dr. Francisco Fagundes Piratinino de Almeida (M.S. 1.870, 24-12-52, D. J. 1-8-56/2.586), o Supremo Tribunal, por maioria de votos, lhe deu proventos de Ministro do S.T.M., porque êle, como antigo Auditor, com serviço na I Guerra Mundial, tinha, em tese, acesso ao Tribunal. Também se informa que Auditores de 2ª entrância têm passado à inatividade com aquêles proventos, em virtude do escalonamento legal entre êsse cargo e o de Ministro. São, realmente, precedentes ponderáveis, nos quais a diferença entre os conceitos de *acesso* e *promoção* não impediu o reconhecimento de benefício legal. Êsse benefício, aliás, era, em tais casos, restrito à percepção de proventos da inatividade, e não dizia respeito ao exercício efetivo no Superior Tribunal Militar.

Reconheço que a principal diferença entre o *acesso* e a *promoção* consiste em que a esta última sòmente concorrem os integrantes da carreira, enquanto que para o *acesso* a carreira ou cargo afim, se recrutam candidatos, parcialmente, fora da carreira. Tal é precisamente o sistema da nossa Justiça Militar. O mesmo ocorre com os Tribunais de Justiça, em que o *quinto* é recrutado fora do corpo de juízes. Permitam-me que repita. A diferença fundamental é esta: em caso de *promoção*, só os da carreira podem subir; em caso de *acesso*, uma parte vem da carreira, outra de fora. A lei estabelece os critérios de recrutamento de uns e outros. Por isso é que a Constituição, em relação ao Tribunal de Justiça, fala em acesso, como também fala em acesso para o Superior Tribunal Militar. Mas não tenho por inconstitucional uma lei de acesso, quando se trata de quem já esteja no mesmo grupo, ocupacional do serviço público, porque, em relação a êstes, há muito pouca diferença entre a promoção e o acesso, podendo, por exemplo, variar o critério de elevação funcional, se a Constituição não estabelecer princípio imperativo. A diferença, porém, é grande em relação aos que são recrutados fora da carreira auxiliar ou do grupo ocupacional, como acontece com os advogados nomeados para o Tribunal de Justiça.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) — Mas a Constituição, em relação aos juízes componentes do Tribunal, fala em promoção.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — ... De entrância a entrância, porque ninguém fora pode ser promovido para qualquer das entrâncias de carreiras de juiz.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Não pode um advogado ser nomeado para o Tribunal de Justiça?

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Para o Tribunal de Justiça pode; por isso, a Constituição fala de *acesso* ao Tribunal de Justiça.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — O Tribunal de Justiça é formado de juízes, membros do Ministério Público e advogados. Entretanto, a lei fala em promoção. Na parte em que sobem ao

Tribunal os auditores, nesta parte, êles são equiparados aos juízes de direito; nessa parte pequena, êsse acesso é promoção.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Quanto aos Tribunais de Justiça, peço a V. Exa. que veja o art. 124, IV, da Constituição.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) — A Constituição usa como sinônimo no art. 124, acesso e promoção.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Na passagem do meu voto, em que me encontro, não estou inteiramente em desacôrdo com V. Exa. Acho que a lei pode estender um benefício, ligado à promoção, ao caso de acesso.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — O que acho é o seguinte: a Constituição fala, expressamente, em promoção de juiz e o Tribunal de Justiça é formado também de juízes promovidos. Mas êle se compõe também de componentes do Ministério Público e advogados, que não são da carreira. Então, ocorre o seguinte: na parte em que há acesso de auditores, êsse acesso só de auditores é uma verdadeira promoção de auditores.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Estou de acôrdo com V. Exa. em que não será inconstitucional a lei que dê um mesmo benefício para os casos de promoção ou de acesso. Mas a Constituição fala em acesso para o Tribunal de Justiça, e em promoção de entrância para entrância na carreira de juiz.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) — Aí, a Constituição fala em promoção.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — De juiz para o Tribunal é acesso.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Diz o art. 124, IV: "A promoção dos juízes far-se-á de entrância para entrância, por antigüidade e por merecimento, alternadamente, e, no segundo caso, dependerá de lista tríplice organizada pelo Tribunal de Justiça. Igual proporção se observará no acesso ao Tribunal, ressalvado o disposto no nº V dêste artigo. Para isso, nos casos de merecimento, a lista tríplice se comporá de nomes escolhidos dentre os dois juízes de qualquer entrância. Em se tratando de antigüidade, que se apurará na última entrância, o Tribunal resolverá preliminarmente se deve ser indicado o juiz mais antigo, e, se êste fôr recusado, por três quartos dos desembargadores, repetirá a votação em relação ao imediato, e assim por diante, até se fixar a indicação. Sòmente após dois anos do efetivo exercício na respectiva entrância poderá o juiz ser promovido".

A última parte do artigo, que acabo de ler, quando diz que sòmente após dois anos no exercício na entrância, "poderá o juiz ser promovido", essa promoção se refere de uma entrância a outra, como da última entrância para o Tribunal. Por aí se vê que a Constituição emprega as expressões "acesso" e "promoção", indiferentemente, como única e mesma coisa.

Mas eu lembro o seguinte: se fôsse um Juiz de Direito que tivesse ido à guerra V. Exa. negaria a sua promoção ao cargo de Desembargador? A carreira termina, evidentemente, em Desembargador.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Agradeço muito o aparte de Vossa Excelência mas, nesta passagem do meu voto, a diferença entre nós é muito pequena, porque apenas estou mostrando que a Constituição, nas duas vêzes em que falou de acesso, empregou êste vocábulo em sentido rigorosamente técnico, para permitir o ingresso em cargo mais elevado de pessoas estranhas à carreira de menor hierarquia. Se falasse em promoção, tècnicamente, o provimento teria de ser *dentro* da carreira, com exclusão de pessoas estranhas a ela.

Releio êste trecho do meu voto escrito: Sendo essa a diferença principal entre os dois institutos é admissível, em princípio, que um benefício vinculado à promoção possa ser estendido, por lei, àqueles que, pertencendo ao mesmo grupo ocupacional da Justiça Militar, têm direito de acesso, e não de promoção.

Como vê V. Exa. estou afastando a possível objeção de inconstitucionalidade da lei, mesmo com a interpretação abrangente que V. Exa. lhe dá.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) — O cargo de Desembargador não é de escolha, mas de carreira, tanto que uma lei ordinária não pode criar cargo de Desembargador para ser preenchido por Juiz de Direito. Indiscutivelmente, a meu ver, é pôsto de carreira, ao qual só podem ter acesso Juízes de Direito de carreira. Se não fôsse assim, consideraríamos o cargo de Desembargador cargo isolado; e, como tal, poderia a lei ordinária criar cargo isolado, sem ouvir o que diz a Constituição?

O Sr. Ministro Vitor Nunes — Uma lei que estendesse o benefício, como há pouco expliquei, não seria inconstitucional, porque estaria dentro da margem discricionária que o art. 106, parágrafo único, da Constituição deixa ao legislador ordinário.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) — O acesso de Juiz de Direito é acesso, não promoção. Mais se fortalece a minha conclusão.

O Sr. Ministro Vitor Nunes — Relembro que o nosso debate ficou um pouco sem perspectiva, neste ponto do meu voto. Apesar de sustentar, de acôrdo com a nossa sistemática, que acesso e promoção não são conceitos idênticos, entretanto, se o benefício estiver vinculado à promoção, entendo que a lei o pode estender a casos de acesso, em favor de servidor que devesse ser promovido, se o caso fôsse de promoção e não de acesso. O que não me parece possível é estender êsse benefício a quem esteja fora da carreira, ou do grupo ocupacional, como no caso de advogado que deseje ser desembargador, ou Ministro do S.T.M., porque em relação a êle nunca se poderia falar em *promoção*. Mas não é disso que se trata no caso presente; por isso, não é essencial, no meu raciocínio, o argumento Constituição, que só seria decisivo, se houvesse arguição de inconstitucionalidade da lei. Mas ninguém tachou a lei de inconstitucional.

Prossigo na leitura do meu voto. A lei que estendesse o benefício da promoção a caso de acesso não seria inconstitucional porque estaria dentro da margem discricionária que lhe deixou o art. 106 parágrafo único da Constituição.

Todo o problema, portanto, no caso presente, consiste em interpretar a Lei 916, de 1949. Teria essa lei empregado o vocábulo *promoção* em sentido amplo? Em caso afirmativo, favorece a quem já recebeu, pelo mesmo motivo, benefício anterior da mesma natureza?

Os que respondem afirmativamente argumentam que o benefício anterior, recebido pelo impetrante, não é da mesma natureza do que agora pleiteia. Reconhece-se que êle passou de Promotor de 1ª instância a Auditor de 2ª entrância por ter serviço de guerra, em virtude da preferência legal instituída pelo Dl. 8.513, de 13-12-45, art. 3º. Mas objeta-se que, naquela oportunidade, êle foi *nomeado* e não *promovido*. E o impetrante acrescenta que foi nomeado livremente. Portanto, os dois benefícios não seriam da mesma natureza.

A objeção, *data venia*, não me parece procedente pelos seguintes motivos:

1º) O acesso, pelo Código da Justiça Militar, também se faz por *nomeação*, portanto, do ponto de vista formal, se pede agora um benefício — nomeação — igual ao anterior.

2º) O Dl. 8.513, de 1945, não estabeleceu para os dois cargos então cria-

dos forma de provimento diferente do *acesso*, limitando-se a dar preferência — e só para o primeiro provimento — aos que servirem na guerra.

3º) Portanto, o impetrante, em 1945, foi *nomeado* por acesso, em virtude da preferência legal, e essa nomeação não foi livre, mas vinculada àquela preferência.

4º) Por outro lado se, no entender do impetrante, o *acesso* é equivalente à *promoção*, para os efeitos da Lei 916, que não fala em acesso, mas sòmente em promoção, a anterior nomeação por acesso, para êsse efeito, equivale à promoção. A mesma interpretação ampliativa do vocábulo *promoção*, para abranger o acesso, se há de aplicar à *nomeação por acesso* para abranger a promoção. Trata-se, pois, agora, de um segundo benefício da mesma natureza, e é de se notar que da primeira vez o impetrante galgou pelo mesmo motivo de agora — serviço de guerra —, três postos: de Promotor de 1ª a Auditor de 2ª entrância.

O eminente Ministro Relator admitiu, aliás, que o primeiro benefício do impetrante deve ser considerado *promoção*, para os efeitos de que trata o processo. Neste ponto, como se vê, não estamos em divergência. Minha respeitosa discordância com S. Exa. está na parte final do meu voto, que passo a ler, passando, assim, ao último aspecto da questão.

Os que defendem a interpretação ampliativa da palavra *promoção*, usada na Lei 916 de 1949, baseiam-se na pesquisa da *mens legis*. É neste sentido tôda a argumentação do eminente Ministro Orosimbo Nonato, em seu parecer, que é uma erudita lição. S. Exa. afirma e reafirma que é necessário investigar a *mens legis*.

Por isso, pergunto: — Corresponde ao espírito da legislação especial de reconhecimento da relevância dos serviços de guerra conceder dois benefícios da mesma natureza a uma só pessoa? — Parece-me que não. Das diversas leis que cuidaram do assunto, as subseqüentes visavam suprir lacunas das anteriores, ampliando o benefício legal a categorias que ainda não tinham sido beneficiadas. Vejam-se, por exemplo, a Lei 288, de 8-6-48, a Lei 616, de 2-2-49, a Lei 1.156, de 12-7-50, a Lei 1.756, de 5-12-62. No intervalo de duas delas é que se insere a Lei 916, de 14-11-53. E em tôda esta longa série, a lei nova se refere a quem não foi contemplado na anterior.

É de se concluir, pois, que a *mens legis* não foi duplicar benefício da mesma natureza (acesso, ou promoção, ou que outro nome tenha), embora, pelo mesmo motivo, pudesse dar benefício de outra natureza, como, por exemplo, estabilidade, isenção tributária, preferência para compra de casa etc. A própria Lei 916, ao falar em "primeira promoção" corrobora êsse entendimento, excluindo segunda promoção. No caso dos feridos de guerra, mencionado pelo eminente Relator, o legislador tomou por base dois fundamentos: o serviço de guerra, em si mesmo, e o ferimento causador da invalidez. Houve em tal caso duas promoções (prêmios da mesma natureza), mas por fundamentos diferentes.

Justamente pela investigação da *mens legis*, recomendada pelo eminente Ministro Orosimbo Nonato em seu brilhantíssimo parecer, é que *data venia*, não parece que o impetrante tenha direito ao que reclama.

Uma vez, porém, que não prevaleça êsse entendimento em face da substanciosa argumentação do eminente Relator, estarei de acôrdo com o voto de S. Exa., na parte em que reconhece todos os direitos, menos a efetividade imediata, ao assistente da autoridade, Dr. Clóvis Kruel de Morais.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O Sr. Ministro Luis Gallotti — Sr. Presidente, havia escrito êste voto mas tive de fazer dois aditamentos. É que,

depois de escrever o voto, recebi um memorial do ilustre assistente da União e, ontem, recebi outro memorial do ilustre advogado de S. Exa.

Passo a ler o meu voto (lê).

VOTO

O Sr. Ministro Luís Gallotti — Da leitura do brilhante memorial do ilustre litisconsorte da União ficou-me a convicção de que lhe não assiste direito e sim ao impetrante.

Depois, o parecer do eminente Ministro Orosimbo Nonato, trazido pelo impetrante, fortaleceu-me aquela convicção.

Argumenta o litisconsorte que o auditor não tem *promoção* ao Superior Tribunal Militar e sim *acesso*.

Ora, no seu próprio memorial (pág. 16), está reproduzido texto legal que define a *promoção* como "ato do Presidente da República pelo qual o funcionário público civil tem *acesso*."

Objeta o litisconsorte que o artigo 1º da Lei nº 916, de 14 de novembro de 1949, ao dar preferência, em igualdade de condições, ao impetrante, como integrante da Fôrça Expedicionária Brasileira, fala em primeira promoção. E o impetrante já se beneficiara com o Decreto-Lei nº 8.513, de 31 de dezembro de 1945, que criando cargos de auditores de 2ª entrância, promotores de 2ª entrância, etc., deu preferência para o *preenchimento inicial* das vagas criadas aos que serviram na Fôrça Expedicionária Brasileira. Foi assim em 1946 o impetrante, que era promotor de 1ª entrância, nomeado auditor de 2ª entrância.

Entretanto, aí não se tratou de promoção, nem haveria, em face da lei, como promover um promotor de 1ª entrância a auditor de 2ª entrância.

Tratou-se, sim, de *preenchimento inicial de cargos isolados de provimento efetivo*, criados pela lei de 1945 que concedeu a preferência, como está dito na própria lei.

O ilustre advogado do assistente insistiu em que o eminente Orosimbo Nonato haveria reconhecido tratar-se de provimento em cargo inicial de carreira, mas não foi a isso que S. Exa. se referiu e sim a provimento inicial em cargo isolado, que foi criado por lei, a um tempo em que, aliás, ainda não estava em vigor a Constituição de 1946.

Êsse favor legal já se consumara, quando, anos depois, veio a Lei nº 916, de 1949 e assegurou um favor diferente: a preferência, *vigente a mesma lei, para a primeira promoção ou melhoria* (esta concerne ao extranumerário) *a que concorrem* os integrantes da Fôrça Expedicionária Brasileira (note-se que a lei alude a promoção ou melhoria a que *na sua vigência concorrerem* — *verbo no futuro*).

Como a lei começa referindo-se a funcionários ou extranumerários, ela fala em *promoção* ou *melhoria*, mas, realmente, no sistema legal então vigente (porque hoje não há mais extranumerários), a melhoria corresponde, no tocante a extranumerários, à promoção relativa aos funcionários. Aliás, êste ponto foi muito bem esclarecido no voto do eminente Sr. Ministro Vítor Nunes.

Ora, a primeira promoção a que concorre o impetrante, na vigência da Lei 916 de 1949, é a questionada nestes autos. O que houve em 1946 foi nomeação. E, que não fôsse: Como poderia o impetrante ser beneficiado em 1946 por uma promoção preferencialmente assegurada por lei que só surgiu em 1949?

Se houve demasia de favores, a demasia foi da lei, que não é inconstitucional e, assim, temos de cumprir.

Invoca o litisconsorte voto que proferi no mandado de segurança 7.043 e no qual eu disse: "Duas leis conferem aos impetrantes o direito de, ao passarem para a inatividade, alcançarem o

pôsto imediatamente superior ao que tinham na ativa. Ora, êste pôsto imediatamente superior é o de 2º tenente, que êles alcançaram. Se duas leis lhes concedem o mesmo favor, daí não se segue que êsse favor possa ser duplicado para transformar uma promoção em duas."

O caso, logo se vê, é bem diverso do presente.

Ali eram duas leis que concediam o mesmo favor: o acesso ao pôsto imediatamente superior ao que os militares tinham na ativa. E pretendia-se transmudar uma promoção em duas.

Aqui, além de leis diferentes, são favores diferentes. Nem há falar de duas promoções, pois de uma apenas é que se trata.

O litisconsorte invoca um voto do eminente Ministro Nélson Hungria, no mandado de segurança 1.870.

Mas trata-se de voto *vencido*.

Estive entre os votos *vencedores* que concederam a segurança.

Tenho de ser coerente, portanto, concedendo a presente.

Embora o caso não fôsse idêntico a êste, o ponto substancial da discussão era, como aqui, o conceito de promoção em sentido amplo ou restrito, de modo a abranger, ou não, o acesso ao Superior Tribunal Militar, conforme previsto na legislação que beneficia os expedicionários.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Luis Gallotti — Depois de escrito êste voto, recebi nova petição-memorial do ilustre auditor litisconsorte, onde se alega que o impetrante teria direito à *primeira* promoção e, no entanto, esta, sôbre que agora se questiona, é a *quinta* após a vigência da Lei nº 916, de 1949.

A primeira vista, impressionou-me o argumento.

Ocorre, porém, que, conforme a exposição feita pelo próprio litisconsorte, das quatro vagas anteriores, só uma (a terceira) foi preenchida por auditor, e êste também integrante da Fôrça Expedicionária Brasileira.

Ontem recebi nôvo memorial do eminente advogado Professor Sobral Pinto, contendo mais dois argumentos contrários à pretensão do impetrante.

O primeiro funda-se em que a Lei nº 3.780, de 12-7-1960, definiu *promoção* e *acesso*, de modo a distinguir entre os dois conceitos.

A Lei nº 3.780, de 1960, diz respeito ao Serviço *civil*.

Acresce que, apoiando-se o impetrante na Lei nº 916, de 1949, mais razoável será, penso eu, entender as palavras desta de acôrdo com os conceitos vigentes ao seu tempo do que com obediência a definições estatuídas por lei só votada onze anos depois.

E a Constituição, no art. 124, VI, ora fala em *promoção* de juízes de direito, ora em *acesso*, o que mostra a correspondência dêsses conceitos em nosso direito.

O segundo argumento procura base na minha opinião, reiteradamente anunciada neste Tribunal, de que não se acumulam o adicional por tempo de serviço da lei geral sôbre funcionários e o acréscimo por tempo de serviço das leis especiais, atinentes a juízes e procuradores. Entendi que adicional por tempo de serviço e acréscimo por tempo de serviço são a mesma coisa com rótulos diferentes e que, gozando do segundo juízes e procuradores até em condições mais favoráveis, não poderiam reclamar também o primeiro, atinente aos funcionários em geral.

Quase todos os Tribunais exceto o Supremo, haviam admitido a soma (a lei, depois, ordenou a restituição) e considerei que tanto mais rigor se impunha quanto era certo que, aceita a soma, a decisão nos beneficiaria.

Do exposto se vê que não há como equiparar êsse caso ao presente.

Aqui se trata de benefícios *diferentes* concedidos por duas leis, embora com base no mesmo fato (êste ainda foi motivo de outros favores constantes de lei, como os de natureza fiscal, por exemplo).

Ali, é o *mesmo* fato e as duas leis concedem o *mesmo* benefício (adicional ou acréscimo de vencimentos por tempo de serviço): uma, em piores condições, aos funcionários em geral; outra, em melhores condições a certos funcionários (juízes e procuradores). Não era de admitir que êsses, protegidos por lei especial, ainda quisessem pretender e acumular o favor da lei geral.

Tenho de manter, assim, o meu voto.

Invocou também o ilustre advogado do assistente, sob forma de preliminar, a decisão no mandado de segurança em que um auditor de primeira entrância pretendeu entrar na lista para preenchimento de vaga no Superior Tribunal Militar, e aí, tanto o ora impetrante, como o assistente, impugnaram, mas é de ver que, além de importar a decisão o reconhecimento da carreira, que o impetrante afirma, a questão que antes se apresentava era diferente da de agora: era saber se o auditor de primeira entrância tinha direito de entrar ou não: aqui, é saber se entre os auditores de segunda entrância prevalece ou não o direito de preferência assegurado pela Lei nº 916, de 1949. O eminente Sr. Ministro Vítor Nunes falou, em seu voto, em leis que excluíam quem fôra contemplado por lei anterior, mas esta, de que estamos tratando, não contém igual exclusão.

Agora, digo eu, sôbre a segunda parte da conclusão do eminente Sr. Ministro Relator.

O Govêrno não alega que, ao nomear o litisconsorte, ignorasse a condição do impetrante, de integrante da Fôrça Expedicionária Brasileira.

A concessão da segurança, reconhecendo direito ao impetrante, importa invalidar a nomeação do litisconsorte, feita com preterição daquele direito tanto mais que a posse do litisconsorte foi oportunamente sustada por efeito da medida liminar concedida pelo eminente Relator.

Respeito a solução inspirada na eqüidade, que encontrou o eminente Relator, procurando fazer justiça também ao litisconsorte, que é um digno magistrado, cujos méritos conheço e admiro.

Mas penso, *data venia*, não estar aquela solução dentro, no alcance dos meus limitados podêres de juiz.

É o meu voto. Concordo, Sr. Presidente, com o eminente Sr. Ministro Relator, salvo quanto à segunda parte.

VOTO

O Sr. Ministro Vilas-Boas — Sr. Presidente, estava aguardando a palavra dos mestres. Falaram os mestres. Eu concordo com aquela solução que deu ao caso o eminente Sr. Ministro Relator e com a qual também concordou o eminente Sr. Ministro Vítor Nunes, na ressalva. Não anulo o ato do Govêrno e asseguro ao litisconsorte tôdas as vantagens inerentes à nomeação que êle obteve. É uma espécie de disponibilidade, que bem se afeiçoa à organização judiciária: quer dizer, êle terá tôdas as vantagens da sua nomeação, a qual não se desfaz, ficando com tôdas as vantagens inerentes ao título de nomeação, contagem de tempo, benefícios pecuniários, etc. Cabe aqui citar a solução que, em Minas Gerais, demos, ao caso do Dr. João Martins, solução que foi também muito peculiar.

O Sr. Ministro Luís Gallotti — Aí a lei criou outro lugar.

O Sr. Ministro Vilas-Boas — Criou depois. O Tribunal assegurará ao litisconsorte tôdas as vantagens. É uma si-

tuação especial, particular à magistratura.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) — Aos militares também.

O Sr. Ministro Vilas-Boas — Não é possível fazer um juiz regressar à condição de juiz mesmo, sem vaga para êle. Tendo concorrido, Sr. Presidente, para essa solução, em Minas Gerais, eu me sinto bem à vontade para concordar com o eminente Sr. Ministro Relator. A nomeação do assistente não se desfaz, seu título, permanece em plena vigência. Nós concedemos a segurança ao impetrante para que êle seja nomeado, sem prejuízo dos direitos do assistente, que ficará em disponibilidade, nos têrmos do voto do eminente Sr. Ministro Relator. É solução que bem se afeiçoa ao meu espírito.

VOTO

O Sr. Ministro Cândido Mota Filho — Sr. Presidente, concedo a segurança ao impetrante. Já foi bem esclarecida aquí a matéria referente à promoção e ao acesso, ao adicional e ao acréscimo. E, depois disso, vejo que o impetrante tem em seu prol, de maneira decisiva, serviço de guerra na previsão da Lei nº 916, para apoiá-lo a Constituição da República e as leis aplicáveis à espécie.

Mas, *data venia*, não posso apreciar a situação do litisconsorte por ser estranha à competência do Tribunal e contrária à índole do mandado de segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães — Sr. Presidente, estou de pleno acôrdo com o eminente Ministro Relator.

A carreira dos auditores termina no Superior Tribunal Militar, no cargo de Juiz togado, segundo estabelece a Constituição, artigo 106, parágrafo único.

É verdade que nessa disposição se fala em acesso, mas não é possível interpretar-se esta palavra "acesso" no sentido estrito em que a emprega a Lei nº 3.780, de 12-7-1960, no artigo 34. Aliás, é disposição que pouco difere da que já constava do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, no artigo 255. Quando a Constituição fala em acesso refere-se, sem dúvida, a promoção. E essa promoção deveria ser feita com observância do que dispõe a Lei nº 916, de 14 de novembro de 1949 no artigo 1º, onde se faz clara referência à vigência da lei, como acentuou o Sr. Ministro Relator.

Não é possível que se impeça essa promoção com a alegação de que já obteve preferência o impetrante, com a aplicação do Decreto-Lei nº 8.513, de 31-12-1945. A Lei nº 916 há de se aplicar irrestritamente, após a sua vigência e durante essa vigência.

E, quanto ao litisconsorte, estou plenamente de acôrdo com o Sr. Ministro Relator, porque o Sr. Presidente da República, como demonstrou S. Exa. em seu esplêndido voto, não praticou ilegalidade: observou a lista remetida pelo Superior Tribunal Militar.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Concederam o mandado, contra o voto do Ministro Vítor Nunes, sem prejuízo do ato de nomeação do Assistente Dr. Clóvis Kruel de Moraes. Votaram com o relator, os Ministros Hermes Lima, Vilas-Boas e Hahnemann Guimarães, somando-se a êstes votos o do Ministro Vítor Nunes nos têrmos de sua declaração, enquanto que os Ministros Luís Gallotti e Cândido Mota davam a segurança apenas ao requerente.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Lafayette de Andrada.

Relator o Exmo. Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira.

Impedido o Exmo. Sr. Ministro Ribeiro da Costa.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Evandro Lins.

Licenciado, o Exmo. Sr. Ministro Pedro Chaves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros Hermes Lima, Vítor Nunes, Gonçalves de Oliveira, Vilas-Boas, Cândido Mota, Luís Gallotti e Hahnemann Guimarães.