JUSTIÇA MILITAR — SUBSTITUTO — ESTABILIDADE — VENCIMENTOS

— Aos juizes substitutos da Justiça Militar estão assegurados a efetivação, estabilidade e vitaliciedade, mas sòmente perceberão vencimentos quando tiverem exercício, como convocados.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

PROCESSO P. R. N.º 31.724-63

Presidência da República. Consultoria-Geral da República. E. M. nº 002-H, de maio de 1964. — "Aprovo. Em 27 de maio de 1964." (Enc. ao M. G. em 2-6-64.)

PARECER

1. Sôbre a matéria — estabilidade dos substitutos da Justiça Militar — existem, nesta Consultoria-Geral da República, pareceres dos doutos Consultores: A. Gonçalves de Oliveira (465-Z, de 26-8-58 e 470-Z, de 24-9-58); L. C. de Miranda Lima (C-6, de 3-11-60 e C-8, de 7-11-60); Caio Mário da Silva Pereira (D-8, de 8-4-61); Antônio Balbino de Carvalho Filho (Of. 63, de 24-1-62).

2. Nos seus dois pareceres citados, o douto A. Gonçalves de Oliveira concluiu:

"Após 10 anos de exercício, tornam-se vitalícios, com seus vencimentos iguais aos dos substitutos, *sem contudo pertencer à carreira, sem direito de acesso,* porque o ingresso na carreira só se dá por concurso". (Parecer 463-Z — Vol. 4, pág. 50).

"Tendo o Dr. Manoel Francisco de Lima mais de 10 anos de efetivo exercício, deve-se-lhe reconhecer, ao parecer desta Consultoria, do mesmo modo que se reconheceu ao Dr. Abel Azevedo Caminha, estabilidade na função, com os vencimentos e vantagens dos advogados de ofício, apostilando-se-lhe o título de nomeação". (Parecer 470-Z — Vol. 4 — pág. 65).

3. Posteriormente, o Dr. L. C. de Miranda Lima, emitindo parecer, nesta Consultoria, sôbre a mesma matéria, asseverou:

"Pelo exposto, parece-nos que o pedido está a reclamar deferimento, reconhecendo-se ao requerente a aquisição da estabilidade, com as restrições feitas

em casos semelhantes "sem contudo pertencer à carreira, sem direito de acesso, porque o ingresso na carreira só se dá por concurso, na classe inicial" (Parecer nº 465-Z, desta Consultoria-Geral), e com vencimentos apenas nos períodos de substituição efetiva." (Parecer C-6 — vol. único — pág. 32).

"... o requerente faz jus à estabilidade, segundo o artigo 188, nº II, da Constituição... (Parecer C-8 — Vol. único — pág. 38).

4. Foi o assunto também submetido, nesta Consultoria, ao Professor Caio Mário da Silva Pereira que, sôbre o mesmo, emitiu parecer concluindo porque, tendo em vista os precisos têrmos do artigo 2º do Decreto-Lei nº 3.581, de 3 de setembro de 1941.

"Desde que há norma perfeita, a dizer que o substituto, vence a remuneração do substituído *sòmente durante o seu impedimento legal,* certo que outro entendimento é desprovido de tôda aprovação". A pretensão é contrária à lei, e não pode ser atendida". (Parecer D-8, *in Diário Oficial,* de 17 de maio de 1961).

Quanto à estabilidade, comenta o douto Consultor mencionado:

"Trata-se, sem dúvida nenhuma, de uma estabilidade um tanto estranha, porque não significará jamais continuidade de exercício, senão a que traduz na faculdade de não ser dispensado livremente, senão mediante o processo regular" (Parecer D-8, *in Diário Oficial* de 17 de maio de 1961).

5. Ainda, o Dr. Antônio Balbino sôbre o mesmo assunto, como Consultor-Geral da República, opinou:

"Aos funcionários, que exercem cargos de "substitutos" na Justiça Militar, quando concedida a estabilidade, esta só poderá ser entendida *em efeitos limitados,* cabendo aos mesmos a percepção dos vencimentos do titular substituído e apenas nos períodos das substituições, tudo em conformidade ao que estabelece o art. 2º, do Decreto-Lei nº 3.581, de 3 de setembro de 1941." (Ofício-Parecer nº 63, *in Diário Oficial,* de 1º de fevereiro de 1962).

6. Mais uma vez volta o assunto a debate. Já agora, inclusive, depois de algumas decisões do Judiciário. Não se pode furtar ao dever de buscar nelas o entendimento, dos magistrados, como valiosíssimo arrimo às conclusões dêste parecer.

7. O assunto no Egrégio Supremo Tribunal Federal sofreu amplo debate no julgamento do Rec. Ext. nº 29.127, em que foi recorrente Francisco Pereira Lima Filho. Vale, citado na íntegra, os votos dos eminentes Ministros que intervieram, naquela oportunidade, no debate.

Recurso Extraordinário nº 29.127
Recorrente: Francisco Pereira Lima Filho.

Relator: Sampaio Costa.

VOTOS

Ministro Mário Guimarães — "O presente caso é interessante: trata-se de fixar a inteligência de um dispositivo constitucional que assegura prerrogativas ao Judiciário. E a lei, em sua interpretação estritamente literal, abona a interpretação que o recorrente pleiteia.

O artigo 95, § 3º, da Constituição de 1946, dispôs: "a vitaliciedade não se estenderá obrigatòriamente aos juízes, com atribuições limitadas ao preparo dos processos e à substituição de juízes julgadores, salvo após dez anos de contínuo exercício no cargo".

Há, pois, na magistratura brasileira, além dos juízes, que se tornam vitalícios invariàvelmente após a posse, outros que adquirem, também, obrigatòriamente, aquela regalia, depois de dez anos de contínuo exercício no cargo.

Desempenhou o recorrente por treze anos, até a data de sua exoneração, feita sem processo as funções de auditor da Justiça Militar. Terá conquistado a vitaliciedade? Não há dúvida que a organização da Justiça Militar reconhece a existência do cargo. O Decreto-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938, no artigo 6º, parágrafo único, no capítulo sob a epígrafe: "Das autoridades judiciárias e seus auxiliares" dispunha: "Em cada auditoria haverá um suplente do auditor e um adjunto de promotor..."

E o Decreto-Lei nº 3.581, regulando especificamente a substituição dos cargos na Justiça Militar, prescreveu: "Art. 1º Haverá na Justiça Militar, Auditores, Promotores, Advogados e Oficiais de Justiça, todos substitutos, sem ônus para os cofres públicos. Parágrafo 1º Êsses substitutos serão designados, prèviamente, por decreto do Presidente da República, em número igual aos cargos correspondentes da respectiva auditoria. Parágrafo 2º. O substituto tomará posse perante a autoridade que na forma dêste Decreto-Lei, deva convocá-lo".

Até aí tudo o que favorece o recorrente. Mas vejamos a outra face da questão. O art. 95, § 3º da Constituição, abrangerá todo e qualquer juiz ou apenas aquêles que, mediante concurso hajam ingressado na carreira e façam do cargo a sua profissão, sujeitando-se aos ônus decorrentes? O substituto de auditor, pois que não é remunerado, a não ser quando substitui, não está inibido de exercer outras atividades. Terá, naturalmente, que exercê-las para provar a sua subsistência. Não está, portanto, sujeito aos encargos de juiz. Não sofre as restrições que provam a carreira da magistratura. Logo, não deverá usufruir das vantagens. "Ubi emolumentum, ib onus". A reciproca há de, igualmente, ser aplicada.

A admitirem que, na Justiça Militar, pudesse o Auditor Substituto, porque substitui eventualmente, o juiz vitalício, adquirir aquela prerrogativa, teríamos, na Justiça Civil, que aceitar também a vitaliciedade para juízes de paz, nomeados ou eleitos, o que contraria tôda a jurisprudência. Quanto ao artigo 23, das Disposições Transitórias, que o recorrente ainda invoca, também não é pertinente ao caso. Êsse artigo diz respeito a funcionários interinos e extranumerários. Em nenhuma dessas classes se enquadrava o recorrente. Por tudo, não encontrando dispositivo de lei que tenha sido atingido, não conhece do recurso.

Ministro Sampaio Costa — Sr. Presidente, estou de acôrdo com o eminente Ministro Relator na parte referente à vitaliciedade, como juiz, do ora recorrente.

A mim me parece que não se pode enquadrar a situação do recorrente dentro do artigo 95, § 3º da Constituição. Essa vitaliciedade, consoante o texto constitucional, "só se estenderá obrigatòriamente aos juízes com atribuições limitadas ao preparo dos processos e à substituição de juízes julgadores".

Trata-se, justamente, na disposição constitucional daqueles juízes nomeados para o exercício de funções com atribuições limitadas a certos e determinados feitos e à substituição dos juízes julgadores. E tanto assim, que a constituição exige dois pressupostos: a atribuição limitada e a substituição de julgadores.

O ora recorrente era um suplente e ...a chamado ao cargo quando, por impedimento, vaga ou qualquer outro motivo, se afastasse o efetivo. Por conseguinte, era um juiz em potencial; não era um juiz efetivo, com aquelas funções limitadas e com direito à substituição, a que se refere a constituição.

Por outro lado, o artigo 23 do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias, não socorre o recorrente, porque êsse artigo diz respeito só aos extranumerários e aos interinos e a posição do recorrente não se compadece com nenhuma dessas situações: nem era interino, nem era extranumerário. Dir-se-á então: se o recorrente não era juiz, ti-

nha sido nomeado para função pública e a estava exercendo, ao tempo em que foi demitido. Essa função embora de natureza judicante, não se poderia classificar como em caráter de vitaliciedade, dados aos pressupostos já por nós anteriormente definidos. Mas, parece-me que a situação do impetrante está definida, salvo melhor juízo, no artigo 188, nº II, que considera estáveis os funcionários públicos (II), depois de 5 anos de exercício, quando nomeados sem concurso.

Êle era um funcionário efetivo, estava no exercício do cargo e há mais de 5 anos. A própria Constituição é que prevê a situação de funcionário estável, pela decorrência de mais de 5 anos. Evidentemente, o recorrente está no exercício do cargo e, assim, não pode deixar de ser considerado funcionário estável, porque tinha mais de 5 anos de exercício.

O Sr. Ministro Mário Guimarães — V. Exa. admite um funcionário sem perceber vencimentos?

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Quando êle passava ao exercício do cargo percebia remuneração e, assim, acho que êle pode se considerar funcionário.

O assunto é bastante delicado, tem suas nuances especiais, mas eu, ponderando tôdas as circunstâncias apontadas e o meu voto, conheço do recurso *data venia* do Sr. Ministro Relator, com fundamento no artigo 188, nº II, da Constituição, para provê-lo, nestes têrmos: não como juiz, mas para reconhecer-lhe a qualidade de funcionário estável.

O Sr. Ministro Nélson Hungria — Sr. Presidente, o cargo — porque não se pode falar de outra forma — o cargo que exercia o recorrente constava do quadro da Organização Judiciária do Estado. O recorrente foi nomeado de acôrdo com a legislação vigente, recebeu seu título e intermitentemente, exercia supletivamente as funções de Auditor, percebendo, então, os vencimentos correspondentes a êste último cargo. Tenho para mim que não se pode, de modo algum, recusar ao recorrente a qualidade de funcionário público. Se êle não é funcionário público qual é a qualificação que se lhe há de dar? Ficaria como um ser completamente sem qualificativo dentro do direito administrativo. O eminente Ministro Relator objetou ao Sr. Ministro Sampaio Costa com uma pergunta: "V. Exa admite que haja um funcionário público sem remuneração?" Ora, não se pode dizer que no caso, o recorrente não tem remuneração. Êle percebe vencimentos tôda vez que é chamado a exercer o cargo de auditor. Não é uma vantagem constante, mas é uma vantagem, é uma remuneração a que êle fará jus tôda vez que exercer a atribuição do seu cargo: substituir o Auditor. Não vou ao extremo a que chegou o eminente Sr. Ministro Sampaio Costa, de considerá-lo vitalício. Eu o considero juiz, mas não juiz de carreira, porque para tanto será necessário que tivesse prestado concurso, senão aquêle juiz preparador de que fala a Constituição, de funções limitadas, semelhantes aos juízes municipais ou substitutos temporários, e a respeito dos quais êste Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência pacífica no sentido de que, não obstante a temporariedade de sua nomeação de quatriênios em quatrinios, uma vez que perfaça o tempo de 10 anos de exercício passa a ser estável.

Fico no art. 124, XI, da Constituição federal para considerar o recorrente como juiz, juiz de uma categoria especial, juiz que não é de carreira, juiz que não tem acesso a postos superiores, mas juiz *quand même*. (Conheceu do recurso).

O Sr. Ministro Ribeiro da Costa — Também peço licença ao Sr. Ministro Relator para discordar de S. Exa., discordância que raramente, na Turma ocorre, em relação à maneira pela qual V. Exa. mesmo disse que a hipótese era delicada, não havia uma convicção já sedimentada e, conhecido o recurso, cabe embargos, e assim poderá o Tribunal

Pleno manifestar seu ponto de vista com tôda a amplitude.

Parece-me que, sob dois pontos de vista assentados em dispositivos constitucionais, o recorrente terá razão em pedir o reconhecimento ou de sua estabilidade no cargo ou sua vitaliciedade, uma vitaliciedade especial conforme aludiu o Sr. Ministro Nélson Hungria. Será funcionário estável, assim considerado como servidor, genèricamente, porque nomeado auditor-substituto, exerceu a função durante 13 anos, embora não convocado efetivo e continuamente para desempenhar a substituição no cargo, porque a Constituição não estabelece diferenciação, desde que estatui garantias, o intérprete e não pode restringir essas garantias, a ponto de tornar nenhum o direito que assiste, no caso, ao servidor público. Se a Constituição não exigiu que êsses dez anos, fôssem de convocação permanente, efetiva, para o exercício da substituição de auditor, devemos considerar com mais amplitude que, tendo mais de dez anos de nomeação e de função, embora não permanentemente convocado para substituir o auditor, devemos considerar que, neste caso, o dispositivo constitucional o aproveita, porque não podemos negar o que está escrito na lei. Parece-me que a situação dêsse substituto se deve enquadrar no dispositivo do § 3º do art. 95 da Constituição.

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Eu não o considerei enquadrado nesse dispositivo, porque entendo que para êle a Constituição exige dois requisitos essenciais ao enquadramento: atribuições limitadas ao preparo dos processos e à substituição dos juízes julgadores, uma e outra das situações previstas, enquanto que, no caso, quando o recorrente substitui, êle exerce plenamente as atribuições.

O Sr. Ministro Ribeiro da Costa — Mas há uma distinção expressa no texto: São juízes que tendo essa garantia de vitaliciedade, após 10 anos de função, quando exerceu atribuições limitadas ao preparo do processo e a substituição dos juízes julgadores.

O Sr. Ministro Sampaio Costa — Mas a Constituição não diz "ou" e sim "e".

O Sr. Ministro Ribeiro da Costa — Mas entendo que se aplica a qualquer das duas espécies de juízes: as que têm atribuições limitadas ao preparo dos processos, como atribuições limitadas à substituição dos juízes judicantes.

O Sr. Ministro Mário Guimarães — Devo declarar que entendo que êsse "e" tem o valor disjuntivo como acontece várias vêzes em nossa língua.

O Sr. Ministro Ribeiro da Costa — Assim, com a fundamentação do meu voto, e vênia do Senhor Ministro Relator, também dou provimento ao Recurso.

Há uma certa vacilação, ainda, como se pode ver da leitura dos eruditos votos acima transcritos, quanto à matéria, todavia, certos aspectos do problema resultaram pacíficos a saber:

a) que só percebem vencimentos os substitutos, quando convocados;

b) que não se lhes aplica o art. 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por isso que não são nem interinos nem extranumerários.

c) que são, entretanto, funcionários efetivos e estáveis (depois de 5 anos de exercício) nos precisos têrmos do art. 188, nº II da Constituição federal.

No respeitante à vitaliciedade (art. 95, § 3º da Constituição federal), apenas, o eminente Ministro Ribeiro da Costa entendeu devesse ser reconhecida.

8. Posteriormente, já em 1953, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, através mandado de segurança nº 1.882, impetrado por Fernando Orzewodcwski do qual foi relator o Eminente Ministro Hahnemann Guimarães, chamado a pronunciar-se, mais uma vez sôbre a hipótese, adotou o seguinte voto, da lavra do citado Ministro:

"A decisão impugnada não recusa aos juízes substitutos a garantia dada pela Constituição, no art. 95, III; mas apenas observou a disposição do art. 2º do Decreto-Lei nº 3.581, de 3 de setembro de 1941, pela qual nenhum direito ou vantagem terá o substituto, além do vencimento do cargo do substituído e sòmente durante o seu impedimento legal. É razoável que se o impedimento do auditor se limita a certo processo, o substituto percebe sòmente o vencimento pelos dias em que exerceu a substituição".

9. Neste mesmo mês e ano, o Pretório Excelso, novamente apreciou e decidiu sôbre a matéria, ao julgar o Mandado de Segurança nº 1.947, tendo sido Relator o Eminente Ministro Luís Gallotti, que assim emitiu seu voto:

"O Decreto-Lei 3.581, de 3 de setembro de 1941 de acôrdo com o qual foi o impetrante nomeado, dispõe: "Nenhum direito ou vantagem terá o substituto, além do vencimento do cargo do substituído, e sòmente durante o seu impedimento legal". Isso basta a mostrar que não lhe assiste o direito pretendido".

Nestes julgados, já se percebe a consolidação do entendimento do Supremo, quanto ao assunto, ficando asseguradas aos substitutos a estabilidade e vitaliciedade, atendidos os requisitos legais todavia, negando-se-lhes os vencimentos, salvo durante o período em que estiverem convocados, tudo na conformidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 3.581-41.

10. Mais recentemente, já em 1961, o saudoso Ministro Ari Franco, relatando o Mandado de Segurança nº 8.791, em que foi impetrante José de Souza Morais assim votou (voto aliás vitorioso no Tribunal Pleno, em sessão de 13-12-61):

"Se eu fôra Poder Executivo, atenderia à pretensão do requerente, pois presta êle serviço há muitos anos; mas, juiz, estou obrigado ao preceito da Lei e esta dispõe que "nenhum direito ou vantagem terá o substituto, além do vencimento do cargo de substituído, e sòmente durante o seu impedimento legal". É verdade que êle invocou alguns precedentes administrativos e até um parecer proferido pelo nosso eminente colega A. Gonçalves de Oliveira, quando Consultor-Geral da República, a propósito de caso semelhante. O que o Tribunal, todavia, tem entendido — e, de certa feita em processo que teve como relator o Eminente Ministro Luís Gallotti — é que se assegura estabilidade aos que estavam servindo como substitutos e que venham somando tempo de serviço superior ao que a Constituição determina para a estabilidade. Quanto ao problema dos vencimentos, êste Tribunal não tem atendido, à vista do que dispõe o art. 2º daquele Decreto-Lei (3.581, de 3 de setembro de 1941).

11. Neste mesmo sentido, é a mais recente decisão do Supremo de 22-4-63, Mandado de Segurança 8.674.

12. Tão mansa e pacífica, no particular, é a Jurisprudência do Pretório Excelso que já é matéria constante da Súmula, nº 41, pág. 47, que consagrou o entendimento:

"Juízes preparadores ou substitutos não têm direito aos vencimentos da atividade fora dos períodos de exercício".

Assim, somos de parecer que, na esfera administrativa, como é óbvio, se adote o entendimento da mais alta Côrte de Justiça do País no sentido de que aos substitutos da Justiça Militar se assegure o direito da efetivação, estabilidade e vitaliciedade, quando preenchidas as condições legais, mas com a percepção dos vencimentos, sòmente quando convocados.

Salvo melhor juízo.

Brasília, maio de 1964 — *Adroaldo Mesquita da Costa,* Consultor-Geral da República.