MILITAR — TRANSFERÊNCIA PARA A RESERVA — QUOTA COMPULSÓRIA — MANDADO DE SEGURANÇA

— As regras que disciplinam a chamada quota compulsória não afrontam o princípio de garantia das patentes inserido na Constituição.

— Interpretação do art. 104 da Lei nº 5.774, de 1971.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Márcio César Leal Coqueiro, Roberto Hippolyto da Costa, Carlos Affonso Dellamora e João Paulo Moreira Burnier *versus* Excelentíssimo Senhor Presidente da República
Mandado de segurança n.º 19.956 — Relator: Sr. Ministro
DJACI FALCÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plena, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido.

Brasília, 21 de março de 1973. *Eloy da Rocha,* Presidente. *Djaci Falcão,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Djaci Falcão: Trata-se de mandado de segurança impetrado pelos Brigadeiros do Ar Márcio César Leal Coqueiro, Roberto Hippolyto da Costa, Carlos Affonso Dellamora e João Paulo Moreira Burnier, contra atos do Exmo. Sr. Presidente da República, consoante se verifica da petição de fls. 2 *usque* 22, que traz o seguinte teor:

"I — *Os fatos* — A

Os impetrantes são oficiais generais da Força Aérea Brasileira, com destacada projeção no meio de sua classe, gozando do melhor conceito entre seus pares, seus subordinados e seus superiores hierárquicos, graças a um passado de mais de trinta anos de serviços prestados à sua corporação e à sua Pátria, com a maior lealdade, bravura, civismo e espírito de sacrifício.

Outrossim, sempre foram prestigiados e respeitados pela opinião pública, em virtude das suas atitudes e pelo comportamento desassombrado, de cada um deles, nos mais difíceis e cruciais momentos atravessados pela Nação — especialmente naqueles que quase levaram o Brasil a ficar sob o jugo do comunismo e à mercê da corrupção — quando eles, em defesa dos ideais da Revolução de 1964 — de um Brasil livre, poderoso e grande — tudo arriscaram, inclusive, as suas carreiras, as suas vidas e as das suas famílias.

Por todos estes fatos, públicos e notórios, os três Governos Revolucionários, *inclusive o atual*, os convocaram para exercer, *dentro das suas carreiras de militares*, funções das mais altas responsabilidades e intimamente ligadas à defesa do País e à Segurança Nacional, funções estas da escolha e da nomeação direta do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, Comandante Supremo das Forças Armadas, tais como:

— Subchefe do Gabinete Militar da Presidência da República;

— Comandante das 2.ª (Recife), 3.ª (Guanabara) e 4.ª Zonas Aéreas (São Paulo);

— Chefe do Gabinete do Sr. Ministro da Aeronáutica;

— Membros da Comissão de Investigação Sumária da Aeronáutica, para aplicação dos atos institucionais;

— Comandante do Comando Aerotático e da Primeira Força Aerotática, ao qual estão subordinadas todas forças aéreas de combate, inclusive, as de apoio às Forças Navais e Terrestres;

— Chefe do Serviço de Informações e de Segurança da Aeronáutica;

tudo conforme se vê do resumo da fé de ofício de cada um deles, junto à presente (doc. n.º 1).

É mister ser ainda salientado que todas estas funções foram exercidas pelos impetrantes com o máximo zelo, disciplina e patriotismo.

Ainda assim — e apesar de ser evidente, não deve ser omitido — que o exercício das mencionadas funções obrigou os impetrantes — *no estrito cumprimento do dever* — a contrariar os mais variados interesses, o que gerou antipatias por parte de todos aqueles que se sentiram prejudicados pela ação justa e correta dos impetrantes.

Em 29.11.71, o Marechal do Ar — Márcio Souza e Melo — afastou-se do cargo de Ministro da Aeronáutica e, em sua substituição, foi nomeado o Tenente Brigadeiro R/R Joelmir Campos de Araripe Macedo, sem a menor vinculação com a Revolução de 1964.

Com a mudança do Ministro, a Alta Administração da Aeronáutica foi, radicalmente, modificada, passando a ser composta, na sua grande maioria, por oficiais generais, totalmente alheios à preparação e à execução do movimento revolucionário de março de 1964.

Esta circunstância criou para estes oficiais generais uma situação embaraçosa e de constrangimento, gerada e constantemente aumentada pela presença dos impetrantes na Força Aérea Brasileira, em face dos seus marcantes passados revolucionários e de militares de ação, o que colocava, inclusive, aqueles oficiais generais ante a vicissitude de correrem o grande risco de jamais poderem obter qualquer liderança entre os seus comandados.

Por outro lado, a impossibilidade de represália contra o antigo Ministro da Aeronáutica — Marechal Márcio Souza e Melo por Sua Exa. já se encontrar na reserva — fez recair sobre os impetrantes — seus colaboradores mais diretos — o desejo de vingança de todos aqueles que sempre se sentiram frustrados pela sua presença à frente do Ministério da Aeronáutica, em face das posições sempre claras, precisas e corajosas, continuamente assumidas por este chefe militar, *sans peur et sans reproche.*

Estes — e só estes — são os únicos motivos plausíveis que podem explicar os diversos atos da vindita praticados pela Alta Administração da Aeronáutica contra os impetrantes — que se passará a relatar — e que culminaram com a transferência deles para a reserva, *contrariando aberta e gritantemente,* a Constituição Federal e a própria lei específica sobre o assunto, ou seja o Estatuto dos Militares (Lei n.º 5.774, de 1971), sem falar, evidentemente, por não ser objeto de apreciação judicial, — na clamorosa injustiça que encerra este ato.

C

Apesar da reunião do Alto Comando da Aeronáutica — tendo por fim organizar a "Lista de Escolha", para as promoções aos postos de Brigadeiro, Major Brigadeiro e Tenente Brigadeiro — dever ser realizada até 45 dias após a abertura da vaga, *já no dia 23 de dezembro de 1971* — isto é, apenas 6 dias depois de aberta a vaga — ela teve lugar, convocada pelo Sr. Ministro da Aeronáutica.

Outrossim — para que pudesse ser concretizada a represália contra os impetrantes — foram, sumariamente, afastados *dos seus cargos dois Tenentes Brigadeiros, com mais de quarenta e cinco* anos de serviços prestados à sua Pátria, *sendo um deles o próprio Chefe do Estado Maior da Aeronáutica,* no dia imediato em que completou 13 anos de generalato, e, para preencher as suas vagas, no Alto Comando, o Sr. Ministro da Aeronáutica escolheu dois oficiais generais de sua amizade.

Com esta composição, adredemente preparada, e muito bem calculada, foi organizada pelo Alto Comando — e ainda assim com os votos vencidos, dos Chefes Militares do maior gabarito moral presentes à citada reunião — a "Lista de Escolha" para a promoção ao posto de Major Brigadeiro.

Nela *deixaram de ser incluídos*:

— os impetrantes: Brigadeiros *Coqueiro e Hippolyto da Costa, que vinham integrando a mencionada "lista" ininterruptamente* durante todo o ano de 1971 e:

— os impetrantes: Brigadeiros *Dellamora* e *Burnier,* que *ainda* não haviam integrado a "Lista de Escolha", em face das suas posições hierárquicas no "Quadro de Oficiais da Ativa".

E, foi incluído na citada "Lista de Escolha", o Brigadeiro Mário Gino Francescutti, cuja posição de antiguidade no "Quadro de Oficiais Aviadores" era abaixo — isto é, *mais moderno* — dos quatro impetrantes.

A inclusão deste Brigadeiro na citada "Lista" teve como única finalidade — não tronar fatível a sua promoção imediata — o que realmente não ocorreu, — *mas, só e exclusivamente o desejo de tornar* exeqüível a transferência para a reserva dos impetrantes, *como integrantes da quota compulsória referente ao ano de 1971.* Como veio realmente a ocorrer, tendo sido dada, para este fim, uma interpretação *aberrante e gritantemente absurda e insensata ao art. 104, item II, inc. 2.º da Lei n.º 5.774, de 1971* (Estatuto dos Militares), daí a razão de ser do presente mandado de segurança.

II — *O direito líquido e certo dos impetrantes e a sua violação pelo ato impugnado.*

A

O art. 54 do Estatuto dos Militares (Lei n.º 5.774, de 23.12.71), repetindo, aliás, o que dispõe a Constituição Federal no seu

art. 94, e toda a legislação militar promulgada desde o tempo do Brasil Império, declara:

"Art. 54. São *direitos* dos militares:

I — garantia da patente *em toda a sua plenitude,* com as vantagens, prerrogativas e deveres a ela inerentes, *quando oficial,* nos termos da Constituição."

Assim, um oficial só pode deixar o serviço ativo — *que constitui não só uma vantagem e uma prerrogativa,* mas também um dever inerente à sua patente — por algum motivo previsto taxativa e expressamente na legislação vigente.

É o que está dito, aliás, com todas as letras, no § 7.º citado art. 94 da Constituição Federal — *que depois de mencionar que "as patentes, com as vantagens, prerrogativas e deveres a elas inerentes, são garantidas em toda a plenitude"* — declara:

"§ 7.º A lei estabelece os limites de idade *e outras condições para a transferência dos militares à inatividade"* (os grifos são nossos).

A existência deste direito, líquido e certo, de todo o Oficial, Superior ou não — nunca foi posto em dúvida, e *nem mesmo houve a menor tentativa de criar qualquer dúvida a este respeito,* nem mesmo no tempo do Governo Goulart.

É necessário ser acrescentado, a bem da verdade e da justiça, que a autoridade coatora não nega também a existência deste direito.

Ela sustenta apenas que, na hipótese, os impetrantes poderiam ter sido, *como foram, transferidos para a reserva, em face da lei o admitir.*

B

O fundamento legal invocado — para a prática da vindita arquitetada pela maioria do Alto Comando da Aeronáutica — é o art. 104, item III, inc. 2.º, da Lei n.º 5.774, de 23.12.71, publicada no *D.O.* do mesmo dia, que declara que, a indicação dos oficiais *para integrarem a quota compulsória para a transferência para a reserva,* compreenderá os oficiais que:

"2.º — *deixarem de integrar* os Quadros de Acesso por merecimento ou Lista de Escolha, *pelo maior número de vezes* no posto, quando nelas tenha entrado oficial mais moderno" (os grifos são nossos).

C

Na espécie, nenhuma dúvida ou contestação existem quanto aos seguintes fatos:

I — os quatro impetrantes deixaram de integrar a "Lista de Escolha", nela tendo entrado oficial mais moderno;

II — esta ocorrência verificou-se porém, *uma única vez;*

III — *nenhum outro oficial general,* atualmente, no posto de Brigadeiro, deixou de integrar uma "Lista de Escolha", nela tendo entrado oficial mais moderno.

Em face destes três fatos indiscutíveis — reconhecidos e proclamados pela própria autoridade coatora — *a questão submetida à decisão do mais alto Tribunal de Justiça do nosso País* — cuja altivez, independência e erudição jurídica, são por todos enaltecidas e louvadas — é das mais simples, a saber:

— uma única vez é sempre o menor número de vezes ou *uma única vez* deve ser considerada o "maior número de vezes", em comparação com *nenhuma vez,* pelo que os os impetrantes — tendo deixado de integrar *por uma única vez* a "Lista de Escolha" — poderiam ser transferidos, compulsoriamente, para a Reserva, como o foram?

D

Os Pareceres do ilustre Dr. Consultor-Geral da República n.ºs I — 171; I — 172; I — 173 e I — 174, todos de igual teor, datados de 8.3.72, e publicados no *DO,* de 14 do mesmo mês (doc. n.º 2), e cuja aprovação pelo Excelentíssimo Senhor Presidente

da República, importou no ato impugnado — declaram a propósito da matéria, *in verbis*:

"O fato de ter o oficial deixado de integrar a Lista em apreço, *apenas uma vez*, não significa, *data venia*, seja inaplicável, à espécie, a 2.ª prioridade. As condições nesta prevista, *o são em caráter relativo*, não se fixa o número de vezes, como não se define o merecimento, nem a idade, nem a antiguidade. *Tudo dependerá* de condições objetivas *sujeitas a processo de comparação*, de modo que existindo quem não tenha deixado de integrar os Quadros de Acesso por merecimento ou a Lista de Escolha, esse estará excluído da indicação para a quota compulsória, caso haja quem o tenha, *pois, em relação a esse, aquele deixou de integrar o Quadro ou a Lista "pelo menor número de vezes", considerando-se que não o deixou uma vez sequer"* (os grifos são nossos).

E, mais adiante:

"Não tendo o recorrente participado da mencionada Lista, ainda que por uma só vez, e havendo sido ultrapassado por oficial mais moderno, a conseqüência, na forma do art. 104 do Estatuto, não poderia deixar de ser outra, senão a inclusão na quota compulsória."

E

Data venia, as palavras "maior" e "menor", sendo adjetivos comparativos, é evidente que elas só podem ser empregadas para *comparar unidades homogêneas.*

Seria loucura furiosa — além de prova de desconhecimento total da língua portuguesa e da aritmética — *comparar unidades heterogêneas,* afirmando, por exemplo, que um homem honrado é o *menor ladrão* de determinada comunidade, pelo fato de nela não existir nenhum ladrão.

E, na hipótese de existir, na referida comunidade apenas um ladrão, declarar que este seria *o maior ladrão e o homem honesto o menor!*

F

Com o devido respeito e a máxima consideração de que são merecedoras a autoridade coatora e o ilustre Doutor Consultor-Geral da República — não pode deixar de ser dito, que — para transferir para a reserva *compulsoriamente,* os impetrantes — comparou-se unidades heterogêneas — oficiais generais que deixaram de integrar a "Lista de Escolha" com oficiais generais que não deixaram de integrar a "Lista de Escolha", para chegar-se à conclusão, *data venia* absurda, que os impetrantes que deixaram de integrar *uma única vez* a dita "Lista de Escolha" — e portanto, que o deixaram de integrá-la pelo *menor número* de vezes — deixaram de integrá-la pelo *maior* número de vezes.

G

Apesar do acima exposto ser de uma clareza meridiana, os impetrantes pediram e obtiveram parecer do Padre Francisco Leme Lopes — Decano do Centro de Teologia e Ciências Humanas da PUC e do Conselho Estadual de Educação da Guanabara — que demonstra de maneira incomodativa a própria evidência, ou seja, o próprio óbvio, que "uma única vez", jamais e em qualquer circunstância, pode ser considerada como o *maior* número de vezes, mesmo porque "uma única vez", em qualquer circunstância, é sempre o *menor número* de vezes, pois *nenhuma vez* para ser a "menor" — deslocando *uma única vez,* para a maior — "nenhuma vez" teria de ser transformada em *alguma vez* — isto é, no seu *antônimo;* mas feita esta transformação "nenhuma vez" passaria a ser "alguma vez", ou seja, "uma vez" e só *como uma vez,* é que ela passaria a ser o menor número de vezes!

H

Portanto, se *uma única vez* é o menor número de vezes — e se os impetrantes

deixaram de integrar a "Lista de Escolha", por "uma única vez" — é evidente ser, com a devida vênia, *totalmente ilegal a decisão do Excelentíssimo Senhor Presidente da República,* transferindo-os, *compulsoriamente,* para a reserva, sob o fundamento deles terem deixado de integrar a referida "Lista de Escolha", *pelo maior número de vezes.*

I

No entanto, não é, *apenas,* a letra da lei que, taxativa e *imperativamente,* impede a citada transferência, *compulsória,* para a reserva.

O espírito da lei, também, não a admite, *e não a admite,* por *três motivos óbvios*:

a) porque, se a não-inclusão de um oficial general na "Lista de Escolha" pelo *Alto Comando* — por *uma única vez,* importasse, como conseqüência necessária, na sua transferência, *compulsória,* para a reserva, a permanência de qualquer oficial general na ativa — *que é um direito assegurado pela própria Constituição Federal* — ficaria ao sabor de uma maioria relativa, ocasional e arranjada ou não — verificada em uma única reunião do Alto Comando. Em outras palavras: este direito assegurado pela própria Constituição poderia ser suprimido com a maior facilidade;

b) porque impediria o Alto Comando incluir na citada "Lista" um oficial general, *mais moderno,* — que tenha demonstrado mérito excepcional em determinada circunstância (guerra ou comoção interna, por exemplo) — sob pena deste fato acarretar, inevitavelmente, a transferência, *compulsória,* para a reserva de um oficial general *do mais alto gabarito moral, técnico e de chefia,* mas que, na mesma época — por circunstâncias inteiramente fortuitas e alheias à sua vontade e ao seu desejo — não tenha tido oportunidade de dar a prova de *mérito excepcional* demonstrado pelo outro;

c) porque daria a uma maioria *relativa e ocasional,* arranjada ou não, verificada em uma única reunião do Alto Comando, mais poder que a lei concede ao próprio Excelentíssimo Senhor Presidente da República — Comandante Supremo das Forças Armadas — e, portanto, autoridade superior, hierarquicamente, ao Alto Comando.

Realmente, a ser procedente a argumentação do ilustre Dr. Consultor-Geral da República — em flagrante antagonismo, aliás, com a lei — o fato de uma maioria relativa e ocasional ocorrida em uma reunião do Alto Comando, haver escolhido, *por uma única vez,* um oficial general mais moderno para integrar a "Lista de Escolha", em detrimento de um oficial mais antigo, este estaria, *ipso facto,* excluído, compulsoriamente, do serviço ativo das Forças Armadas.

No entanto, quando o Excelentíssimo Senhor Presidente da República escolhe, para promover, e promove, um oficial general mais moderno, em detrimento de um mais antigo, *este não fica excluído do serviço ativo das Forças Armadas,* mas, pelo contrário, *continua na ativa e com a sua posição hierárquica mantida no seu respectivo "Quadro".*

Foi para evitar estas três situações absurdas e muitas outras que não são mencionadas, para não tornar enfadonha a leitura desta petição, que o legislador, muito sabiamente, empregou — com toda a precisão da linguagem — o termo pelo *maior número de vezes,* deixando bem claro que é a *repetição, pelo menos por uma vez,* da exclusão da "Lista de Escolha", pelo Alto Comando que caracteriza a existência de incapacidade ou de limitações morais — inclusive, de comando — em um oficial general, justificando a sua transferência compulsória para a reserva.

Portanto, sem esta *repetição,* sem julgamentos reiterados — ou pelo menos reiterado por uma vez por parte do Alto Comando por ocasião da feitura da "Lista de Escolha", da *inexistência* de qualidade em um oficial general, não é possível, de acordo com o

dispositivo legal invocado, ser o mesmo transferido, *compulsoriamente,* para a reserva.

É o que declara, expressamente, a letra imperativa da lei. É o que diz a lei explicitamente com toda a clareza; é o pensamento e o desejo do legislador.

Lei inconstitucional

A Lei n.º 5.774, na parte em que estabelece a transferência compulsória de militares da ativa para a reserva é inconstitucional, violando o preceito constitucional que garante a plenitude das patentes.

No julgamento do RMS n.º 15.597, relator o eminente Ministro Luiz Gallotti, esse eg. Tribunal proclamou a incompatibilidade entre o Decreto-lei n.º 2.173, de 6.5.40, e o art. 182 da Constituição de 1946, valendo os argumentos aduzidos pelo ilustre relator, acompanhado pela unanimidade do Tribunal, como precedente de indiscutível adequação, para o caso dos autos.

Sustentou, com efeito, o eminente relator, depois de recordar as lições de Ruy Barbosa e Carlos Maximiliano, no sentido de que a garantia da plenitude da patente abrange o direito à efetividade (*RTJ,* 42/62):

"Eis, em síntese, no que consiste a chamada expulsória.

Será ela compatível com a Constituição?

Após o detido exame que a matéria reclamava por sua relevância, concluo que não.

Vimos o cuidado que teve o legislador, no dispor sobre a reforma dos oficiais filiados a partidos proibidos de funcionar por contários ao próprio regime vigente, assegurando-lhe, com expressa referência ao art. 182, § 2.º, da Constituição, prévia e ampla defesa e julgamento por Tribunal Militar de caráter permanente.

Ora, no caso, não se faculta ao oficial qualquer defesa prévia e apenas, já depois de indicado, recurso para o próprio Conselho dos Almirantes, que decidirá em definitivo.

Objetar-se-á que, com aquele rigor, nem a reforma compulsória pela idade poderia subsistir em face da Constituição.

Foi como argumentou o eminente Costa Manso, em acórdão referente a oficial da Força Pública do Paraná reformado após inquérito militar, acórdão proferido em face da Constituição de 1934 e onde prevaleceu, por maioria de votos, o entendimento de ser válida a reforma, porque a expressão "perda de posto e patente" usada no art. 165, § 1.º, equivale à palavra "demissão" e não a "reforma" (ficou vencido o saudoso Ministro Otávio Kelly, por considerar que "das expressões do legislador se conclui sem esforço que a proteção ao posto e patente não se limita ao amparo contra a perda, mas por igual contra a reforma").

Afirmou, então, Costa Manso, em defesa da sua interpretação (*AJ,* 47/485):

"Se tal interpretação não fosse adotada, teríamos de concluir que a Constituição aboliu até a reforma compulsória por limite de idade, variável em cada posto. Teríamos de aplicar aos oficiais nas Forças Armadas o preceito do art. 170, n.º 3, que fixou em 68 anos a idade de invalidez presumida dos funcionários públicos em geral, coisa que evidentemente não passou pelo espírito do legislador".

Ora, em primeiro lugar, o argumento teria menor força em face da Carta vigente, que, no art. 191, § 4.º, embora de referência aos funcionários públicos em geral, expressamente admite que a lei reduza os limites de idade para a compulsória, atendendo à natureza especial do serviço.

E, depois, além de ter sido, como se viu, sempre pacificamente admitida, entre nós e no estrangeiro, a reforma compulsória dos militares pela idade (invalidez presumida), reforma que, no dizer de Maximiliano, "afasta mecanicamente os velhos das fileiras" (*Comentários à Constituição.* 4. ed. 3/230), é ainda de ver que tal processo, por isso mesmo que mecânico, objetivo e impessoal, não deixa qualquer margem ao arbítrio ou

mesmo à discrição do Poder, ao contrário do que acontece no processo da "expulsória".

Não há, portanto, paralelo entre um e outro."

A fundamentação lúcida e persuasiva do voto acima reproduzido culmina com esse argumento impressionante, que se aplica perfeitamente ao caso dos autos:

"Um confronto, ainda, servirá a meu ver, a mostrar o acerto com que acredito ter solucionado o problema.

Em face da Constituição, um funcionário civil, apenas estável não poderá ser discricionariamente aposentado. Só em caso de extinção do cargo, ficaria em disponibilidade remunerada, até o seu aproveitamento obrigatório em outro cargo de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava (art. 189, parágrafo único).

Como admitir, então, que o oficial das Forças Armadas, declarado pela Constituição não apenas estável mas vitalício, possa ser discricionariamente transferido para a Reserva, como ocorre quando sofre a "expulsória"? (Não me refiro aqui a ato arbitrário, mas ao ato discricionário em seu próprio e verdadeiro sentido, pois não ponho em dúvida a elevação e a dignidade com que os Almirantes do meu País desempenham suas atribuições."

Como se vê, o eg. Tribunal não admite a perda da patente *por ato discricionário* da Administração. A ressalva do § 7.º do art. 94 da Constituição deve ser entendida em termos hábeis, isto é, conciliando-a, com o *caput* do dispositivo.

Se a lei pudesse estabelecer critérios discricionários para a transferência compulsória para a reserva, a proteção assegurada ao *caput* do dispositivo constitucional ficaria reduzida a uma fórmula meramente declamatória, vazia de conteúdo.

Ora, não pode haver critério mais discricionário que o da escolha. Basta, como sustenta o parecer em que se fundou o ato impugnado, a inclusão de um oficial, para provocar o afastamento dos que se lhe seguirem na escala ascendente de antiguidade, mesmo que, pela primeira vez, deixem de figurar na lista de acesso.

Ainda que se considere objetivo o critério da exclusão pela razão fixada na lei: deixar o oficial de entrar na lista de escolha pelo maior número de vezes, é forçoso admitir que a exclusão, mesma, resulta de motivos de ordem subjetiva.

Basta escolher, arbitrariamente, um oficial mais moderno para permitir a exclusão dos mais antigos. Não pode haver juízo mais discricionário que este em que se sacrifica a patente de um oficial pela simples eleição de um concorrente, mesmo que não se configurasse evidente abuso de poder, como no caso dos autos.

E, como se assinalou no precedente, os oficiais arrolados, aqui, como lá, não têm direito de defesa prévia, permitindo-se-lhes somente impugnar a medida depois de por ela atingidos.

Não bastasse o primeiro fundamento do pedido, colocado em primeiro lugar por parecer evidente aos impetrantes o absurdo da tese sustentada no parecer da douta Consultoria-Geral, o segundo seria suficiente, *d.v.*, para justificar a concessão da segurança.

III — *Considerações finais*

É mister ficar bem esclarecido, que nenhuma razão, nem nenhum motivo de ordem material, *especialmente de pecúnia*, levou os impetrantes a interpor o presente mandado de segurança.

A transferência dos impetrantes para a reserva, sob o ponto de vista material e pecuniário, lhes foi, grandemente, benéfica. Concedeu-lhes o direito de passar a receber os vencimentos correspondentes ao posto de Tenente-Brigadeiro — o último posto na hierarquia da FAB — e deu-lhes a possibilidade de empregar, com inteira liberdade de escolha, o seu tempo, inclusive, exercendo funções remuneradas, em empresas privadas.

No entanto, a decisão ilegal, em questão, encerra a carreira militar dos impetrantes, e impede que eles continuem a servir à sua Pátria — pela maneira que eles a têm servido, lealmente, com toda dedicação, destemor e honradez, dentro das suas aptidões comprovadas, e por mais de trinta anos ininterruptos de serviços prestados à FAB.

Portanto, o presente mandado de segurança tem por finalidade a defesa do *legítimo interesse moral* dos impetrantes, de não ser cortada abruptamente a sua carreira militar — quando ainda se encontram em pleno vigor físico, aptos ao desempenho das missões militares as mais arriscadas, com desejo imenso de continuar a servir com o maior desprendimento ao seu País e aos ideais e aos postulados da Revolução de março de 1964.

IV — *Em conclusão*

Em face do exposto, estando demonstrado, cabalmente, o direito líquido e certo que assiste aos requerentes de continuarem como oficiais generais do serviço ativo da Aeronáutica, direito líquido e certo este que está sendo violado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, vêm os requerentes, pela presente, *requerer mandado de segurança* para a defesa do seu mesmo direito.

Assim, requerem que — depois de distribuído o presente mandado — se digne o eminente Ministro-Relator mandar notificar a Excelentíssima autoridade coatora, a fim de prestar informações no prazo legal, prosseguindo-se no mais como de direito.

Como prova da violação do direito acima mencionado, os requerentes pedem se digne o ilustre Ministro Relator requisitar à Excelentíssima Autoridade Coatora, no próprio instrumento de notificação, cópia da Ata da Reunião do Alto Comando da Aeronáutica, realizada no dia 23.12.71.

Nestes termos. P. Deferimento. — a) João Pedro Gouvêa Vieira, OAB n.º 1.298. — Jorge Hilário Gouvêa Vieira, OAB n.º 15.293."

O pedido vem instruído com os documentos de fls. 23-49.

Pelo Exmo. Sr. Presidente da República foram prestadas as informações de fls. 55-76, instruídas com os documentos de fls. 78-163.

Por sua vez, a Procuradoria-Geral da República emitiu o seguinte parecer:

"1. Os Brigadeiros do Ar Márcio César Leal Coqueiro, Roberto Hippolyto da Costa, Carlos Affonso Dellamora e João Moreira Burnier impetram mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Presidente da República que os transferiu, compulsoriamente, para a reserva remunerada.

Salientam os impetrantes que, quando da reunião do Alto Comando da Aeronáutica, a 23.12.71, para a organização da "lista de escolha" para as promoções aos postos de brigadeiro, major brigadeiro e tenente brigadeiro, nesta não foram eles incluídos, e o foi o brigadeiro Mário Gino Francescutti, oficial *mais moderno* do que eles. Em vista disso, os impetrantes foram transferidos, compulsoriamente, para a reserva, como integrantes da quota compulsória referente ao ano de 1971.

Contra o ato que os transferiu para a reserva, alegam os impetrantes que houve violação a direito líquido e certo, porquanto:

a) foi infringido o disposto no art. 104, inc. II, alínea 2.ª, da Lei n.º 5.774/71, que estabelece que a indicação dos oficiais para integrarem a quota compulsória para a transferência para a reserva compreende os que

"2.ª — deixarem de integrar os Quadros de Acesso por merecimento ou Lista de Escolha, pelo maior número de vezes no posto, quando nelas tenha entrado oficial mais moderno"; e

b) em razão dessa infringência, foi violado também o art. 93 (os impetrantes, por evidente lapso, se referem ao 94) da Emenda Constitucional n.º I, o qual, depois de preceituar, no *caput*, que

"As patentes, com as vantagens, prerrogativas e deveres a elas inerentes, são asseguradas em toda a plenitude, assim aos oficiais da ativa e da reserva como os reformados", dispõe em seu § 7.º:

(A lei estabelecerá os limites de idade e outras condições de transferência para a inatividade).

Segundo os impetrantes, a violação ao art. 104, inc. II, alínea 2.ª, da Lei n.º 5.774/71, da qual, em conseqüência, decorreu, também o do § 7.º do art. 93 da Emenda Constitucional n.º 1, se deu em virtude do fato de que, embora nenhum outro oficial general, atualmente no posto de brigadeiro, *que não os impetrantes,* tenha deixado de integrar uma lista de escolha, sendo ultrapassado por oficial mais moderno que a ela teve acesso, essa circunstância ocorreu com os impetrantes *uma única vez,* e, como uma só vez é sempre o menor número de vezes, foi desrespeitada aquela alínea 2.ª que determina que integrem a quota compulsória para a transferência para a reserva os oficiais que deixarem de integrar a lista de escolha, pelo *maior número de vezes* no posto, quando nelas tenha entrado oficial mais moderno.

Em reforço dessa tese, os impetrantes anexam à inicial parecer do Padre Francisco Leme Lopes, Decano do Centro de Teologia e Ciências Humanas da PUC e membro do Conselho Estadual de Educação da Guanabara, onde, em síntese conclusiva, se sustenta:

"*nenhuma vez* não pode ser considerado o *menor número de vezes,* o *menor* número de vezes exige necessariamente que o ato tenha sido praticado pelo menos *uma vez;* o *maior número de vezes,* mesmo sendo uma comparação, exige que o ato tenha sido praticado pelo menos *duas vezes.* Realmente, *uma vez* é o menor número possível de vezes, pois zero vezes ou nenhuma vez não pode ser tomado como termo de comparação em número de vezes. Na linguagem de alguns, zero é número "não significativo".

Finalmente, argúem os impetrantes a inconstitucionalidade da Lei n.º 5.774, na parte em que estabelece a transferência compulsória de militares da ativa para a reserva, pois entendem eles que nela se viola o preceito constitucional que garante a plenitude das patentes. Invocam, em favor dessa opinião, voto do eminente Ministro Luiz Gallotti, por ocasião do julgamento do RMS n.º 15.597, onde se tratou da inconstitucionalidade do Decreto-lei n.º 2.173, de 6.5.40, em face do art. 182 da Constituição de 1946.

Às fls. 55 e seguintes, encontram-se as exaustivas informações prestadas pelo Exmo. Sr. Presidente da República, as quais assim concluem:

"Em face do exposto, parece-nos, *data venia,* que:

a) não tendo os impetrantes demonstrado a existência de direito líquido e certo, que se não confunde com a mera defesa de uma interpretação diversa da que fora dada à lei e ao fato sobre que se incidiu; e a ilegalidade ou abuso de poder, há falta de pressupostos essenciais para vingar o mandado de segurança (n.ºs 4 a 24 retro);

b) no mérito, a primeira alegação de que (1) *um* não é maior que *zero* (0), não tem procedência, de vez que sua admissão importaria em subverter a verdade lógica e matemática; contrariar a gramática e o texto expresso da lei, além de romper com a sistemática exegese administrativa no seio das três Forças Armadas (n.ºs 25 a 42);

c) ainda, no mérito, a segunda alegação de inconstitucionalidade da Lei n.º 5.774/71 também se apresenta inane, em face do permissivo constitucional do § 7.º do art. 93, que autoriza o estabelecimento de condições para a transferência à reserva remunerada, entre os quais se inclui a da quota compulsória (n.ºs 43 a 69);

d) as considerações do voto do eminente Ministro Relator no RMS n.º 15.597, em

que pretendem se apoiar, tinham em vista a situação em face da Constituição de 1946, que, neste ponto, era diversa da atual Constituição Federal, cujo art. 93, § 7.º, autoriza a lei a estabelecer condições para a transferência para a reserva, como, aliás, implicitamente admitiu o mesmo STF nos MS n.º 18.978 — DF e n.º 19.096 — DF (n.ºs 43 a 60).

Desse modo, verifica-se que:

a) foram legítimos e absolutamente legais os atos impugnados;

b) não houve ilegalidade ou abuso de poder por parte de qualquer autoridade do Poder Executivo;

c) não têm a menor procedência as alegações dos impetrantes;

d) em conseqüência, é de se repelir o mandado de segurança, num ato de perfeita justiça" (fls. 75-6).

3. Exposta a questão em todos os seus termos, inverteremos a ordem das alegações dos impetrantes, para enfrentarmos, em primeiro lugar, a questão da inconstitucionalidade parcial da Lei n.º 5.774, e, depois, a da violação do art. 104, inc. II, alínea 2.ª, do referido Diploma Legal.

4. É de todo improcedente a alegação da inconstitucionalidade do art. 104 da Lei n.º 5.774/71.

De feito, a Emenda Constitucional n.º 1 (em textos que repetem as normas do art. 94, *caput* e § 7.º, da Constituição de 1967), após acentuar no *caput* do art. 93 que:

"As patentes, com as vantagens, prerrogativas e deveres a elas inerentes, *são asseguradas em toda plenitude, assim aos oficiais da ativa e da reserva* como os reformados", dispõe no § 7.º que:

"A *lei estabelecerá* os limites de idade e outras condições de transferência para a inatividade."

Assim, ajusta-se, perfeitamente, à Constituição a norma legal — como sucede com o art. 104 da Lei n.º 5.774/71 — que estabelece *condições objetivas* e gerais para a transferência de oficiais para a inatividade, mediante inclusão em cota compulsória, até porque, com isso, não fere o disposto no *caput* do citado art. 93, já que não retira aos oficiais transferidos para a reserva as vantagens, prerrogativas e deveres inerentes às suas patentes.

Por isso mesmo, nas diferentes vezes em que esse Colendo Supremo Tribunal Federal — já sob o império da Constituição de 1967 — apreciou questões relativas à inclusão de oficial na quota compulsória (assim, a título de exemplo, nos MS n.ºs 18.978 e 19.096, publicados na *RTJ*, 49/308 e 49/238 e em que foram relatores, respectivamente, os Exmos. Srs. Ministros Barros Monteiro e Djaci Falcão), nenhuma dúvida teve sobre sua constitucionalidade.

Por outro lado, o acórdão — que é anterior aos acima referidos — ora invocado pelos impetrantes para sustentar essa pretensa inconstitucionalidade, não se presta, de forma alguma, ao fim a que eles visam, pois, além de basear-se na Constituição de 1946 (*na qual não havia texto correspondente ao § 7.º do art. 93 da Emenda Constitucional n.º 1*), diz respeito à hipótese que não apresenta identidade de razão com a *sub judice*.

5. Ultrapassada, pois, a questão da inconstitucionalidade da Lei n.º 5.774/71, no tocante à cota compulsória de transferência para a reserva, resta examinar o fundamento em que, precipuamente, se baseiam os impetrantes, e que se refere à pretendida violação do disposto no art. 104, II, *d*, 2.ª prioridade.

Reza o citado artigo, na parte que interessa ao caso:

"Art. 104. A indicação dos oficiais para integrarem a quota compulsória obedecerá às seguintes prescrições:

I — inicialmente serão apreciados os requerimentos apresentados pelos oficiais da ativa que, contando mais de 20 (vinte) anos de tempo de efetivo serviço, requererem sua inclusão na cota compulsória, dando-se atendimento, por prioridade em cada posto, aos mais idosos;

II — se o número de oficiais voluntários na forma do item I não atingir o total de vagas da cota fixada em cada posto, esse total será completado, *ex officio,* pelos oficiais que:

a) contarem, no mínimo, como tempo de efetivo serviço:

I — 30 (trinta) anos, se Oficial-General;

II — 28 (vinte e oito) anos, se Capitão-de-Mar-e-Guerra ou Coronel;

III — 25 (vinte e cinco) anos, se Capitão-de-Fragata ou Tenente Coronel; e

IV — 20 (vinte) anos, se Capitão-de-Corveta ou Major;

b) possuírem interstício para promoção quando for o caso;

c) integrarem as faixas dos que concorrem à constituição dos Quadros de Acesso por antiguidade ou merecimento e de Lista de Escolha; e

d) satisfeitas as 3 (três) condições das letras *a, b* e *c* e na seguinte ordem de prioridade:

1.ª) não possuírem as condições regulamentares para a promoção, ressalvada a incapacidade física até 6 (seis) meses contínuos ou 12 (doze) meses descontínuos.

Dentre eles, os de menor merecimento, a ser apreciado pelo órgão competente da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Em igualdade de merecimento, os de mais idade e, em caso de mesma idade, os mais modernos;

2.ª) deixarem de integrar os Quadros de Acesso por merecimento ou Lista de Escolha, pelo maior número de vezes no posto, quando neles tenha entrado oficial mais moderno. Em igualdade de condições, os de menor merecimento a ser apreciado pelo órgão competente da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Em igualdade de merecimento, os de mais idade, e, em caso de mesma idade, os mais modernos; e

3.ª) forem os de mais idade, e, no caso de mesma idade, os mais modernos.

Não negam os impetrantes que, na hipótese, a quota compulsória deveria ser completada *ex officio;* que todos eles tinham mais de 30 anos de serviço, possuíam interstício para promoção, e integravam as faixas dos que concorriam à constituição de Lista de Escolha; e que, não havendo oficial que se enquadrasse na 1.ª prioridade, dever-se-ia passar à segunda, para a escolha dos nomes que integrariam a cota compulsória. Também não negam eles que, com relação aos requisitos para incidir na 2.ª prioridade, deixaram de integrar a Lista de Escolha, nela tendo entrado oficial mais moderno, e que nenhum outro oficial General, no posto de Brigadeiro, naquela época, deixara de integrar uma "Lista de Escolha", nela tendo ingressado oficial mais moderno.

Pretendem, porém, os impetrantes que eles não se enquadrariam na segunda prioridade — e se deveria, portanto, ter passado à terceira —, pois somente estão compreendidos naquela os oficiais que deixarem de integrar a Lista de Escolha, *pelo maior número de vezes no posto.* Ora, como só deixaram eles de, nessa situação, ingressar na Lista de Escolha *uma vez,* não se verificou o requisito *pelo maior número de vezes,* porquanto *uma vez* é, sempre, o menor número de vezes já que zero vezes não é número algum de vezes.

A argumentação dos impetrantes é, com a devida vênia, meramente sofística.

Ainda que prevalecesse a interpretação rigidamente literal, o sofisma se evidenciaria pelo fato de que, para se chegar à conclusão dos impetrantes, seria mister que fosse incontroversa — e não o é — a premissa de que, não sendo zero número natural, zero

e um são elementos heterogêneos, e, portanto, não podem ser comparados para o efeito de se estabelecer que zero é menor do que um. Muitos matemáticos há que consideram que zero e um são números naturais, e que, em conseqüência, zero é menor do que um.

Mais, ainda. Pode discutir-se se zero é, ou não, número natural; ninguém discute, porém, que zero seja número inteiro. Ora, se a progressão dos números inteiros começa em zero, passando a um, a dois, e, assim, por diante, é evidente que zero é menos do que um, ou, inversamente, que um é mais do que zero. É por isso que, na escala dos graus, zero graus é menos do que um grau positivo. O erro em que incidem os impetrantes é sinonimizar, em se tratando de números de vezes, zero a nada. Zero é número, ao passo que nada não o é.

Em direito, porém, interpretação literal se sobrepõe a lógica, e assim, se houvesse dúvida sobre se zero vezes é menor número de vezes do que uma vez, caberia a esta modalidade de interpretação fixar o verdadeiro sentido da norma. E, no caso, a interpretação lógica vem corroborar o que já a interpretação literal evidenciara: a 2.ª prioridade se aplica a quem, por uma vez, foi ultrapassado, na Lista de Escolha, por oficial mais moderno, se todos os demais oficiais que concorriam a acesso nela não sofreram, vez alguma, essa ultrapassagem.

Do exame sistemático das prioridades 2.ª e 3.ª, vê-se que só se passa daquela para esta, se, entre os oficiais que tiverem de ser escolhidos para integrar a cota, nenhum deles houver sofrido ultrapassagem. Se tiver esta ocorrido, a prioridade a aplicar-se é a 2.ª, excluindo-se os não ultrapassados e apurando-se, dentre os ultrapassados quais o foram pelo maior número de vezes. Estes integrarão a quota, e se seu número for superior ao necessário para completá-la, o próprio texto da segunda prioridade dá o critério de escolha entre eles: "em igualdade de condições os de menor merecimento a ser apreciado pelo órgão competente da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Em igualdade de merecimento, os de mais idade, e, em caso de mesma idade, os mais modernos". Esse critério de escolha leva em consideração, primeiro, o merecimento, e, apenas subsidiariamente, a idade e a modernidade, ao contrário do que ocorre com a 3.ª prioridade, em que, como não há ultrapassagem — e, portanto, não houve, para ninguém, essa *capitis diminutio* — não se leva em conta o merecimento, mas apenas os critérios da idade e da modernidade.

Portanto, a premissa da aplicação da 2.ª prioridade não é, como pretendem os impetrantes, *o maior número de vezes de ultrapassagem*, mas, sim, que haja ultrapassagem. O maior número de vezes de ultrapassagem já é critério para selecionar, e essa seleção se faz pela seguinte ordem de critérios: 1.º) o maior número de vezes da ultrapassagem; 2.º) se os que tiverem igualmente esse maior número de vezes de ultrapassagem forem em quantidade superior à necessária para completar a cota compulsória, usa-se do critério de seleção pelo menor merecimento; em igualdade de merecimento, serão escolhidos os de mais idade, e, em caso de mesma idade, os mais modernos.

Dessa forma, o maior número de vezes é o primeiro critério seletivo entre os que foram ultrapassados, e que só se aplica se houver desigualdade de número de ultrapassagens. Se não houver, há que se utilizar dos demais critérios para diferençar a situação dos que estão em igualdade.

A tese dos impetrantes levaria ao absurdo de, havendo oficiais que nunca foram ultrapassados e oficiais que o foram uma só vez, serem todos igualados, para o efeito de se lhes aplicarem os critérios objetivos da 3.ª prioridade, o que poderia importar na transferência para a reserva de oficial que, embora nunca tivesse sido ultrapassado por outro mais moderno, fosse mais idoso (critério da 3.ª prioridade) do que colega seu que já sofrera a ultrapassagem por uma

vez. Nesse caso, igualar-se-iam elementos heterogêneos, para comparação.

A inclusão dos impetrantes na quota compulsória observou, portanto, a lei. Como se faz nas Forças Armadas em geral — e as informações o atestam —, ao determinar quem integraria a cota compulsória, verificou o Estado Maior da Aeronáutica que, não havendo oficial que incidisse na 1.ª prioridade, havia, contudo, o preenchimento da premissa da 2.ª: a existência de oficiais que sofreram ultrapassagem. Verificou, ainda, que, quanto à ultrapassagem, todos estavam em situação idêntica. E como o número desses oficiais não era superior ao necessário para integrar a quota compulsória, não precisou sequer passar aos outros critérios para estabelecer quem entraria na quota, e quem nela não ingressaria.

6. Em face do exposto, e demonstrado como ficou que, no caso, a inclusão dos impetrantes na quota compulsória se fez com a estrita observância do disposto na lei, impõe-se a denegação da segurança.

Brasília, 16 de novembro de 1972. *José Carlos Moreira Alves,* Procurador-Geral da República" (fls. 165-75).

VOTO

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator): O presente mandado de segurança assenta em dois fundamentos: um de ordem constitucional e outro de caráter puramente legal.

Ao ver dos suplicantes o dispositivo em que se baseou o ato impugnado, ou seja o art. 104 da Lei n.º 5.774, de 23.12.71 (Estatuto dos Militares), ao estabelecer a quota compulsória como decorrência da Lista de Escolha, que assenta em critério de natureza subjetiva, e não objetiva e impessoal, viola o princípio da intangibilidade da patente militar, expresso no art. 93, *caput,* da Carta Política em vigor.

Por força do malsinado processo, os oficiais são incluídos na quota compulsória e, via de conseqüência, transferidos para a reserva, de modo discricionário, sem que sejam ouvidos previamente, nem tampouco tomem conhecimento dos motivos da sua exclusão.

Para o devido exame da argüição, convém assinalar que os requerentes do *writ,* Brigadeiros do Ar, forma transferidos para a reserva remunerada por terem sido incluídos na quota compulsória do ano de 1971, *ex vi* do disposto no art. 104, inc. II, alínea *d,* 2.ª prioridade, da citada Lei n.º 5.774.

A transferência para a reserva remunerada efetua-se também *ex officio* quando o oficial for abrangido pelo quota compulsória (art. 100, inc. II, c/c o art. 102, inc. VI). Esta, segundo dispõe o art. 103 da Lei n.º 5.774, "é destinada à renovação, ao equilíbrio e à regularidade de acesso nos diferentes Corpos, Quadros, Armas ou Serviços, assegurando, anual e obrigatoriamente, um mínimo de vagas para promoção, nas proporções abaixo indicadas, sempre que tal mínimo não tenha sido alcançado com as vagas ocorridas durante o ano considerado ano-base".

Tratando-se de Contra-Almirantes, Generais-de-Brigada e Brigadeiros a proporção é de 1/4 dos respectivos Quadros (art. 103, inc. III).

Ainda em torno da quota compulsória estabelece o Estatuto dos Militares:

"Art. 104. A indicação dos oficiais para integrarem a quota compulsória obedecerá às seguintes prescrições:

I — inicialmente serão apreciados os requerimentos apresentados pelos oficiais da ativa que, contando mais de 20 (vinte) anos de tempo de efetivo serviço, requereram sua inclusão na cota compulsória, dando-se atendimento, por prioridade em cada posto, aos mais idosos;

II — se o número de oficiais voluntários na forma do item I não atingir o total de vagas da cota fixada em cada posto, esse total será completado, *ex officio,* pelos oficiais que:

a) contarem, no mínimo, como tempo de efetivo serviço:

I — 30 (trinta) anos, se Oficial General;

II — 28 (vinte e oito) anos, se Capitão-de-Mar-e-Guerra ou Coronel;

III — 25 (vinte e cinco) anos, se Capitão-de-Fragata ou Tenente-Coronel; e

IV — 20 (vinte) anos, se Capitão-de-Corveta ou Major;

b) possuírem interstício para promoção, quando for o caso;

c) integrarem as faixas dos que concorrem à constituição dos Quadros de Acesso por antiguidade ou merecimento e de Lista de Escolha; e

d) satisfeitas as 3 (três) condições das letras *a*, *b* e *c* na seguinte ordem de prioridade:

1.º) não possuírem as condições regulamentares para a promoção, ressalvada a incapacidade física até 6 (seis) meses contínuos ou 12 (doze) meses descontínuos. Dentre eles os de menor merecimento a ser apreciado pelo órgão competente da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Em igualdade de merecimento, os de mais idade e, em caso de mesma idade, os mais modernos;

2.º) deixarem de integrar os Quadros de acesso por merecimento ou Lista de Escolha, pelo maior número de vezes no posto, quando nelas tenha entrado oficial mais moderno. Em igualdade de condições, os de melhor merecimento a ser apreciado pelo órgão competente da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Em igualdade de merecimento, os de mais idade, e, em caso de mesma idade, os mais modernos; e

3.º) forem os de mais idade, e, no caso da mesma idade, os mais modernos."

A mue ver, as regras que disciplinam a chamada quota compulsória não afrontam o princípio de garantia das patentes inserido no art. 93, *caput*, da Constituição Federal, que guarda o seguinte teor:

"As patentes, com as vantagens, prerrogativas e deveres a elas inerentes, são asseguradas em toda a plenitude assim aos oficiais da ativa e da reserva como aos reformados."

O princípio visa, não há dúvida, resguardar as patentes, com todas as vantagens, prerrogativas e deveres estabelecidos em lei, de atos abusivos ou ilegais. À semelhança das Constituições de 1934 (art. 165) e 1946 (art. 182) a de 1967 (art. 94, hoje 93, após a Emenda Constitucional n.º 1, de 17.10.69) contemplou explicitamente aos oficiais da da ativa, da reserva e aos reformados. Isso não ocorria na Constituição de 1891, que se referia às patentes, postos e cargos inamovíveis (art. 74). De modo a suscitar dúvidas quanto à sua extensão aos oficiais da reserva e reformados. Outrossim, não se deve olvidar o acréscimo inserto no § 7.º do art. 93, da vigente Constituição:

"A lei estabelecerá os limites de idade e outras condições de transferência para a inatividade."

Ao que se vê, ficou reservado ao legislador ordinário estabelecer a idade e outros pressupostos de transferência para a inatividade. Dessarte, e tendo em vista que o art. 104 da Lei n.º 5.774, institui condições objetivas e gerais para a operação de transferência de oficiais para a inatividade, por meio da inclusão em quota compulsória, não vejo como se possa falar em ilegitimidade do invocado preceito diante do princípio constitucional de garantia das patentes. Portanto, ao estabelecer que integrarão a quota compulsória os oficiais que, satisfazendo as condições das letras *a*, *b* e *c*, do inc. II, do art. 104, "deixarem de integrar os Quadros de Acesso por merecimento ou Lista de Escolha, pelo maior número de vezes no posto, quando neles tenha entrado oficial mais moderno", inseriu o legislador um critério objetivo e de caráter geral. A sua preocupação foi, por certo, selecionar oficiais para compor a "Lista de Escolha" a ser submetida ao Presidente da República,

toda vez que ocorrer vaga, e, por outro lado, através de um critério objetivo possibilitar o rejuvenescimento dos quadros das Forças Armadas (art. 104). Se há injustiça na seleção dos que integram a "Lista de Escolha", com reflexo na indicação de oficiais para a quota compulsória, alcançando oficiais que pelo seu valor profissional ainda poderiam prestar relevantes serviços, isso constitui fato a ser atribuído às deficiências humanas, e não às condições enumeradas no art. 104 da Lei n.º 5.774. Ademais, aos oficiais incluídos na cota compulsória é assegurado o direito de recurso (art. 106). Ademais, é de ver que nos casos dos §§ 2.º e 3.º, do art. 93, da Lei Magna, cuida-se da perda do posto e da patente, em virtude de sanções. Disso não se trata no caso presente. Deflui de todo o exposto o raciocínio de que a indicação para integrar a quota compulsória de oficiais a serem transferidos *ex officio* para a reserva remunerada não implica qualquer restrição às vantagens e prerrogativas inerentes à sua patente. Aliás, a garantia constitucional é assegurada também aos oficiais da reserva.

Afigura-se-me ainda oportuno esclarecer que não se identificam o caso objeto do MS n.º 15.597 — PI, relatado pelo eminente Ministro Luiz Gallotti, e o que ora julgamos. Naquele, tratava-se de transferência compulsória para a reserva remunerada, decorrente, sobretudo, da apreciação do requisito de idoneidade moral, a gerar incompatibilidade para o oficialato. É o que espelha a ementa do acórdão local, *verbis*:

O oficial da Polícia Militar do Piauí, que não satisfizer as exigências constantes da Lei de Promoções para o acesso ao posto imediato, deve ser transferido para a Reserva Remunerada.

Para ser o oficial promovido ao posto imediato, é indispensável que possua ele, entre outros requisitos, o de ser portador de idoneidade moral, consistente na fato de não haver sofrido punição por ato atentatório à dignidade militar, ficou deferida à Comissão de Promoções e interpretação de que seja tal ato.

Não destoa da legítima interpretação do que seja punição por ato atentatório à dignidade militar considerar-se inapto para a promoção o oficial que tenha, na sua folha de serviços, diversas punições, inclusive uma condenação a oito meses de detenção, por haver dirigido carta profundamente desrespeitosa e injuriosa ao seu Comandante-Geral.

Mandado de segurança, denegado, à falta de amparo legal" (*RTJ*, 42/59).

Entendeu o acórdão desta Corte, reformando a decisão do Tribunal de Justiça do Piauí, que havia violação do princípio da garantia da patente, em que se compreende o direito à efetividade (art. 182, da Constituição Federal de 1946). E na sua ementa ficou bem explícito:

"Admite-se como constitucional a transferência compulsória para a Reserva, por critérios objetivos e impessoais, que não deixam margem a arbítrio ou mesmo à discrição do Poder, como é o caso, por exemplo, da idade limite.

Por indignidade ou incompatibilidade para o oficialato, a transferência para a Reserva depende, em tempo de paz, de decisão proferida por Tribunal Militar de caráter permanente.

Nos estados que não tenham Tribunal Militar de segunda instância, o Tribunal de caráter permanente, a que alude o § 2.º do art. 182 da Constituição de 1946, poderia ser o de Justiça (v. art. 124, n.º XII)" (*RTJ*, 42/58).

Além de inexistir uma identidade de situação entre aquele e o caso presente, é de se ressaltar que no primeiro foi considerado o Decreto-lei n.º 2.173, de 6.5.40, que, embora semelhante, não se identifica totalmente com a Lei n.º 5.774, de 23.12.71. E, por último, conforme já ficou assinalado, na Carta Política de 1946, não havia disposição permissiva da fixação, por lei, dos limites de idade e de outras condições de

transferência para a inatividade, como ocorre a partir da vigência da Constituição de 1967 (art. 94, § 7.º, hoje art. 93, § 7.º, após a Emenda Constitucional n.º 1).

Concluindo, a transferência para a reserva remunerada por força da cota compulsória, nos termos da Lei n.º 5.774, não se apresenta discricionária, porquanto assenta em normas em que se inserem condições objetivas e gerais. Portanto, em harmonia com os ditames da Lei Magna (art. 93 e seu § 7.º).

Quanto ao fundamento de que houve vulneração da regra expressa no art. 104, II, detra *d*, 2.ª prioridade, também não me parece procedente. Conforme essas disposições e o número de oficiais que hajam requerido a sua inclusão na quota compulsória não tingir o total de vagas da quota fixada em cada posto, esse total será completado, *ex officio*, pelos oficiais que, preenchendo os requisitos de tempo de serviço, de interstício para promoção e de concorrência à constituição de Lista de Escolha, "deixarem de integrar os Quadros de Acesso por merecimento ou Lista de Escolha, pelo maior número de vezes no posto, quando neles tenha entrado oficial mais moderno".

Os próprios impetrantes, ultrapassada a alegação de inconstitucionalidade, reconhecem que, na espécie, a quota compulsória deveria ser completada de ofício. Discordam, porém, da interpretação dada pela autoridade apontada como coatora à 2.ª prioridade, estabelecida no invocado art. 104. Entendem que, quando o legislador disse que devem integrar a quota compulsória os oficiais que deixarem de figurar na Lista de Escolha, pelo maior número de vezes no posto, quis realmente referir-se a mais de uma vez, à repetição, pelo menos, por uma vez. Isso porque uma única vez é sempre o menor número de vezes, já que zero vezes não é número algum de vezes. Enfim, uma única vez não equivale ao maior número de vezes. Invocam, em prol dessa compreensão um parecer do Padre Francisco Leme Lopes, Decano do Centro de Teologia e Ciências Humanas da PUC do Rio de Janeiro (fls. 46-47). Assim sendo, desde que deixaram de integrar por uma única vez a Lista de Escolha não poderiam ser transferidos compulsoriamente para a reserva remunerada. Acrescentam que essa é também a interpretação que se compadece como espírito da lei, pois esta não quis a exclusão compulsória do serviço ativo das Forças Armadas, de um oficial que por uma só vez deixou de integrar a Lista de Escolha.

Na minha vida de juiz jamais me apeguei a interpretação rigidamente literal. A exegese mediante o processo simplesmente filológico contradiz, às vezes, o espírito da norma legal, por falta de bom conhecimento da língua, e até por mero engano de redação. Por isso, cabe ao hermeneuta conciliar a letra e o espírito da lei. Sem sectarismo metodológico, volto sempre o meu raciocínio para o seu sentido finalístico.

Dentro dessa concepção é que a mim não seduz a medição gramatical do sentido das palavras, ainda que efetuada pelo mais erudito filólogo. No plano de uma interpretação comum, não se pode negar que zero é menor do que um. Com acerto frisou o Prof. Moreira Alves, em seu douto parecer: "... para se chegar à conclusão dos impetrantes, seria mister que fosse incontroversa — e não o é — a premissa de que, não sendo zero número natural, zero e um são elementos heterogêneos, e, portanto, não podem ser comparados para o efeito de se estabelecer que zero é menor do que um. Muitos matemáticos há que consideram que zero e um são números naturais, e que, em conseqüência, zero é menor do que um.

Mais, ainda. Pode discutir-se se zero é, ou não, número natural; ninguém discute, porém, que zero seja número inteiro. Ora, se a progressão dos números inteiros começa em zero, passando a um, a dois, e, assim, por diante, é evidente que zero é menos do que um, ou, inversamente, que um é mais do que zero. É por isso que, na escala

dos graus, zero graus é menos do que um grau positivo. O erro em que incidem os impetrantes é sinonimizar, em se tratando de número de vezes, zero a nada. Zero é número, ao passo que nada não o é" (fls. 173).

Mas, passando ao processo lógico de interpretação, verifico que a disposição inserta na 2.ª prioridade jamais foi violada. Refere-se a regra aos oficiais que na situação prevista no art. 104, II, letra *d*, da Lei n.º 5.774, por vezes citada, "deixarem de integrar os Quadros de Acesso por merecimento ou Lista de Escolha, pelo maior número de vezes no posto, quando neles tenha entrado oficial mais moderno. Em igualdade de condições, os de menor merecimento a ser apreciado pelo órgão competente da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Em igualdade de merecimento, os de mais idade, e, em caso de mesma idade, os mais modernos".

Aí, não padece dúvida, quis o legislador abranger àquele que, por uma vez, foi ultrapassado na Lista de Escolha, por oficial mais moderno, desde que outros oficiais concorrentes ao acesso não hajam sofrido, vez alguma, tal ultrapassagem. Se vários são os oficiais ultrapassados, apura-se quais os que o foram pelo maior número de vezes, para que integrem a quota compulsória. Daí, a razão de ser da locução "pelo maior número de vezes no posto". O legislador ou quem o inspirou poderia ter sido mais explícito, distinguindo as hipóteses com maior clareza. Mas, nem por isso o intérprete chega a ficar tolhido do exato alcance da norma. Aliás, o restante do texto ajuda ao raciocínio do intérprete. Assim, se o número de oficiais ultrapassados for superior ao fixado para a quota compulsória e se ocorre igualdade de condições entre os ultrapassados (se deixaram de integrar a lista de escolha pelo mesmo número de vezes), passa a figurar na quota o oficial de menor merecimento; em igualdade de merecimento os mais idosos, e, em caso de mesma idade, os mais modernos.

Dessarte, o maior número de vezes constitui critério de seleção a ser aplicado entre os que foram ultrapassados e se houver desigualdade do número de ultrapassagem.

O raciocínio desenvolvido pelos impetrantes, de que para integrar a quota compulsória não basta deixar de figurar na Lista de Escolha por uma vez, conduz inclusive a um tratamento igual entre desiguais, não autorizado pelo texto legal. É que os oficiais que nunca foram ultrapassados e aqueles que o foram por uma única vez, em pé de igualdade, ficariam sujeitos aos critérios estabelecidos pela 3.ª prioridade, segundo a qual, não havendo ultrapassagem, integrarão a quota compulsória os oficiais "de mais idade, e, no caso de mais idade, os mais modernos". A adoção dessa inteligência poderá conduzir ao absurdo divisado pelo Prof. Moreira Alves, isto é, a "transferência para a reserva de oficial que, embora nunca tivesse sido ultrapassado por outro mais moderno, fosse mais idoso (critério da 3.ª prioridade) do que colega seu que já sofreu a ultrapassagem por uma vez" (fls. 174-5).

A inclusão dos impetrantes na quota compulsória não importou em postergar a Constituição, nem tampouco a lei ordinária.

Com estas considerações, tenho como expungido de dúvida o exato espírito das normas sob exame, as quais não padecem do vício de inconstitucionalidade e foram aplicadas dentro dos seus limites. Vale acentuar, se houve injustiça na formação da Lista de Escolha, cuida-se da questão que não se insere no princípio de legalidade, da essência do mandado de segurança.

Ex positis, indefiro o pedido.

VOTO

O Sr. Ministro Rodrigues Alckmin: O Estatuto dos Militares (Lei n.º 5.774, de 1971), ao criar uma "quota compulsória" para a passagem à reserva remunerada, visa à renovação, ao equilíbrio e à regularidade

do acesso nos diferentes Quadros, Corpos, Armas ou Serviços, assegurando, anual e obrigatoriamente, um mínimo de vagas para promoção.

E ao prover sobre a necessária abertura de vaga em número previsto, estabeleceu, como sujeitos à transferência para a reserva, no art. 104, *d*, 2.º, os oficiais que "deixarem de integrar os Quadros de Acesso por merecimento ou Lista de Escolha, pelo maior número de vezes no posto, quando nelas tenha entrado oficial mais moderno".

Os impetrantes, em resumo, consideram tal dispositivo ofensivo a texto constitucional, além de mal aplicado ao caso deles.

Não vejo, entretanto, ofensa a texto constitucional. O art. 93 da Constituição Federal diz que "as patentes, com as vantagens, prerrogativas e deveres a elas inerentes, são asseguradas, em toda a plenitude, assim aos oficiais da ativa e da reserva como aos reformados".

E acrescenta, no § 7.º, que a "lei estabelecerá os limites de idade e *outras condições* de transferência para a inatividade".

Ora, a mim se me afigura indisputável que a patente (que o velho Thomaz Alves, em seu *Direito Militar*, conceituava como o título do posto no Exército), assegurada em plenitude ao oficial da ativa, da reserva ou ao reformado, em nada tem vulnerada a sua plenitude com a passagem para a reserva, diante do atual texto da Constituição.

A questão se põe, assim, em saber se o critério adotado para a quota compulsória viola algum texto constitucional. Ora, o próprio texto da Constituição atual comete, à lei ordinária, estabelecer condições para a transferência para a inatividade. Haverá restrição, imposta em texto constitucional, a que deva, essa lei ordinária, obedecer?

Pretende-se que a plenitude com que se asseguram as prerrogativas e vantagens das patentes excluiria a ampla liberdade da legislação ordinária. Mas se tais prerrogativas e vantagens se asseguram igualmente aos da reserva; e se o § 7.º permite se fixem casos de passagens à inatividade, além do relativo à idade, não é nesse texto constitucional que se pode encontrar limite à legislação ordinária.

E não vejo qualquer texto constitucional que torne ilegítimo o critério. Não há falar em direito de defesa, pois não se trata, obviamente, de punição.

Alega-se, também, que o critério seria arbitrário, posto que deveria decorrer de dados objetivos. Mas é inegável que a apuração que se faz nos termos do art. 104, II, *d*, da Lei n.º 5.774/71 é objetiva. Aliás, o que os impetrantes ponderam é que, pelo ingresso de oficial mais moderno, ao nuto de autoridades encarregadas da indicação, no Quadro de Acesso ou na Lista de Escolha, poderiam elas forçar a passagem à reserva, a outros oficiais. Mas o de que se cuidaria, aqui (suposto o ingresso de oficial mais moderno tivesse essa finalidade precípua de visar, tão-somente, a afastar outros oficiais), não seria a inconstitucionalidade da lei, mas desvio possível de sua finalidade, desvio que somente em ação ordinária, de amplo quadro probatório, se poderia examinar. Não, nos estreitos limites do mandado de segurança.

A lei não será, porém, inconstitucional, pela aplicação normal de sua regra de compulsoriedade, porque adota critério que se me afigura objetivo. E quanto à indicação de oficiais para o acesso, impossível seria excluir, de todo, a subjetiva apreciação dos valores estipulados para tal fim.

O segundo fundamento, referente à interpretação da própria lei, também é improcedente. Não encontra óbice a que se considere que um representa mais que zero, em linguagem corrente. O legislador, salvo quando usa termos de seu ofício, não está adstrito à técnica ou terminologia de outras ciências (v. Pacchioni, *DC*, it., I, 107, nota) e se utiliza da linguagem corrente. No caso, expressou o que desejava, diante da necessidade de obter as reclamadas vagas.

O critério da lei ordinária será, ou não, o melhor. A apreciação escapa ao Poder Judiciário. Tenho que não é, porém, inconstitucional. E por esses motivos, denego a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Sr. Presidente, é possível que o legislador, ao instituir esse critério de prioridade, que se discute e reside na ultrapassagem do oficial por outro mais moderno, por maior número de vezes, haja imaginado hipóteses em que os concorrentes tivessem sido ultrapassados duas, três, quatro vezes, e talvez não imaginasse hipótese, como a dos autos, em que os concorrentes eram, alguns, oficiais ultrapassados uma só vez, e os demais, oficiais que não haviam sido ultrapassados nenhuma vez.

Mas, o fato de que o legislador talvez não haja imaginado esta hipótese, tira a essa regra a adequadação para o caso?

Evidentemente não, como, a meu ver, deixaram cabalmente demonstrado os votos dos eminentes Ministros Relator e Rodrigues Alckmin.

Há, porém, um dado a mais, que gostaria de acentuar, no tocante à legalidade do ato impugnado.

Nas normas que se contêm na questionada lei de inatividade dos militares, até mesmo na vizinhança daquela que aqui se discute, instituiu-se, também, o fato de o oficial não figurar na lista de escolha, como determinador da sua transferência *ex officio* para a reserva (art. 102, IX). Trata-se de preceito independente do que se está discutindo, e, aí sim, a lei estabelece que o oficial será inativado quando houver deixado de figurar na lista de escolha, nela sendo ultrapassado por oficial mais moderno, por certo número de vezes. Na aplicação dessa disposição, que não está agora em causa, seria cabível levantar a questão da singularidade ou da pluralidade da ultrapassagem, porque ela se refere claramente a certo número plural de vezes. Na da norma que estamos discutindo, porém, acho que não tem cabimento porque, como mostrou o eminente Relator, secundado pelo eminente Ministro Rodrigues Alckmin, não era possível deixar de compulsar os oficiais que haviam sido ultrapassados uma só vez, para não fazê-lo com os oficiais que não haviam sido ultrapassados vez nenhuma, sob pena de ficar a Administração simplesmente compelida a não cumprir a lei, a não fazer atuar a quota compulsória, a não promover o rejuvenescimento do quadro naquele ano.

O Sr. José Carlos Moreira Alves, Procurador-Geral da República: V. Exa. permite um esclarecimento sobre matéria de fato? Esse dispositivo a que V. Exa. fez alusão, que fala em um certo número de vezes, hoje ele está, pela Lei n.º 5.821, disciplinado, e diz: o oficial que, num posto, deixar de figurar na lista por três vezes. E logo abaixo: o oficial general que deixar de figurar por três vezes.

O Sr. Ministro Xavier Albuquerque: E isso para esse efeito, quando o fato de não figurar na lista vale como causa independente de ser o oficial transferido para a reserva. Aqui, ele não é causa autônoma, é mero critério de prioridade, porque se há de escolher entre vários. Pelo que vejo, o quadro de brigadeiros, ao tempo, era de dezesseis, porque quatro haveriam de ser incluídos na quota e a proporção era de um quarto. Então, se havia oito, por hipótese, em condições de inclusão na quota, porque atendiam aos três primeiros requisitos, era preciso escolher quatro entre oito; e se a escolha se fez, prioritariamente, dos que já haviam sido ultrapassados ao menos uma vez, foi ela, a meu ver, insuscetível de censura.

Quanto à questão da constitucionalidade, tenho a impressão de que ela se reduz, agora, à fixação do alcance de regra nova da Constituição vigente: o § 7.º do art. 93,

invocado pela Procuradoria-Geral e no voto do eminente Relator.

O que dizem os impetrantes é que essa norma não pode ter o alcance que lhe pretende dar a Procuradoria-Geral, porque, do contrário, ela destruiria a garantia estabelecida no *caput* do art. 93, e transformaria essa garantia, como disse o ilustre advogado, há pouco, da tribuna, em simples forma retórica.

A premissa de S. Exa. é a de que é subjetivo esse critério instituído no art. 104. Ora, o eminente Ministro Rodrigues Alckmin e, antes, o eminente Relator, já demonstraram que o critério é objetivo. Resultante subjetiva podia ser, nele, o fato de se haver incluído o oficial, ou não, na lista de escolha, o que já diz respeito às promoções, ao acesso; mas, se subjetividade não pudesse existir nesse incluir ou não incluir o oficial na lista de escolha, então estaria destruído todo o sistema de acesso nas instituições militares, porque não poderia haver promoção nas Forças Armadas, a não ser por antigidade. Se a Constituição fosse ao extremo a que a querem levar os impetrantes, seria simplesmente impossível que oficial de qualquer força fosse promovido por merecimento, porque esse critério é marcado de indeclinável subjetivismo. Estaria prevista, na Constituição, a abolição, o veto da promoção por merecimento. Não está, porém, porque a Constituição a admite. Diz ela, no § 5.º do art. 93:

"A lei regulará a situação do militar da ativa nomeado para qualquer cargo público civil temporário, não eletivo, inclusive da Administração indireta."

E acrescenta:

"Enquanto permanecer em exercício, ficará ele agregado ao respectivo quadro e somente poderá ser promovido por antigüidade..."

Portanto, a Constituição supõe a promoção por merecimento, instituição à qual é inerente a subjetividade da escolha e do ato presidencial.

Tenho por improcedente a argüição de inconstitucionalidade do preceito legal em causa e, com esses adminículos, desnecessários, sem dúvida, mas que faço em homenagem até mesmo à magnitude da questão trazida ao Tribunal, acompanho o eminente Relator, indeferindo a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Thompson Flores: Senhor Presidente. Os votos que me precederam, a começar pelo do eminente Relator, dispensariam quaisquer acréscimos.

Todavia, a relevância das teses leva-me a tecer breves considerações.

Começo pela argüida inconstitucionalidade da Lei n.º 5.774.

Estivesse eu julgando na vigência da Constituição de 1891, ou na de 34, 1937 ou 1946, é possível que, se adviesse a esse tempo aquela lei, pudesse declarar da sua inconstitucionalidade.

Com o advento, porém, da Carta de 1967, introduzindo no art. 94 a restrição do § 7.º, as garantias das patentes, mantida na vigente com a Emenda Constitucional n.º 1, art. 97, § 7.º, não vejo como reconhecê-la.

Dispõe dito § 7.º, já invocado:

"§ 7.º A lei estabelecerá os limites de idade e outras condições para a transferência dos militares à inatividade."

Deixou a Constituição a critério do legislador ordinário não só estatuir os limites de idade, como as demais condições para inativação.

Bem ou mal inspirado, mas com o propósito de alcançar a renovação dos quadros dos militares na ativa, fixou as condições.

Aplicou-as o Alto Comando, atingindo os impetrantes.

Fê-lo no uso de suas atribuições.

Afirma-se que adotou critério subjetivo, pessoal.

Com propriedade salientou o eminente Ministro Xavier de Albuquerque que a própria Carta Maior admitiu que para os aces-

sos ocorra tal critério. É que adotou em seu art. 93, § 5.º, como o era na vigência da Carta anterior, que existisse carreira e que o acesso, além da antigüidade, se fizesse por merecimento.

Assim sendo, há de se selecionar os concorrentes. E nela hão de influir os elementos que constam dos assentamentos dos oficiais, os quais, a toda evidência, são considerados pelos componentes do Alto Comando, para deles extrair os que mais méritos possuam. É critério objetivo-subjetivo, como é curial, e outro não poderia haver.

Todos os componentes desta Corte, que integraram Tribunais de Justiça, bem o sabem como se procede à seleção para o efeito da composição da lista para o acesso por mérito.

Já dizia o eminente Ministro Mario Guimarães, que se trata de julgamento e dos mais relevantes e difíceis atribuídos às Cortes.

Pois bem, mais não o faz o Alto Comando, integrado por oficiais de patente superior, de larga experiência e de presumida imparcialidade.

Farão a seleção, usando o critério objetivo-subjetivo, o qual nada tem de inconstitucional ou ilegal.

Pode ocorrer injustiças. Mas não vejo ilegalidades. Aquelas o Judiciário, *in casu*, não poderia reparar. Corre à conta do sistema.

Por fim, a interpretação da lei.

Não vejo que tenha sido desnaturada. Nem mesmo a exegese gramatical do texto da lei; a mais primitiva forma de aplicá-la levaria a conclusão diversa.

Todavia, seu sentido bem mostra que não o foi.

Em conclusão, como os eminentes Ministros que já votaram, indefiro, também, o mandado.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Gallotti: Li a petição inicial, o brilhante parecer do eminente Procurador-Geral da República e o memorial, não menos brilhante, dos ilustres advogados dos impetrantes.

Dois são os fundamentos do pedido: o primeiro, de ordem legal; o segundo, de ordem constitucional.

O primeiro envolve um tema jurídico, que se vincula a outro, de matemática: saber se zero é número (os impetrantes alegam que não é).

Inclinei-me, de início, pela negativa e lembro-me de ter lido que o nosso Benjamin Constant sustentou, em monografia, essa opinião.

Mas, em sentido contrário, opinam o Professor Amoroso Costa, no seu livro *As idéias fundamentais de Matemática e outros ensaios*, 1971, com apresentação de Miguel Reale, p. 232, e o Professor Mello e Souza (*Histórias e Fantasias da Matemática*. p. 99).

O Professor Agliberto Xavier observa que há quem entenda não ser zero um número, mas sustenta que é.

O Professor Jules Tannery, da Faculdade de Ciências da Universidade de Paris e membro do Instituto, entende que zero é número (*Leçons d'Arithmétique théorique et pratique*. 1928, p. 7 e seg.).

Trata-se, portanto, de matéria técnica controvertida, a excluir a existência de direito líquido e certo, que possa ser amparado por mandado de segurança.

Mesmo que, admitindo-se não ser zero um número, as palavras *maior número de vezes* devessem significar *duas vezes pelo menos*, conforme entendem os impetrantes, seria essa uma exegese literal, que poderia não corresponder aos fins da lei e, assim, não constituir uma interpretação teleógica, mais categorizada, sem dúvida, do que a literal.

Quanto ao segundo fundamento, invocam os impetrantes dois votos meus, ambos ven-

cedores (acórdãos nos embargos de MS n.os 1.103 e 15.597, sendo que deste fui relator).

Verifiquei, porém, que aqueles casos são diversos do presente.

Naqueles, impugnava-se transferência discricionária para a Reserva, por critério meramente subjetivo.

Aqui, pode-se dizer que os atos impugnados, do Senhor Presidente da República, que transferiram os impetrantes para a Reserva, se basearam em critério subjetivo?

Penso que não, pois esses atos se apoiaram no fato de haverem os impetrantes deixado de integrar a Lista de Escolha, pelo maior número de vezes no posto, quando nela entrou oficial mais moderno (o ponto atinente à interpretação das palavras *maior número de vezes*, contidas na lei, diz respeito ao primeiro fundamento da impetração, já por mim examinado).

O critério do Presidente foi, portanto, objetivo.

Critério subjetivo terá usado o Alto Comando da Aeronáutica ao deixar de incluir os impetrantes na Lista de Escolha, em 23.12.71.

Se, como alegam os impetrantes, o Alto Comando, ao deixar de incluí-los naquela lista, agiu de maneira fraudulenta ou maliciosa, para acarretar-lhes a transferência para a Reserva, seria esse, então, o ato a impugnar judicialmente. E não saberia, para isso, mandado de segurança, que, como temos decidido, não é meio idôneo para se apurar a ocorrência de fraude ou malícia.

De acordo com o eminente Relator, indefiro o pedido.

VOTO

O Sr. Ministro Eloy da Rocha (Presidente): Repelido o fundamento da ilegalidade, é de ser examinado o da inconstitucionalidade, de sorte que devo votar. De acordo com o eminente Relator, rejeito a argüição de inconstitucionalidade e indefiro o mandado de segurança.

EXTRATO DA ATA

MS n.º 19.956 — DF — Rel., Ministro Djaci Falcão. Reqtes., Márcio César Leal Coqueiro, Roberto Hippolyto da Costa, Carlos Affonso Dellamora e João Paulo Moreira Burnier (Advs., João Pedro Gouvêa Vieira e outro). Reqdo., Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

Decisão: Indeferido, unanimemente. Impedido, o Ministro Bilac Pinto. Falaram o Dr. Cláudio Lacombe, pelos requerentes, e o Dr. José Carlos Moreira Alves, Procurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Votou o Presidente.

Presidência do Sr. Ministro Eloy da Rocha. Presentes à sessão os Senhores Ministros Luiz Gallotti, Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Barros Monteiro, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antônio Neder, Xavier de Albuquerque e Rodrigues Alckmin. Procurador-Geral da República, o Dr. José Carlos Moreira Alves.