— Não é inconstitucional a Lei nº 5.836, de 1972, que dispõe sobre Conselho de Justificação.

— À vista do enunciado no art. 96, I e II, e 97, da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), só não poderá o militar processado ser transferido para a reserva, se a transferência for a pedido: não, ex-officio.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nivaldo Mello de Oliveira Dias *versus* Sr. Presidente da República
Mandado de Segurança nº 20.320 — Relator: Sr. Ministro
FIRMINO PAZ

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de Mandado de Segurança nº 20.320-0, do Distrito Federal, em que é impetrante Nivaldo Mello de Oliveira Dias e autoridade coatora o Exmo. Sr. Presidente da República, decide o Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plena, unanimemente, em denegar a segurança, de acordo com as notas juntas.

Brasília — DF, 19 de maio de 1982. — *Xavier de Albuquerque,* Presidente. *Firmino Paz,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Firmino Paz (Relator): Nivaldo Mello de Oliveira Dias, tenente-coronel do Exército Brasileiro, em serviço ativo, por seu ilustre advogado, propôs a presente ação de pedir mandado de segurança, preventivamente, ao Exmo. Sr. Presidente da República, textualmente, "para que se abstenha e se precate de assinar decreto na pasta do Exército, transferindo-o *ex-officio* para a reserva remunerada, ou o reformando, em decorrência de proposta do titular do Ministério do Exército, na decisão a que chegou ao julgar o Conselho de Justificação a que foi submetido o impetrante" (fls. 2).

2. Argúi o autor, inicialmente, a inconstitucionalidade da Lei nº 5.836, de 3 de dezembro de 1972, por ser contrária ao previsto no art. 153, § 4º, da Constituição Federal.

3. Descrevem-se, na longa inicial, fatos com que o autor da impetração visa a atribuir ao Sr. Ministro do Exército "uma seqüência de punições", "que redundou na instalação de um Conselho de Justificação contra o impetrante, nos termos do item II do art. 2º da Lei nº 5.836/72, conforme se lê na Portaria do titular da pasta nº 073, de 9 de dezembro de 1981, de caráter reservado" (Inicial, fls. 4).

Acrescenta-se, outrossim, na inicial, que esse Conselho de Justificação é daqueles que não autoriza a remessa de sua decisão ao egrégio Superior Tribunal Militar, consoante o previsto no art. 13, V, *a*, da Lei nº 5.836, de 1972 (fls. 4).

4. O primeiro dos fundamentos jurídicos, invocados na inicial, é o de que o autor *não pode ser transferido para a reserva* remunerada, porque está sendo *processado criminalmente,* por incurso nas penas previstas no art. 163 do Código Penal Militar (recusa de obediência), conforme denúncia criminal de 15 de janeiro de 1982 (fls. 32-33).

5. Outra argüição, para evitar ser transferido para a reserva, é a de que o Sr. Ministro do Exército, sendo autor das penas disciplinares, *impedido* estava de ordenar a constituição do Conselho de Justificação, perante o qual respondeu o autor da ação de segurança. Mais, é a mesma autoridade que, aos 20 de janeiro de 1982, determinou a transferência, *ex-officio,* do impetrante para a reserva. É o que se diz na inicial (fls. 12).

6. Julga-se o autor da impetração com "direito de permanecer na ativa (...), até porque, na hipótese dos autos, o fato de que dimanou a constituição do Conselho de Justificação foi a circunstância de não ter sido incluído no quadro de acesso, vale dizer, ter sido considerado *inabilitado provisoriamente*" (fls. 14. Grifo do original).

"Ora", — di-lo o impetrante — "se foi considerado inabilitado provisoriamente, é induvidoso que a norma expulsória não pode alcançá-lo" (fls. 14).

7. Por último, na inicial, são tecidas considerações outras, para demonstrar ser *inconstitucional* a Lei nº 5.836, de 3 de dezembro de 1972, por contrariar o previsto no art. 153, § 4º, da Constituição Federal (fls. 15/16).

8. Solicitadas as informações, prestou-as, longa e minuciosamente, o Exmo. Sr. Presidente da República, servindo-se das informações que lhe enviara, a respeito, o Sr. Ministro do Exército (fls. 43-73).

9. Nas informações, disse a digna autoridade impetrada, inicialmente, que, sobre as conseqüências dos acontecimentos, para uma delas sequer concorrera e nem participara desses acontecimentos em que se envolvera o autor da impetração. Nem participara das conseqüências deles advindas (fls. 46-47).

10. Acrescentou-se que a própria documentação trazida aos autos, pelo autor, demonstram as transgressões à hierarquia, à disciplina e à ética militares do mesmo autor da impetração.

As punições ligadas aos acontecimentos verificados no Riocentro, no Rio de Janeiro, sofridas pelo impetrante, nenhuma delas fora imposta pelo Sr. Ministro do Exército.

11. Salienta-se, nos informes, que, ao ordenar a instauração de Conselho de Justificação, a que se submetera o autor, fê-lo o Sr. Ministro do Exército, por imperativo legal, em virtude de decisão da Comissão de Promoções de Oficiais, constituída de generais-de-exército, de divisão e de brigada, ao julgar *inabilitado, provisoriamente,* o autor da impetração (Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972, art. 35, *b,* § 1º) (fls. 49); não, por mero arbítrio.

Submetido ao Conselho de Justificação, diz-se, fora o impetrante, à unanimidade, julgado culpado e "(...) *sem habilitação para o acesso, em caráter definitivo*" (fls. 121-122).

12. Decidido que o autor da impetração fora declarado culpado e *sem habilitação,* para acesso na carreira, *em caráter definitivo,* diz-se nas informações, fora o processo encaminhado ao Sr. Ministro do Exército, que proferiu despacho ordenativo da *transferência, ex-officio,* do impetrante, para a *reserva* remunerada, à base do previsto no art. 13, III, da Lei nº 5.836, de 5 de setembro de 1972 (fls. 51).

13. Não é o caso, o do impetrante, de remessa do processo do Conselho de Justificação, para o Superior Tribunal Militar, diz-se, tendo em vista o que se dispõe no art. 13, IV, *a* e *b,* e art. 14, todos da Lei nº 5.836, de 1972 (fls. 52-54).

14. Sustenta-se, outrossim, nas informações, ao depois, ser incabível, na espécie, a ação de mandado de segurança, porque: *a*) é *inepta a inicial,* porque cumula medidas judiciais que se contrapõem, e são, entre si, impossíveis e conflitantes os pedidos; *b*) não é a ação de segurança meio idôneo de *impugnar lei em tese,* argüindo-lhe a *inconstitucionalidade;* e *c*) o autor *não é titular de direito líquido e certo* (fls. 55-60).

A seguir, constam, da peça informativa, considerações doutrinárias e argumentos outros, no sentido de demonstrar ser improcedente a presente ação de mandado de segurança (fls. 60-73).

15. Ouvida, pronunciou-se a douta Procuradoria-Geral da República, em parecer, devidamente aprovado, do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Mauro Leite Soares.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Firmino Paz (Relator): Levanta-se, na petição inicial, *preliminar* de *inconstitucionalidade* da Lei nº 5.836, de 3 de dezembro de 1972, por ser contrária, diz o autor da ação de mandado de segurança, ao enunciado no art. 153, § 4º, da Constituição Federal.

Não há, a meu ver, a arguída *inconstitucionalidade.* Não se diz, no referido diploma legal, que a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão de direito individual. Nem que o ingresso em juízo não poderá ser condicionado a que se exauram, previamente, as vias administrativas.

O que entende o autor, por *inconstitucional,* é que, *não justificado* o oficial das Forças Armadas, *decida* o Ministro Militar, sem audiência do Poder Judiciário, promover-lhe a *transferência para a reserva,* ou, até, a demissão.

Não vai nisso, absolutamente, qualquer *inconstitucionalidade.* Trata-se de processo administrativo, de medidas administrativas, de decisão administrativa, que o interessado, sentindo-se lesado em seus direitos, poderá, querendo, recorrer ao Poder Judiciário.

Rejeito, pois, essa preliminar de *inconstitucionalidade.*

2. Tem-se de examinar, a seguir, se o autor desta ação de mandado de segurança tem *direito subjetivo à abstenção* do Exmo. Sr. Presidente da República, autoridade impetrada, no sentido de, no dizer do autor, *não "praticar o ato administrativo* (...) que subscreve com o Ministro de Estado (...) no caso, o Ministro do Exército, de sua *transferência para a reserva,* com base na Lei nº 5.836, de 3 de dezembro de 1972 (...)" (fls. 17).

É de examinar-se, também, da possibilidade jurídica de se conceder o mandado de segurança, para *"determinar a permanência do impetrante na ativa,* em razão de ter sido tão-somente inabilitado *provisoriamente* para o acesso (...)" (fls. 17).

É o que faço, a seguir.

3. Que noticiam os autos, e se diz na inicial, o autor sofrera várias *punições disciplinares* (fls. 74).

Deu-se que, diante disso, a Comissão de Promoções de Oficiais, por maioria, em Plenário, decidiu, *verbis:*

"Não incluir o oficial" (tenente-coronel Nivaldo Mello de Oliveira Dias) "em QA de acordo com a letra *b* do art. 35 da Lei nº 5.821/72 (*inabilitado* para o acesso *em caráter provisório)*" (fls. 45).

4. Dessa *decisão,* não interpôs recurso, que o podia fazer, o impetrante, para o Sr. Ministro do Exército, por força do previsto na Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972, *verbis*:

"Art. 17. O oficial que se julgar prejudicado, em conseqüência de composição de Quadro de Acesso, em seu direito de promoção, ou que tiver sido indicado para integrar a quota compulsória, poderá *impetrar recurso* ao Ministro da respectiva Força Armada, como última instância na esfera administrativa."

Com esse recurso, o Oficial, sentindo-se prejudicado, levaria razões do prejuízo ao Conselho de Justificação. Na espécie, o impetrante deixou *precluir* o *poder jurídico de recorrer.*

5. Com efeito, dispõe-se na Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972, *verbis:*

"Art. 35. O oficial não poderá constar de qualquer Quadro de Acesso e Lista de Escolha quando:

b) for considerado *não habilitado para o acesso, em caráter provisório,* a juízo do Alto Comando ou da *Comissão de Promoções de Oficiais,* por, presumivelmente, ser incapaz de atender a qualquer dos requisitos estabelecidos nas letras *b* e *c* do art. 15;

§ 1º *O oficial que incidir na letra b* deste artigo, *será submetido a Conselho de Justificação ex-officio."*

Assim, pois, não incluído o impetrante no *quadro de acesso* — QA — por *inabilitado,* ainda que *em caráter provisório, incidiu,* sem dúvida, sobre o fato da *decisão* da Comissão de Promoções, o § 1º do art. 35 da Lei nº 5.821, de 1972.

6. É de sinalar-se, antes do mais, que o enunciado no pretranscrito art. 35, § 1º, da Lei nº 5.821, de 1972 (Lei de Promoção dos Oficiais da Ativa das Forças Armadas) é de natureza *cogente, imperativa.* Impõe-se, nele, a *submissão do oficial, ex-officio,* a Conselho de Justificação.

Desse *fato jurídico* — decisão do Conselho de Promoções — resulta, para o Ministro Militar, o *dever jurídico* de prestar ato ou atos de *submissão* do Oficial a Conselho

de Justificação (Lei nº 5.821, de 1972, art. 35, § 1º).

Fora o que fizera, no caso sob julgamento, o Sr. Ministro do Exército. Expedira a Portaria nº 073 — Res., de 9 de dezembro de 1981, para constituir o Conselho de Justificação, a que fora, ao final, submetido o autor da ação de mandado de segurança (fls. 81). Praticara, assim, ato lícito, inofensivo ou ameaçante de direito subjetivo do impetrante.

7. O Conselho de Justificação é colegiado, composto, no caso, de oficiais da ativa, de posto superior ao do impetrante (art. 5º da Lei nº 5.836, de 1972), destinado a julgar a incapacidade do Oficial das Forças Armadas — militar de carreira — para permanecer na ativa, e lhe *criar*, a um tempo, *condições para se justificar* (Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, art. 1º). Propicia-se, perante o Conselho de Justificação, a *defesa do justificando*, a que é assegurada *ampla defesa* (art. 9º da Lei nº 5.836, de 1972).

8. Pois bem. Perante o Conselho de Justificação, o autor não fora declarado *justificado*. Ao revés, esse Conselho, à unanimidade de votos, declarou, decidindo, assim, *verbis*:

"*Resolve* o Conselho de Justificação, por unanimidade, em julgar *sem habilitação para o acesso* ao posto imediato, *em caráter definitivo*, o justificante Nivaldo Mello de Oliveira Dias, tenente-coronel, determinando que, lavrado o competente termo de encerramento, seja o presente processo encaminhado ao Exmo. Sr. Ministro do Exército, para os fins de direito" (fls. 121-122. Grifei).

Elaborado o relatório e encerrados os trabalhos, o Conselho de Justificação é *obrigado* a remeter o processo ao Sr. Ministro Militar, consoante o previsto na Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, *verbis*:

"Art. 12. Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a deliberar, em sessão secreta, sobre o relatório a ser redigido.

§ 4º Elaborado o relatório, com um termo de encerramento, o Conselho de Justificação *remete o processo ao Ministro Militar* respectivo, através da autoridade nomeante, se for o caso."

Foi isso, pontualmente, o que fez o Conselho de Justificação.

9. Feita a *remessa do processo*, o *ato de recebimento*, do Ministro Militar, gera o *dever jurídico* de se pronunciar, o receptor do processo, dentro no *prazo de 20 dias*, aceitando, ou não o julgamento do Conselho de Justificação, em despacho fundamentado. Determinará o arquivamento do processo. Aplicará pena disciplinar. Determinará, que se deu, na espécie, a prática de atos necessários à efetivação da *transferência*, do militar julgado, *para a reserva*, por Decreto do Presidente da República.

É o que se lê, na Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, *verbis*:

"Art. 13. *Recebidos os autos* do processo do Conselho de Justificação, o *Ministro Militar*, dentro do *prazo de 20* (vinte) *dias*, aceitando ou não seu julgamento e, neste último caso, justificando os motivos de seu despacho, determina:

III — na forma do Estatuto dos Militares, e conforme o caso, a *transferência do acusado para a reserva* remunerada ou os atos necessários à efetivação pelo Presidente da República, se o *oficial foi considerado não habilitado para o acesso em caráter definitivo*."

Não há, nesses procedimentos, *ameaça* a *direito subjetivo a abstenção* devida ao autor da ação de segurança, seja pelo Sr. Ministro do Exército, seja, muito menos, pelo Sr. Presidente da República.

10. *Direito a abstenção* pressupõe, necessariamente, que alguém seja titular de algum *efeito jurídico:* direito ou dever, obrigação ou pretensão, ação, exceção, poder jurídico, situação jurídica, ativa ou passiva, cujo exercício ou cuja manutenção, ou respeito, não possam ser impedidos ou prejudicados por ato de outrem. Esses *efeitos* constituem, por assim dizer, a causa geradora do *direito subjetivo a abstenção*.

Origina-se, também, *direito a abstenção*, de *acto jurídico negocial*, no puro campo do direito privado.

A mais geral e importante das causas, determinantes do nascimento de *direito a abstenção*, é o *facto jurídico* previsto em regra jurídica *proibitiva*, de ordem pública. *Facto jurídico ilícito absoluto*, por exemplo, enunciado em regra jurídica penal.

Qualquer dessas *causas* geradoras de *direito à abstenção* há de ser, obrigatória e inafastavelmente, *prevista em regra jurídica*.

11. No caso sob julgamento, fora proposta ação de mandado de segurança, para que, no dizer do autor, o Exmo. Sr. Presidente da República *"se abstenha* e se precate *de assinar decreto* na pasta do Exército, *transferindo-o ex-officio para a reserva* remunerada" (inicial, fls. 2).

Direito à abstenção, esse, invocado pelo autor da ação de segurança, *não previsto*, todavia, *em regra jurídica* alguma. Seria preciso que, em regra jurídica, fosse enunciado ser defesa a transferência de militar, para a reserva. Aí, sim, previsto estaria o *direito à abstenção*.

Para que o Sr. Presidente da República *se abstivesse de transferir* o autor *para a reserva* remunerada, preciso seria, ainda, a absoluta *ausência de facto jurídico*, previsto em lei, de que não resultasse o exsurgimento do *poder jurídico*, conteúdo de *dever jurídico*, a ser exercido pelo Presidente da República, de realizar a *transferência*.

Mas, é certo, já ficou demonstrado que o autor incorreu em *punições disciplinares*. Fora submetido a julgamentos da Comissão de Promoções e do Conselho de Justificação. Julgamentos, esses, que lhe *não foram favoráveis*, e cuja fundamentação não pode ser examinada no âmbito da ação de mandado de segurança, pois se cura de *matéria de fato*.

12. O *ato de transferência* de militar, *para a reserva*, é, sem dúvida, *exercício de poder jurídico*, realizado pelo Presidente da República, de acordo com a lei, em que se estabelecem os limites de idade e outras condições (*sic*) de transferência para a inatividade (Cf. art. 93, § 7º, da Constituição Federal).

Esse poder de transferir é *efeito* jurídico. Não nasce da *vontade* do Sr. Presidente da República ou de Ministro Militar. Resulta de *fato jurídico*, que é *fato*, acontecimento, ocorrência, *na lei previsto*.

13. Nascido esse *poder de transferir*, nada lhe poderá obstar o *exercício*. Até porque o seu titular é que tem o *direito* subjetivo público, de sujeitos passivos totais, a que *todos se abstenham* de *impedir o exercício* desse poder jurídico.

Não se concebe, contrário ao poder de transferir, que alguém seja, a um tempo, titular de *direito* subjetivo, amparável, preventiva ou efetivamente, por *mandado de segurança*. Não há direito subjectivo de *A*, contra o *exercício* de *poder* jurídico de *B*. Um exclui o outro, logicamente.

14. Sustenta-se, ainda, na inicial, que se dispõe, no Código Penal Militar, *verbis*:

"Art. 393. O *oficial processado*, ou *sujeito a inquérito policial* militar, *não poderá ser transferido para a reserva*, salvo se atingir a idade limite de permanência no serviço ativo."

Portanto, argumenta o impetrante, *verbis*:

"Enquanto pendente de julgamento, enquanto *sub judice* estiver o militar, *não poderá ser transferido para a reserva* (...)" (fls. 10).

No caso, o autor da ação de segurança está sendo *processado criminalmente*, por incurso nas penas previstas no art. 163 do Código Penal Militar. Isso, porque o impetrante, "ao ser perguntado pelo Coronel Castro o motivo pelo qual não havia seguido para a cidade de Campo Grande, de acordo com a ordem recebida, respondeu que não iria cumprir a ordem por entender ser a mesma ilegal" (Denúncia, fls. 32). Crime de insubordinação ou de desobediência militar.

15. Realmente. Não se diz, no art. 393 do Código Penal Militar, pretranscrito, se a *transferência* para a reserva, *proibida*, é a *de ofício* ou é a voluntária, *a pedido* do oficial processado.

A dúvida é de ser dirimida, por força de *interpretação sistemática*. O *sistema jurídico*, quanto todo e qualquer sistema, visto de modo geral ou específico, é *sistema lógico*. As *regras jurídicas*, de que se formam, não se

contradizem. Harmonizam-se. Combinam-se. Interpretam umas as outras.

16. Isso posto, consideremos o que se dispõe na Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, *verbis*:

"Art. 96. A passagem do militar à situação de inatividade, mediante *transferência para a reserva* remunerada, se efetua:

I — *a pedido*; e

II — *ex officio*."

De sua vez, dispôs-se, no Estatuto dos Militares, *verbis*:

"Art. 97. A *transferência para a reserva* remunerada, *a pedido*, será concedida, mediante requerimento, ao militar que contar, no mínimo, 30 (trinta) anos de serviço.

§ 4º *Não será concedida transferência para* a reserva remunerada, *a pedido*, ao militar que:

a) *estiver respondendo a inquérito* ou *processo* em qualquer jurisdição; e

b) estiver cumprindo pena de qualquer natureza."

Somente se disse, nesses dispositivos legais, que o militar *processado* ou sujeito a inquérito, não será *transferido para a reserva* remunerada, se a *transferência* houver sido *pedida*. Excluiu-se, dessa *impossibilidade jurídica*, a transferência *ex-officio*. O óbice só tem lugar, se há *pedido de transferência*. Eliminou-se, assim, a *generalidade* do sentido dos termos do previsto no art. 393 do Código Penal Militar. Restringiu-se-lhe a *incidência* ao caso de *transferência a pedido*, se o militar *não estiver* sendo *processado*.

O *fato de pedir*, se *processado*, a *transferência*, é, juridicamente, *ineficaz*. Significa: ao militar, por ter *pedido* a transferência, não nasce o *direito* ao ato de transferência. O *fato de pedir* a transferência fica no mundo fáctico, à míngua de *poder* jurídico de *pedir*. É, puramente *fato*; não, *fato jurídico*, por faltar ao pedinte, requerente, repita-se, o *poder* jurídico *de pedir* a transferência, por *responder* a processo.

Fora dito, na lei, vale relembrar: "Não será concedida a transferência para a reserva remunerada, *a pedido*, ao militar: *a*) que estiver *respondendo* a inquérito ou *processo* em qualquer jurisdição." Se não se concede a transferência *a pedido*, não se veda a transferência *ex-officio*.

Não pode deixar de ser assim. Se, em qualquer caso, bastasse o *processo* contra o militar, para que não se realizasse a transferência, inclusive, *ex-officio*, fácil seria ao militar cometer ato *desobediência* a ordem superior, para, *processado*, continuar no serviço ativo, impossibilitado de ser transferido, *ex-officio*, para a reserva. Só dependeria da *vontade* do militar a transferência, ou não.

17. De tudo resulta, ao meu entender, que o art. 393 do Código Penal Militar *só incide* se se trata de *pedido* de transferência de militar, para a reserva remunerada.

18. Não é, portanto, o autor, titular de *direito subjetivo* à abstenção do Sr. Presidente da República; este, sim, é titular do *poder jurídico*, contido no *dever jurídico*, de *transferi-lo para a reserva* remunerada, se e quando lhe chegar o processo de transferência.

19. O autor declarou "ter sido tão-somente inabilitado *provisoriamente* para o acesso" (fls. 17). Em virtude disso, formulou o pedido de segurança, para se *"determinar a permanência* do impetrante *na ativa"* (fls. 17).

Deu-se que o autor da impetração fora declarado *inabilitado definitivamente*, para o acesso, à unanimidade do Conselho de Justificação (fls. 121-122).

Ainda que, assim, não fosse, não há ato do Presidente da República, contrário à permanência do autor no serviço ativo.

Por outro lado, não há *direito de permanência*, em hipótese nenhuma. Se está o autor *na ativa*, o *direito*, contra quem quer que seja, seria o *de abstenção*, que, no caso, inexiste.

20. Diante do exposto, julgo improcedente a ação de mandado de segurança, e, conseqüentemente, indefiro o pedido constante na inicial.

Assim, voto.

EXTRATO DA ATA

MS nº 20.320-0 — DF — Rel.: Min. Firmino Paz. Impte.: Nivaldo Mello de Oli-

veira Dias (Advs.: Lino Machado Filho e outros). Autoridade coatora: Exmo. Sr. Presidente da República.

Decisão: pediu vista o Ministro Soares Muñoz, após os votos dos Ministros Relator, Oscar Corrêa, Alfredo Buzaid, Néri da Silveira, Rafael Mayer e Decio Miranda, denegando a segurança. Falaram pelo Impte. o Dr. Lino Machado Filho, e pelo Ministério Público Federal o Prof. Inocêncio Mártires Coelho, Procurador-Geral da República. Plenário, 13.5.82.

Presidência do Sr. Ministro Xavier de Albuquerque. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Soares Muñoz, Decio Miranda, Rafael Mayer, Firmino Paz, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid, Oscar Corrêa. Procurador-Geral da República, Professor Inocêncio Mártires Coelho.

VOTO DE VISTA

O Sr. Ministro Soares Muñoz: Sr. Presidente, o tenente-coronel do Exército, Nivaldo Mello de Oliveira, impetra mandado de segurança preventivo com o fito de obstar a que o Sr. Presidente da República assine decreto transferindo o impetrante, *ex-officio*, para a reserva remunerada, ou o reforme atendendo à proposta do Sr. Ministro do Exército decorrente da decisão do Conselho de Justificação a que foi submetido o mencionado oficial superior.

Entre os fundamentos do *mandamus*, a petição inicial atribui maior relevo à alegação de que a Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, que dispõe sobre o Conselho de Justificação e dá outras providências é inconstitucional, por ofender o art. 153, § 4º, da Constituição da República, permitindo que o oficial das Forças Armadas seja transferido para a reserva remunerada, mediante ato administrativo sem a indispensável participação do Poder Judiciário.

Entretanto, o invocado § 4º do art. 153 da Constituição não sujeita os atos administrativos à intervenção prévia do Poder Judiciário. O que ele assegura "é que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". Verificada que seja, na transferência de um oficial das Forças Armadas para a reserva, qualquer ilegalidade, com a conseqüente lesão a direito individual, e o interessado poderá recorrer ao Poder Judiciário. A Lei nº 5.836 não contém nenhuma proibição a respeito.

Inconstitucional seria a lei em referência, se a Constituição exigisse para a transferência, *ex-officio*, de oficial para a reserva sentença judicial, ou ato do Superior Tribunal Militar, e a norma ordinária dispensasse essa participação do Poder Judiciário.

O art. 93 da Constituição assegura aos oficiais da ativa e da reserva como aos reformados as patentes, com as vantagens, prerrogativas e deveres a elas inerentes, em toda a plenitude, e dispõe, no § 2º, que o oficial das Forças Armadas só perderá o posto e a patente se for declarado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra.

O Conselho de Justiça a que foi submetido o impetrante é órgão administrativo, e ao decidir pela passagem do impetrante da situação de atividade para a de inatividade não ofendeu o art. 93 (aliás não questionado no mandado de segurança), não ofendeu, repito, porque, com a inativação, o oficial não perde as prerrogativas que a Constituição lhe assegura no art. 93, inerentes à plenitude da patente. Essa é a razão pela qual esse tipo de Conselho de Justificação não é submetido, como acontece com outros, à decisão final do Poder Judiciário.

Afastada, por essa forma, a alegada inconstitucionalidade da Lei nº 5.836, de 1972, não apresentam relevância os outros fundamentos do *mandamus*. Como bem demonstrou o voto do eminente Relator, Ministro Firmino Paz, o Conselho de Justificação a que foi submetido o impetrante obedeceu às formalidades previstas na mencionada Lei nº 5.836 e não exorbitou de suas funções ao decidir pela falta de habilitação do ora impetrante para o acesso, em caráter definitivo (art. 12, § 1º, *b*), decisão essa que

habilitou o Ministro do Exército a providenciar os atos necessários à transferência, pelo Presidente da República, do oficial considerado não habilitado ao acesso em caráter definitivo (art. 13, III, *d*) para a reserva remunerada.

Quanto à pretendida impossibilidade de o impetrante ser transferido para a reserva remunerada, por estar sendo processado criminalmente, a improcedência da objeção foi bem demonstrada pelo eminente Relator, ressaltando que a proibição diz respeito apenas à transferência para a reserva a pedido, a teor do que dispõem os arts. 96, I, e 97, § 4º, alínea *a*, da Lei nº 6.880, de 1980.

Ante o exposto e pelos fundamentos do voto do eminente Ministro Firmino Paz, indefiro o mandado de segurança.

EXTRATO DA ATA

MS nº 20.320-0 — DF — Rel.: Min. Firmino Paz. Impte.: Nivaldo Mello de Oliveira Dias (Advs.: Lino Machado Filho e outros). Autoridade coatora: Exmo. Sr. Presidente da República.

Decisão: Pediu vista o Ministro Soares Muñoz, após os votos dos Ministros Relator, Oscar Corrêa, Alfredo Buzaid, Néri da Silveira, Rafael Mayer e Decio Miranda, denegando a segurança. Falaram pelo Impte. o Dr. Lino Machado Filho, e pelo Ministério Público Federal o Prof. Inocêncio Mártires Coelho, Procurador-Geral da República. Plenário, 13.5.82.

Decisão: Denegou-se a segurança, unanimemente. Plenário, 19.5.82.

Presidência do Sr. Ministro Xavier de Albuquerque. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Soares Muñoz, Decio Miranda, Rafael Mayer, Firmino Paz, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid, Oscar Corrêa. Procurador-Geral da República, Professor Inocêncio Mártires Coelho.