

**MANDADO DE SEGURANÇA — ATO ADMINISTRATIVO DE QUE  
CAIBA RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO, INDEPENDENTE DE CAUÇÃO**

— *Continua em vigor o art. 320, n.º II, do Cód. de Proc. Civil que exclui do âmbito do mandado de segurança o conhecimento de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução.*

**TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS**

Homero Fernando Ferreira e outro *versus* Ministro da Aeronáutica  
Mandado de segurança n.º 69 — Relator: Sr. Ministro  
SAMPAIO COSTA

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 69, do Distrito Federal, em que são impetrantes Homero Fernando Ferreira e Baldir Calado e impetrado o Sr. Ministro da Aeronáutica:

Acordam os Ministros do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, por maioria de votos, não tomar conhecimento do pedido contra os votos dos Exmos. Srs. Ministros Cunha Vasconcelos, Artur Marinho e Abner de

Vasconcelos, tudo na conformidade dos votos constantes das notas taquigráficas que precedem. Custas na forma da lei.

Rio, 31 de março de 1948 (data da decisão). — *Armando Prado*, Presidente. — *Armando Sampaio Costa*, Relator.

**RELATÓRIO**

Homero Fernando Ferreira e Baldir Calado, sub-oficiais da Aeronáutica, impetram mandado de segurança contra o ato do Sr. Ministro da Aero-

náutica que indeferiu o pedido por eles formulado de transferência para a reserva remunerada no posto de 2.º tenente, com as vantagens legais.

Expõem os requerentes:

Em 2 de janeiro de 1946, requereram os suplicantes ao Exmo. senhor Ministro da Aeronáutica a sua transferência para a reserva remunerada, no posto de 2.º tenente e com as vantagens legais, pois, contando mais de 25 anos de serviço inclusive serviço aéreo, tinham direito *líquido e certo* a essa transferência, *ex-vi* do art. 144, letra a, do Estatuto dos Militares então vigente (decreto-lei n.º 3.864, de 24-11-41), combinado com os arts. 253 e 257 do Código de Vencimentos e Vantagens dos Militares da Aeronáutica (decreto-lei n.º 4.162, de 9 de março de 1942), arts. 2, 11 e 12 e seus parágrafos do Regulamento para a Execução dos Serviços Aéreos (decreto-lei n.º 18.339, de 9 de agosto de 1928) e decreto-lei n.º 8.028, de 2 de outubro de 1945, os quais expressamente assim dispõem, nos pontos que interessam, a saber:

#### O ESTATUTO DOS MILITARES

(decreto-lei n.º 3.864, de 24-11-41)

Art. 143 — São transferidos para a reserva...

b) os oficiais, sub-tenentes, *sub-oficiais* e sargentos com mais de 25 anos de serviço, que solicitam transferência para a reserva;

Art. 144.

a) sub-oficiais da Armada e da Aeronáutica, sub-tenentes do Exército, sargentos-ajudantes, 1.ª sargentos, no posto de 2.ª tenentes.

#### O CÓDIGO DE VENCIMENTOS E VANTAGENS DOS MILITARES DA AERONÁUTICA

(decreto-lei n.º 4.162, de 9 de março de 1942)

Art. 253 — Os sub-oficiais transferidos para a reserva remunerada após 25 anos de serviço, terão o posto de 2.º tenente.

Art. 257 — Os especialistas da Aeronáutica terão incorporados aos vencimentos a *gratificação de serviço aéreo*.

#### O REGULAMENTO PARA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS AÉREOS

(decreto-lei n.º 18.339, de 9-8-28)

Art. 9 — Conforme as prescrições do art. 9 da Lei n.º 5.168, de 13 de janeiro de 1927, o tempo de *navegação aérea*..... será computado no cálculo do tempo de serviço ativo para efeito de reforma de oficiais e praças do pessoal diplomado da Arma da Aviação.

Art. 12. ....

§ 1.º — O tempo assim calculado será contado pelo *dôbro*, para efeito de reforma, como estatui o art. 9 da Lei n.º 5.168, de 13 de janeiro de 1927.

#### O REGULAMENTO PARA CONTAGEM DE TEMPO DO SERVIÇO AÉREO

(decreto-lei n.º 8.028, de 2-10-45)

Art. 1 — O cálculo do tempo do serviço aéreo para os militares obrigados ao vôo como tripulantes, passa a ser feito na base de um ano de serviço para cada 300 horas de vôo até o limite de 5 anos.

§ 1.º) para os efeitos de inatividade, a contagem de tempo de 5 anos a que se refere este artigo será feita em *dôbro*.

Ocorre que, 4 meses após o requerimento feito pelos suplicantes, o Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica baixou o *Aviso n.º 33*, datado de 30 de abril de 1946, dirigido ao Exmo. Sr. Diretor Geral do Pessoal e do teor seguinte: "Declaro a V. Ex.ª que até nova ordem do Governo, *acarretam prejuízo para o serviço* as transferências para a reserva dos militares da Aeronáutica que tenham menos de 25 anos de efetivo serviço e, por conseguinte, os pedidos dessa natureza não devem ser encaminhados porquanto estão automaticamente indeferidos, de acordo com o art. 147 dos Estatutos dos Militares".

E, com base nesse aviso, proferiu o Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica, em maio de 1946, despacho indeferindo o pedido de transferência para a reserva formulado pelos suplicantes, ato que é de evidente ilegalidade, porque:

a) o art. 147 do Estatuto dos Militares, vigente a esse tempo (decreto-lei n.º 3.864, de 24 de novembro de 1941), invocado no aviso ministerial, sòmente autorizava o Govêrno a suspender as transferências para a reserva na vigência de *estado de guerra ou de mobilização* e ainda quando tais transferências acarretassem prejuízo para o serviço. Ora entre 2 de janeiro de 1946 (data do requerimento) e 17 de maio de 1946 (data do despacho de indeferimento), não havia, como era notório, a vigência de *estado de guerra ou de mobilização*, faltando assim os pressupostos legais previstos no referido art. 147, para que pudesse ser feito o aviso em questão;

b) a simples leitura do citado art. 147 do Estatuto dos Militares convence de que, sòmente por meio de *decreto* e não de sòmples aviso, poderia o Govêrno e não o Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica, regulamentar os casos de suspensão das transferências para a reserva;

c) a condição que se lê no invocado art. 147 “*e ainda quando possa acarretar prejuízo para o serviço*” estava intimamente associada a outra condição — “*vigência de estado de guerra ou de mobilização*” — tanto que, durante o longo período de anormalidade que o país atravessou de 1941 a 1945, várias transferências foram concedidas a oficiais, precisamente porque foram consideradas como não causando *prejuízo ao serviço*. E quando dúvida pudesse haver, seria esta desfeita pela redação do novo Estatuto dos Militares, posteriormente promulgado e atualmente em vigor (decreto-lei n.º 9.698, de 2 de setembro de 1946), que, no art. 54, só faculta ao Govêrno suspender — “*o direito à transferência para a reserva na vigência do estado de guerra ou de mobilização*” — suprimindo, assim a condição — “*quando possa acarretar prejuízo para o serviço*” — certamente por considerá-la redundante ou excessiva, por ser evidente esse *prejuízo* na vigência do estado de guerra ou de mobilização.

III. Quando estudavam o recurso a ser interposto do despacho que indeferira o seu pedido de transferência para a reserva, foi promulgado o novo Es-

tatuto dos Militares, como acima se referiu, tomando então os suplicantes conhecimento do Parecer n.º 50 do Exmo. Sr. Consultor Jurídico do Ministério da Guerra, em consequência do qual aquêlê Ministério baixou o *Aviso n.º 129*, publicado no “Diário Oficial” de 29 de março de 1947, pelo qual se dispõe que as reformas ou transferências para a reserva requeridas antes do novo Estatuto *se deveriam regular pela legislação anterior*, vigente ao tempo do pedido, sob o irresponsível fundamento de que é certo que, via de regra, as reformas e as aposentadorias são reguladas pela legislação vigente na época da sua concessão. Na hipótese, porém, o *militar não só preencheu as condições legais para a obtenção da transferência de acôrdo com a legislação citada*, mas também e principalmente chegou a invocar os favores dessa legislação mediante requerimento.

IV. Apoiados nesse parecer, fizeram então os suplicantes, em abril de 1947, novo requerimento ao Exmo. senhor Ministro da Aeronáutica, salientando que o seu direito não fôra de modo algum prejudicado pelo novo Estatuto, e que nestas condições, deveriam ser deferidos os seus pedidos de transferência para a reserva remunerada, no pósto de 2.º tenente e com as vantagens legais.

a) que o indeferimento do seu pedido pelo Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica é, *data venia*, manifestamente ilegal, pois contraria aquêles dispositivos legais e se fundou num aviso ministerial inaplicável ao caso, quer por não se achar o país “em estado de guerra ou mobilização”, quer por ter sido abolida pelo novo Estatuto dos Militares (decreto-lei n.º 9.698, de 2 de setembro de 1946, art. 54), a referência existente no Estatuto anterior e relativa à suspensão de tais transferências, quando ocasionassem prejuízo para o serviço;

b) que o pedido de transferência para a reserva remunerada feito pelos suplicantes se há de regular *pela legislação vigente ao tempo em que foi formulado*, pelas razões constantes do aludido Parecer n.º 50 do ilustre Consultor Jurídico do Ministério da Guerra, que consagrou a melhor doutrina

e também porque nenhuma lei posterior pode dispor retroativamente em prejuízo do *direito adquirido* (Constituição Federal de 18 de setembro de 1946, art. 141, § 3.º);

c) que, satisfazendo, como satisfazem, os suplicantes as exigências da lei, ao Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica não era dado indeferir os seus requerimentos, sob pena de expor o seu ato à censura do Poder Judiciário.

A despeito de se acharem escudados no referido parecer do ilustre Consultor Jurídico do Ministério da Guerra não tiveram melhor sorte os suplicantes, mandando o Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica, por despacho de 19 de junho de 1947, *arquivar* os seus requerimentos — “à vista do disposto no Aviso n.º 33, de 30 de abril de 1946”.

Manteve-se, por esta forma, *data venia*, a ilegalidade do ato ministerial, com a agravante, já agora, de que o novo Estatuto dos Militares (decreto-lei n.º 9.698, de 2 de setembro de 1946), não mais justifica a existência do citado Aviso n.º 33, de vez que, como se salientou, o art. 54 daquele diploma legal suprimira a condição constante do art. 147 do Estatuto anterior (decreto-lei n.º 3.864, de 24 de novembro de 1941), referente à suspensão dos pedidos de transferência para a reserva quando ocasionasse “*prejuízo para o serviço*”, única matéria que fôra regulada em dito aviso.

V. Embora desanimados, tinham os suplicantes de esgotar os recursos administrativos antes de pleitear, por via judicial, o reconhecimento do seu direito.

Formularam, assim, a 27 de junho de 1947, um *pedido de reconsideração*, que o Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica houve por bem indeferir, por despachos publicados no “Diário Oficial” de 17 de setembro de 1947, a fls. 12.343 e de 2 de outubro de 1947 a fls. 12.851.

A seguir, e de acordo com a praxe, pediram os suplicantes ao Exmo. senhor Ministro da Aeronáutica a necessária licença para recorrer ao Poder Judiciário, o que lhes foi concedido por despacho de 5 de dezembro de 1947.

VI. De todo o exposto, resulta, portanto: a) que os suplicantes *contam mais de 25 anos de serviço* dos quais *mais de 17 de serviço ativo e 10 de serviço aéreo*, computável este para todos os efeitos legais, inclusive a *transferência para a reserva remunerada*, tudo de acordo com a legislação especial invocada (decreto-lei n.º 18.339, de 9 de agosto de 1928, arts. 9.º 11 e 12, decreto-lei n.º 8.028, de 2 de outubro de 1945, art. 1.º e seus parágrafos);

b) que, ao requererem, em janeiro de 1946, a sua transferência para a reserva remunerada os suplicantes se achavam amparados pelos arts. 143, letra b, e 144 do Estatuto dos Militares então vigente (decreto-lei n.º 3.864, de 24 de novembro de 1941), que lhes assegurava esse direito, ao disporem que os *sub-oficiais* que contassem mais de 25 *anos de serviço* poderiam ser transferidos para a reserva.

VII. Nestas condições, e esclarecendo que a prova do tempo de serviço, teor dos requerimentos, despachos e demais fatos articulados nesta petição constam do pedido de certidões formulado às autoridades do Ministério da Aeronáutica, conforme despacho de deferimento publicado no “Diário Oficial” de 22 de novembro de 1947 — ora anexo — os suplicantes requerem que, nos termos da Lei n.º 94, de 16 de dezembro de 1947, sejam requisitados do Ministério da Aeronáutica os processos referidos na presente petição para a extração das peças necessárias ao esclarecimento da causa e pedem que D. A. a presente e depois de preenchidas as formalidades legais, haja por bem esse egrégio Tribunal conceder o mandado de segurança impedido, para o efeito de ser determinado ao Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica que tome as necessárias providências, no sentido de tornar efetiva a transferência dos suplicantes para a reserva remunerada, no posto de 2.º tenentes, com as vantagens legais a que têm direito, de acordo com a legislação vigente invocada.

Ouvida a autoridade apontada como coatora, esta prestou as informações que se vêem de fls. 17 a 21, tendo o Exmo. Sr. Dr. Procurador da República assim oficiado: (fls. 32-38).

É o relatório.

VOTO — 1.<sup>a</sup> PRELIMINAR

O Sr. Ministro Sampaio Costa (Relator) — A matéria contida no presente mandado enseja duas preliminares: uma de relação à aplicação ou vigência do disposto no art. 320, n.º II, do Código de Processo Civil, e outra relativa à tempestividade do pedido.

Como a primeira sobreleva à segunda eu desejo apresentá-la, desde logo, ao Tribunal.

Em voto preliminar proferido no mandado de segurança n.º 12, do Distrito Federal, de que fui relator, tive oportunidade de abordar o cabimento do *remedium juris* ora impetrado, diante do texto explícito do art. 320 do Código de Processo Civil, e disse, então, naquele meu voto:

“Há quem sustente que, diante da amplitude da norma contida no art. 141, § 24, da Constituição vigente, as restrições impostas à concessão do mandado de segurança pelo art. 320 do Código de Processo Civil não podem mais prevalecer. Não acompanho esse entendimento. Acho, ao contrário, que as aludidas restrições continuam de pé, em plena vigência, não só porque não estão em conflito com o mencionado texto constitucional, como porque, por assim dizer, o completam.

O princípio estabelecido na norma constitucional em questão é idêntico ao que se continha na Constituição de 1934, art. 113, n.º 33, que criou o mandado de segurança, entre nós. Não é mais nem menos amplo. Basta cotejar os dois textos para chegar-se a essa certeza.

Ora na vigência desta última Constituição, o Congresso, regulamentando o instituto por ela criado, votou a lei n.º 191, de 1936, que, logo após, entrou em execução, estabelecendo no seu art. 4.º, as seguintes restrições à concessão do *writ*, que sempre foram aceitas e acatadas por juristas e Tribunais do País, como acordos com o princípio geral estabelecido na Constituição e conformes à natureza e finalidade do instituto:

a) quando se tratasse de liberdade de locomoção, exclusivamente; b) no caso de ato de que coubesse recurso administrativo, com efeito suspensivo, independente de caução, fian-

ça ou depósito; c) nas questões puramente políticas; d) no caso de ato disciplinar.

Logo, o disposto no art. 320 do Código de Processo Civil não pode ser tido como colidente com o que preceitua o art. 141, § 24, da atual Constituição, de vez que outra coisa não é que a reprodução quase fiel do art. 4.º, da falada lei n.º 191. A alteração existente consiste na substituição do inciso III, daquela lei, referente às questões puramente políticas, por outro, que tomou o n.º IV, e já foi por nós transcrito no começo deste voto.”

Ora, o art. 320, inciso II, do Código de Processo Civil proíbe o mandado de segurança quando se tratar de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo. A disposição tem sua razão de ser lógica e irrecusável. É que visando o mandado a tutela do direito por meio da suspensão do ato violado e, tendo o recurso com efeito suspensivo, a propriedade de suspender também o efeito do ato, que poderá, afinal, administrativamente ser removido evidente se torna a inconveniência e desnecessidade do remédio excepcional. Certo que, não provido o recurso, pode o recorrente socorrer-se do mandado contra essa segunda decisão, mas impetrá-lo, desde logo, antes de recorrer ou de ser decidido o recurso, será utilizar-se de um remédio extraordinário, instituído para casos excepcionais, quando a lei faculta um recurso ordinário pronto e que considera adequado à proteção do direito.

A consequência lógica que se tira da regra legal acima mencionada é a de que ela não permite o mandado quando o interessado não usou ou deixou perimir o direito de recorrer administrativamente.

Há, porém, os casos em que o que se pretende com o mandado não é a suspensão do ato violado, mas sim provocar um ato ou procedimento administrativo. Em tais casos não é possível pensar em recurso suspensivo, pois que não se trata de evitar que, desatendida a pretensão, possa a autoridade empregar os meios de coerção. Mas, se assim é, verifica-se que o que a lei quis evitar com o

efeito suspensivo foi a executoriedade do ato, antes de sua confirmação pela autoridade superior, e não propriamente o recurso administrativo. Este, desde que previsto em lei preclui o mandado, porque, como muito bem adverte Castro Nunes (*Do Mandado de Segurança*), "o que se teve em vista foi sujeitar o procedimento da autoridade, agindo ou abstendo-se de agir, ao exame das instâncias administrativas superiores, de modo a provocar sobre elle uma decisão. E, continua o insigne magistrado e publicista: "A regra é o recurso, isto é, a necessidade de usar do recurso administrativo como condição para o ulterior pedido de mandado de segurança. O interesse público ligado a essa exigência legal é a conveniência de reservar à própria administração possibilidades de voltar atrás, não insistir numa ofensa a direito não insistir na recusa de uma prestação devida, prevenindo por si mesma as consequências reparativas que possam advir do procedimento das autoridades inferiores. Aquella regra opõe o legislador suas restrições:

a) o recurso administrativo terá de ser suspensivo;

b) independerá de caução, fiança ou depósito.

Se o recurso não é suspensivo o ato de executar a violência se realiza ou consuma-se, e facultada está a via judicial. Se para recorrer ou seguir o recurso se exige segurar a Fazenda por qualquer daqueles meios ou se impõe ao recorrente ônus equivalente, obrigado não está elle a tentar as vias administrativas, qualquer que seja a natureza da prestação, negativa ou positiva."

Estas ligeiras considerações vêm a propósito do presente requerimento de mandado. Visa elle provocar um ato, uma prestação positiva da administração, qual a transferência dos requerentes para a reserva remunerada, no posto de 2.<sup>o</sup> tenente, com as vantagens devidas. Alegam os requerentes possuírem direito certo e incontestável à tal transferência e que tendo requerido ao Sr. Ministro da Aeronáutica, este a denegou, indeferindo não só o pedido, como o recurso de reconsideração que para

elle interuseram do despacho denegatório.

Mas o ato que pretendem provocar não é propriamente da alçada do Ministro da Aeronáutica e sim do Senhor Presidente da República. As transferências dos militares para a reserva remunerada são feitas por meio de decreto executivo baixado pelo Presidente da República. Assim investindo contra um ato do Ministro que lhes negou o pedido de transferência pretendem a execução de um ato por parte do Presidente da República. Se o ato de transferência é da competência do Presidente da República, e não propriamente do Ministro, e se este indeferiu o pedido dos requerentes cumpria a estes recorrer ao Sr. Presidente da República e, caso S. Ex.<sup>a</sup> não desse provimento ao recurso, utilizar-se então do *writ*. Prescindir, porém, do recurso natural à autoridade competente, para vir depois exigir dessa autoridade, embora indiretamente, mas por via judicial, a prática de um ato que não denegou, é que não me parece regular e procedente. Se os requerentes erraram na interposição do recurso, deixando de dirigi-lo ao Sr. Presidente da República para dirigi-lo, a título de pedido de reconsideração, ao Sr. Ministro da Aeronáutica, a culpa exclusiva é deles. O que não é possível é este Tribunal tomar conhecimento de um pedido nas condições do presente.

Não só porque lhe faltaria competência para o exame de ato do Senhor Presidente da República, e consequente expedição de mandado executório, se fôr o caso, para que elle pratique ou se abstenha de praticar o ato, como também porque o ato atacado pelo pedido de mandado não sendo, como não é, desde logo executório, podia ser removido pelo Sr. Presidente da República, mediante recurso administrativo, previsto em lei.

Nem se diga que o que se pretende com o presente mandado é apenas remover ou suspender o ato ministerial de indeferimento à pretensão dos requerentes. O que se objetiva é a prática de um determinado ato, a que os requerentes se julgam com direito certo e incontestável: a transferência dos requerentes para a reserva remunerada, prática que o Ministro ne-

gou, mas que é da alçada do Presidente da República.

E se o ato que se impugna como constrangedor não foi levado a efeito pelo Presidente da República, mas pelo Ministro da Aeronáutica, não há, diante da lei substantiva e da lei processual, como julgar cabível o *re-medium juris* impetrado.

Não tomo, por isso, conhecimento do mesmo, *ex-vi* do art. 320, II, do Código de Processo Civil.

VOTO — 1.<sup>a</sup> PRELIMINAR

O Exmo. Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — A questão, em tese, sustentada pelo nobre Relator, eu me recuso a examinar, porque para meu pronunciamento sobre a preliminar, no caso concreto, encontro elementos decisivos nestes autos.

S. Ex.<sup>a</sup> o Sr. Ministro Relator, exposta a sua tese argumentou com os fatos, e não toma conhecimento do mandado, porque os postulantes não teriam esgotado a via administrativa.

Por esse fundamento, eu tomo conhecimento do mandado, Sr. Presidente, porque se me afigura inútil o esgotamento da via administrativa.

Realmente, o Sr. Ministro da Aeronáutica, nas informações oficiais que prestou e que estão nos autos, diz que seu Aviso n.º 33, adotando um indeferimento genérico dos pedidos de transferência para a reserva, atendeu uma ordem verbal do Exmo. Senhor Presidente da República.

Conseqüentemente, Sr. Presidente, interpor recurso desta decisão, ou da decisão que viesse a ser tomada com fundamento nesse Aviso, para o Presidente da República, era insistir no inútil, porquanto o conhecimento do pensamento do Sr. Presidente da República já estava expresso, no caso.

A primeira preliminar argüida pelo nobre Relator sugere-me considerações.

Desde o princípio, havia ocorrido ao meu espírito a circunstância por Sua Excelência acentuada.

O ato que se me afigurava pretendido era da competência do Sr. Presidente da República. Em tais condições, evidentemente, este Tribunal seria incompetente.

Entretanto, não é bem a prática desse ato que os postulantes pretendem, segundo está na conclusão de sua

petição. O que eles querem é, o seguinte:

“que D. A. a presente, depois de preenchidas as formalidades legais, haja por bem esse egrégio Tribunal conceder o mandado de segurança impetrado, para o efeito de ser determinado ao Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica que tome as necessárias providências no sentido de tornar efetiva a transferência dos suplicantes para a reserva remunerada...” (fls. 7).

Vejo, na condensação do pedido, mais uma manifestação de habilidade que nós outros, que vínhamos atuando no Fôro do Distrito Federal, sempre apreciamos no Advogado que firma a petição. Cabe-nos a nós, entretanto, Juizes, interpretar o pedido, atentos aos limites de nossa competência.

Do que acabo de ler concluo que o que se visa, com o requerido é, tão somente, o afastamento dos efeitos do Aviso n.º 33, a fim de que suba até o conhecimento do Sr. Presidente da República o pedido dos postulantes, o pretendido por eles. Mas estou em que até se deve intervir a nossa autoridade, porque não encontro, salvo erro de redação, empecilho, no Aviso n.º 33, ao objetivo pretendido.

Eu peço bem a atenção do Tribunal. O Aviso n.º 33 diz isto: “Declaro a V. Ex.<sup>a</sup> que, até nova ordem do Governo, acarretam prejuízo para o serviço as transferências para a reserva, dos militares da Aeronáutica que tenham menos de 25 anos de efetivo serviço...” (fls. 19).

O Aviso n.º 33 não impede, a meu ver...

O Exmo. Sr. Ministro Sampaio Costa — Desculpe-me interromper. Eu o faço por dever e por deferência a V. Ex.<sup>a</sup>. O Aviso fala de efetivo serviço, que é expressão diversa de serviço.

Na legislação militar, o tempo de serviço diverge do tempo de efetivo serviço.

O tempo de serviço é aquêle que consta do tempo de efetivo serviço e mais dos acréscimos em outras profissões públicas, em guarnições, em vôo, quando é militar, etc., e o tempo de efetivo serviço é aquêle contado dia a dia, da data da verificação de praça até o licenciamento ou reforma.

O Exmo. Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Não estou concordando com

meu ilustre colega em sua objeção, porque êste Aviso n.º 33 é de 30-4-46, quando, salvo engano de minha parte, estava, ainda, em vigor a legislação anterior ao último Estatuto dos Militares. De forma que, quando o Aviso n.º 33 se referiu ao tempo de serviço, abrangia, evidentemente, a contagem permitida na legislação anterior, porque a contagem corrida só foi cogitação do Estatuto dos Militares, baixado em 2-9-46.

Não vejo, portanto, em que o caso dos postulantes encontre embaraço a seu seguimento no Aviso n.º 33, porque, a meu ver, o Aviso n.º 33, pelos termos em que está transcrito não colhia em sua rêde o caso presente. Não vejo, nestes autos — e gostaria que o colega me esclarecesse se estou em equívoco neste ponto — não encontro nestes autos outro motivo alegado como determinante do embaraço sofrido pelo pedido. Parece-me — eu não fiz exame direto, mas parece-me — que para o embaraço alegado se invoca precisamente o Aviso n.º 33.

*O Exmo. Sr. Ministro Sampaio Costa* — V. Ex.<sup>a</sup> permite um aparte? Estou falando porque V. Ex.<sup>a</sup> mesmo pediu esclarecimentos.

*O Exmo. Sr. Ministro Cunha Vasconcelos* — Solicitei.

*O Exmo. Sr. Ministro Sampaio Costa* — Os requerentes foram até à presença do Ministro com seu requerimento. O Aviso não lhes obstou o seguimento dos demais pedidos de reconsideração, que, todos êles, foram despachados.

*O Exmo. Sr. Ministro Cunha Vasconcelos* — Quem não obstou?

*O Exmo. Sr. Ministro Sampaio Costa* — O Aviso. Apesar de o Aviso ser normativo, mandando que se suspendam as transferências nos casos que especifica, os pedidos dos requerentes foram encaminhados ao Ministro, tendo os requerimentos dirigidos pelos postulantes ao Ministro chegado ao conhecimento do mesmo, que os despachou.

*O Exmo. Sr. Ministro Cunha Vasconcelos* — Então não tem razão de ser a minha argumentação. Entretanto, não modifico o meu voto quanto à preliminar, porque desde que o pensamento contido no Aviso n.º 33 é o do próprio Presidente da República, desnecessário e inútil se tornaria o

acesso até S. Ex.<sup>a</sup>. Conheço do mandado.

VOTO — 1.<sup>a</sup> PRELIMINAR

*O Sr. Ministro Henrique d'Avila* — Senhor Presidente, razão assistia ao nobre Relator quando declarou que os impetrantes não haviam esgotado as vias administrativas, porque de todos os atos do Ministro cabe indiscutivelmente, recurso para o Presidente da República. O pedido de reconsideração a que aludiu o nobre patrono dos impetrantes é um recurso na própria esfera administrativa do Ministério da Aeronáutica. Mas, independentemente dêle caberia recurso para o Presidente da República, que os impetrantes não interpuseram no devido tempo.

Não usando tempestivamente de semelhante recurso, renunciaram, tácitamente, os impetrantes o direito de verem sua pretensão apreciada em definitivo na órbita administrativa.

Ante o exposto, não conheço do pedido.

VOTO — 1.<sup>a</sup> PRELIMINAR

*O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo* — Não conheço do mandado nos termos do brilhante e exaustivo voto do eminente Ministro Relator.

VOTO — 1.<sup>a</sup> PRELIMINAR

*O Sr. Ministro Artur Marinho* — Sr. Presidente. O que está em causa, como preliminar, é exatamente, a vigência ou não, do art. 320, inciso II, do Código de Processo Civil. O que se discute como vigência dessa disposição legal é se ela colide ou não com a Constituição de 1946. Está-se debatendo, portanto, além da situação concretizada, uma questão em tese. A quem afirmar que a Constituição, como nova ordem jurídica, cancelou a disposição do Código de Processo, civilmente não interessará examinar se os impetrantes de agora esgotaram ou não as vias administrativas. Essa é que me parece a questão, em termos amplos. Se eu me filiasse à corrente dos que acham que sobrevive a disposição do Código de Processo Civil, então iria examinar as demais questões que vem sendo debatidas. Entretanto, *data venia* do provento Senhor Ministro Relator, que com brilho ex-

cepcional expôs os seus motivos no sentido de persistência do art. 320, II, *data venia*, repito, eu digo: a meu ver a Constituição de 18 de setembro de 1946, em seu art. 141, § 24, combinado com o § 3.º desse mesmo artigo, agastou a eficácia do art. 320 do Código de Processo Civil, salvo a de seu inciso primeiro. Realmente, se um dos argumentos mais importantes produzidos — e este o foi pelo Sr. Ministro Relator — é o de o art. 320, II, *nt.* reproduz disposições da lei n.º 191, nem assim, Sr. Presidente, podemos deixar de reconhecer que, em face da Constituição de 1934, disposições daquele diploma de 1946, pudessem ser acoimadas de inconstitucionais. Bergamini e Melquiades Picanço, afora outros, já despertam a atenção para o problema. Se isso poderia acontecer na vigência da Constituição de 1934, por que não poderia ocorrer na vigência do art. 141, § 24 da Constituição de 1946, preceito muito mais amplo? E digo eu, Sr. Presidente, que o esgotamento dos recursos administrativos importariam em se tratando de mandado de segurança, na criação a mais, por lei ordinária, de um requisito para o mandado de segurança, a meu ver inautorizados pela Lei Suprema.

Não conheço outras restrições senão aquelas que resultam do próprio texto constitucional, único autorizado como fonte, no passado ainda recente e na atualidade, para a interpretação do instituto. Nesses requisitos são: certeza e liquidez do direito pleiteado, ilegalidade, inconstitucionalidade ou abuso de ato de autoridade a que para tudo isso não se adeque o de *habeas-corpus*. Diante desses requisitos, eu não conheço em que quaisquer restrições em lei ordinária possam ter eficácia. Para o mandado de segurança, o art. 320, inciso II, está nulificado. Essa tendência é a que se pode dizer vitoriosa em afirmativas reiteradas de propectos juizes como Orosimbo Nonato e Goulart de Oliveira, sem a contradita formal de grandes outros juizes do Supremo Tribunal Federal. E, se examinássemos casos chegados àquele pretório excelso, veríamos que primaria a autoridade de julgados daquela alta Córte, no sentido das afirmações que eu vinha fazendo. Cito,

bem a propósito, casos em que tive, como juiz, que sobrelevar questões preliminares como esta, para os casos, repito, de ação ordinária proposta contra a União Federal. Fiz afirmativas como a que estou fazendo neste momento, e elas não foram contestadas. Essa questão, e muitas outras parecem, em se tratando de mandado de segurança de funcionários públicos, teriam antes que pedir licença a autoridades as quais já não estavam subordinadas, para recorrer às vias judiciais. Falei eu também, Sr. Presidente, no § 4.º do art. 141, da Constituição. É aquele que estabelece não poder a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário quaisquer atos lesivos do direito individual. Sei qual a réplica que se dá aos que invocam esse art. 4.º. A ação ordinária é um meio de chegar às vias judiciais, realizando o que se contem nesse parágrafo. Sei disso. Mas quando consideramos que o mandado de segurança, como diria Costa Manso, é uma ação de rito sumário, conceito que em outras palavras repete Pontes de Miranda; quando consideramos que para a propositura de ação só se exige o que o direito teórico, clássico e material já consolidou, em disposições do Código Civil (arts. 75 e 76) e 2.º do Código de Processo respectivo: quando, pois, consideramos para o exercício da ação apenas a necessidade de legítimo interesse moral e econômico, e quando esse interesse moral e econômico pode ser verificado para o exercício da ação sem dependência de formalidades secundárias, temos de chegar à conclusão de que crescem razões para que, no mandado de segurança, não prevaleça a questão ora pretendida na preliminar levantada. Sr. Presidente: uma das boas regras de direito judiciário moderno é não superestimar pequenos motivos. É não fragmentar o direito com excesso de exigências formais. O que se quer é que os pretórios de justiça possam reconhecer o “direito à paz entre litigantes” como acentuava Jhering. Esse direito à paz pode ser promovido por mandado de segurança em que a disciplina do direito administrativo não interfere senão em casos excepcionais. Não sei como não chegarmos a uma conclusão exclui-

dora do art. 320, inciso II, do Código de Processo Civil sem excessos. Não conhecendo outras restrições ao mandado de segurança senão as levantadas pela Constituição em vigor, já bastante cautelosa, não dou pela preliminar levantada e tomo conhecimento do pedido sôbre o qual aqui se questiona.

1.<sup>a</sup> PRELIMINAR — ESCLARECIMENTO  
DE VOTO

*O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos* — Sr. Presidente, peço a palavra, pela ordem.

O Tribunal ouviu o brilhantíssimo voto do Sr. Ministro Artur Marinho, em que S. Ex.<sup>a</sup> abrindo o debate, examinou a preliminar sob o aspecto constitucional.

Quero esclarecer meu próprio voto, declarando que não entrei no terreno que S. Ex.<sup>a</sup>, com tanto brilho ilustrou, em atenção àquela velha recomendação de doutrina e também de jurisprudência, segundo a qual, sempre que se puder decidir a relação jurídica presente sem enfrentar a matéria constitucional, assim se deve preferir.

Encontrei, nos autos, elementos pelos quais pude examinar e me pronunciar sôbre a preliminar levantada por S. Ex.<sup>a</sup>. Por esta razão, abster-me de apreciar a questão constitucional, mesmo porque, se fôr êsse o terreno que deveremos pisar, nesse caso teremos que suspender o julgamento em virtude da exigência da publicação do relatório.

VOTO — 1.<sup>a</sup> PRELIMINAR

*O Exmo. Sr. Ministro Abner de Vasconcelos* — Sr. Presidente, o voto emitido pelo Sr. Ministro Relator, oferece dois pontos de consideração que foram seus próprios fundamentos: primeiro, não cabe o mandado de segurança porque os impetrantes primeiramente não se utilizaram das vias administrativas; segundo, porque o ato, pelo qual os impetrantes desejam ser levados ao quadro da reserva militar, não cabe atribuição do Ministro da Aeronáutica e sim do Presidente da República.

Não me filio à opinião de S. Ex.<sup>a</sup> quanto à necessidade do esgotamento

das vias administrativas para que a parte possa lançar mão do mandado de segurança. Não é de hoje a interpretação que tenho dado ao assunto porque, desde a promulgação da Constituição, no Tribunal de que fazia parte, entendi que a exigência das vias administrativas não podia prevalecer em face do texto constitucional. O direito da parte não podia sofrer limitação pela exigência anterior da lei processual, uma vez que o dispositivo básico é molde a que tenha o mais amplo sentido.

Entretanto, não aceitando, nem votando com V. Ex.<sup>a</sup> sob êsse aspecto da necessidade do preenchimento da condição das vias administrativas, estou com V. Ex.<sup>a</sup>, entendendo que não se deve conhecer do recurso porque, inquestionavelmente, não se trata de lesão causada pelo Ministro da Aeronáutica. Se, por ventura, o titular da pasta indeferiu o pedido dos requerentes, êsse indeferimento não pode produzir efeito legal, porque, só o Presidente da República tem competência para transferir oficial da ativa para a reserva. Neste caso, embora o ato tenha sido do Ministro, o Tribunal de Recursos não pode reconhecer como sua a competência, porque o Ministro praticou um ato impróprio. Não nos cabe corrigi-lo, uma vez que a competência, na realidade legal, é do Presidente da República. Assim sendo, embora o Ministro tenha despachado negativamente o pedido dos requerentes, êles têm que procurar remédio, administrativa, ou juridicamente, junto ao Presidente da República ou junto ao Supremo Tribunal Federal, nunca perante êste Tribunal. Só podemos tomar conhecimento de ato de Ministro, quando êle tem competência para o ato, ou se não tem, o recurso vise unicamente decretar-lhe a anulação.

*O Exmo. Sr. Ministro Cunha Vasconcelos* — Este aspecto já abrange a segunda preliminar.

*O Exmo. Sr. Ministro Abner de Vasconcelos* — O voto do Sr. Ministro Relator foi nos dois sentidos.

*O Exmo. Sr. Ministro Cunha Vasconcelos* — O Sr. Ministro Relator levantou duas preliminares: primeira, o não esgotamento das vias administrativas; segunda, se não prevalecesse

a primeira, a de competência do Tribunal.

*O Exmo. Sr. Ministro Sampaio Costa* — Levantei a primeira preliminar no sentido de não conhecer do recurso por não ter a parte recorrido administrativamente. A segunda preliminar a que aludi, caso essa fôsse vencida, era da decadência do direito dos impetrantes. Não levantei a segunda pelo seguinte: o ato era do Ministro, o ato foi praticado pelo Ministro. Se o ato positivo, que eles desejavam anular, não era da competência do Ministro, entretanto, o indeferimento era do Ministro.

Nessas condições, sendo o mandado de segurança requerido contra o Ministro e não podia ser contra o Presidente da República, porque não havia ato nenhum do Presidente da República — neguei o recurso pelos motivos que expus no meu voto.

*O Exmo. Sr. Ministro Abner de Vasconcelos* — O voto do Sr. Ministro Relator abrangia exatamente os dois aspectos que estou apreciando.

*O Exmo. Sr. Ministro Artur Marinho* — V. Ex.<sup>a</sup> está colocando a situação do debate dessa primeira questão preliminar sôbre dois aspectos. A dificuldade é a apuração de votos no futuro, quando terminar a votação.

*O Exmo. Sr. Ministro Abner de Vasconcelos* — Cada coisa ficará no seu lugar. Já me manifestei contrário à inidoneidade do mandado quanto à falta de preenchimento das vias administrativas. Quanto ao segundo assunto, estou perfeitamente de acôrdo com a maioria.

*O Exmo. Sr. Ministro Sampaio Costa* — Perdão, não há maioria. A votação contra está em número maior. Há três contra e dois a favor.

*O Exmo. Sr. Ministro Abner de Vasconcelos* — Sr. Presidente, quanto à preliminar de que não cabe mandado de segurança quando a parte não preencheu tôdas as vias administrativas, a meu ver, não procede.

*O Exmo. Sr. Presidente Ministro Armando Prado* — Nessas condições, V. Ex.<sup>a</sup> toma conhecimento do mandado?

*O Exmo. Sr. Ministro Abner de Vasconcelos* — Tomo. Parece-me que o

Sr. Ministro Relator envolveu os dois aspectos por mim referidos.

*O Exmo. Sr. Ministro Sampaio Costa* — Envolvi para argumentação porque não podia deixar de envolver. O mandado é requerido contra ato do Ministro. O Ministro praticou o ato. O Presidente da República não praticara ato nenhum. Logo, não poderia mandar concluir pela incompetência do Tribunal e competência do Supremo Tribunal, porquanto não houve ato nenhum impugnado do Presidente da República.

*O Exmo. Sr. Ministro Abner de Vasconcelos* — Quanto à primeira parte, tomo conhecimento do mandado e, nesse caso, tenho que levantar uma outra preliminar.

### 3.<sup>a</sup> PRELIMINAR — INCOMPETÊNCIA

*O Sr. Ministro Macedo Ludolf* — Pelo que depreendi, o Ministro da Aeronáutica teria interferido na pretensão dos impetrantes, baseado numa portaria por êle mesmo baixada, e em virtude de ordem superior do Sr. Presidente da República. Isso, parece-me que é um ponto pacífico no caso. Portanto, o que está em jôgo é justamente essa portaria que o Ministro de Estado, como delegado do Presidente da República, baixou por ordem de S. Ex.<sup>a</sup>

Assim sendo, voto pelo não conhecimento do pedido, em virtude da incompetência do Tribunal para conhecer de ato do Chefe de Estado.

*O Sr. Ministro Armando Prado* (Presidente) — Pela votação que estou tomando, a preliminar é tão sômente considerada em face do art. 320, n.º 2, do Cód. de Proc. Civil.

*O Sr. Ministro Macedo Ludolf* — Aliás, por isso mesmo acentuei que êsse aspecto preliminar era secundário diante do outro. Acho que a incompetência do Tribunal é manifesta. Êsses decretos de transferência para a reserva são do Presidente da República.

*O Sr. Ministro Armando Prado* (Presidente) — Voltamos a alterar a votação?

### EXPLICAÇÃO DE VOTO PRELIMINAR

*O Exmo. Sr. Ministro Abner de Vasconcelos* — Sr. Presidente, para evitar incongruência, eu, que já me ma-

nifestei, dou o dispositivo do meu voto, no sentido de não conhecer do pedido, não pelo fundamento da preliminar levantada pelo Sr. Ministro Relator, mas pela falta de competência do Tribunal para conhecer de ato que só pode ser praticado pelo Presidente da República.

PEDIDO DE PREFERÊNCIA

3.<sup>a</sup> PRELIMINAR — INCOMPETÊNCIA

*O Sr. Ministro Macedo Ludolf* — É uma preliminar que não pode ser secundária. Sobreleva a tôdas as outras, porque se formos incompetentes, não nos poderemos manifestar.

*O Sr. Ministro Artur Marinho* — V. Ex.<sup>a</sup> está pedindo preferência para uma terceira preliminar?

REITERAÇÃO DO PEDIDO DE PREFERÊNCIA  
PARA A 3.<sup>a</sup> PRELIMINAR

*O Sr. Ministro Macedo Ludolf* — Peço a atenção de V. Ex.<sup>a</sup> para este aspecto: levantei a preliminar de que o Tribunal não poderá entrar em apreciação sobre qualquer matéria do processo, porque temos que examinar se ele é competente ou não. Entendo que não é competente. Agora, se o Tribunal entender de modo contrário, então faremos o julgamento.

Sr. Presidente. Peço que submeta ao Tribunal a preliminar que levantei.

1.<sup>a</sup> PRELIMINAR — EXPLICAÇÃO DE VOTO

*O Sr. Ministro Sampaio Costa* — Sr. Presidente, pela ordem. Suscitei a preliminar que ora se discute: — *não cabimento de mandado, quando não se houver esgotado o recurso administrativo*, — justamente porque, em casos que tais como o em julgamento, ela é manifestamente procedente. Não acolhê-la, será, com a devida venia dos que pensam em contrário, subverter a índole e finalidade do mandado de segurança. O ato que se impugna é um despacho de indeferimento, mas o que se pretende com a impugnação, o que se exige, é a prestação de um ato que não é da alçada da autoridade que proferiu o mesmo despacho, mas de autoridade superior a ela hierárquicamente. Alegue-se que o dito indeferimento violou direito certo e incontestável, mas a verdade é que esse direito não foi objeto de exame

por quem competente para, em última análise, reconhecê-lo ou desprezá-lo e, em consequência, satisfazer ou recusar a prestação exigida — E por que? Justamente porque não foi ouvido, porque não recorreram para êle. Ataca-se a ilegalidade de um ato ministerial, mas o que se pretende, atacando-o, à prestação de um ato de alçada do Presidente da República. O aviso n.º 33 não é mais do que uma norma subsidiária legal contra o qual não cabe o uso do *writ*. Não houve, no caso, ato algum do Sr. Presidente da República. Por isso, deixei de tomar conhecimento do pedido, não porque não competisse a este Tribunal o exame de ato ministerial, mas porque a parte não recorrera administrativamente. Entendimento diverso levará o Tribunal a decisões incompatíveis com a natureza do instituto para o qual se apela, no momento. Há que traçar diretrizes seguras para evitar possíveis incoerências. O mandado de segurança nasceu entre nós, como sabemos, da necessidade de preencher uma grave lacuna na nossa legislação processual e, ao mesmo tempo, evitar os inconvenientes da sedutora, mas por vezes perturbadora doutrina de Pedro Lessa a respeito da extensão e emprêgo do *habeas-corpus*. Não foi criado para possibilitar postulação rápida de qualquer direito, fôsse qual fôsse, mas para casos especiais, previstos na Constituição. É medida heróica, excepcional que só deve ser empregada e acolhida, de acôrdo com a lei, dentro da sua conceituação e finalidade própria, nos justos limites da tradição brasileira. Se a parte tem em mãos um recurso legal ordinário e adequado para com êle embargar a violência do atentado ao seu direito, deve e cumpre usá-lo primeiro. É da boa doutrina, da sã política e prática administrativas que as próprias autoridades administrativas examinem ou reexaminem os atos seus ou de seus inferiores hierárquicos anulando-se ou corrigindo-os, quando ilegais ou injustos, seja de *motu proprio*, seja por provocação, mediante recurso do interessado; e, se há essa oportunidade, não há como dispensá-la ou trocá-la, para conferir ao judiciário o reexame de um ato que não chegou a seu têrmo definitivo.

Essas as explicações que desejava dar à margem de meu voto.

### 3.<sup>a</sup> PRELIMINAR — INCOMPETÊNCIA E EXPLICAÇÃO DO PEDIDO DE PREFERÊNCIA

O Sr. *Ministro Macedo Ludolf* — Sou pela nossa incompetência. A preliminar por mim suscitada é de aspecto predominante. Se o Tribunal julgar-se competente, passarei a examinar outro aspecto ventilado pelo Sr. *Ministro Relator*.

O Sr. *Presidente* — V. E.<sup>a</sup>, sugere que se dê preferência a esta primeira preliminar, mas nesta hipótese, seriam três as preliminares levantadas. Em primeiro lugar está a questão de competência; em segundo lugar o não conhecimento porque os postulantes não esgotaram as vias administrativas e, em terceiro lugar, a intempestividade do recurso.

Eu estava, justamente, colhendo votos com relação a este aspecto de que os postulantes não haviam esgotado as vias administrativas, quando S. Ex.<sup>a</sup>, o Sr. *Ministro Macedo Ludolf* suscitou a preliminar de incompetência. De modo que se eu incorporar essa matéria na primeira terei que colher novamente os votos a fim de verificar se os Srs. *Ministros* que já votaram, também entendem de debater a matéria da incompetência.

Há um princípio, se VV. *Excias.* me permitem lembrar, um postulado de lógica com relação a método. É que todas as vezes que surgirem dificuldades, para facilitar o trabalho cumpre examiná-las, uma por uma, a fim de chegar-se a uma situação clara e evidente. Nestas condições, aplicando este postulado lógico, eu sugeriria aos Srs. *Ministros* o seguinte: em primeiro lugar colher votos com relação à primeira preliminar: os postulantes não esgotaram as vias administrativas; em segundo lugar, a preliminar de incompetência e, em terceiro lugar, a preliminar de intempestividade. Parece-me que não haveria prejuízo nisso.

O Sr. *Ministro Abner de Vascelos* votou com duas razões. O voto de S. Ex.<sup>a</sup> foi tomando conhecimento do mandado e acho que, em face do texto constitucional, não prevalece o dispositivo do Cód. de Proc. Civil. Agora, com relação à incompetência,

S. Ex.<sup>a</sup> tomava uma orientação contrária, quer dizer, tomava conhecimento do mandado. Está, portanto, em votação a preliminar suscitada pelo Sr. *Ministro Macedo Ludolf*. Vou colher os votos com relação à preliminar da incompetência.

### VOTO 3.<sup>a</sup> PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA

O Sr. *Ministro Sampaio Costa* — Eu me conformo com a decisão do Tribunal que deu preferência à preliminar suscitada pelo Sr. *Ministro Macedo Ludolf*. Mas, o fazendo, conheço do recurso, nessa situação, e conheço do recurso porque não se trata de ato do *Presidente da República*. O ato atacado não é do *Presidente da República*. O ato atacado é do *Ministro da Aeronáutica*.

Não se venha dizer que há um aviso ministerial aprovado pelo *Presidente da República*. Em primeiro lugar, o aviso é uma norma geral, é uma regra subsidiária, por assim dizer um complemento de uma disposição de lei. Contra a lei em abstrato, em tese, não cabe mandado de segurança. Por várias vezes já tenho afirmado, com os meus votos, este princípio. É exato que a lei pode ser atacada, mas através de um ato concreto, de um ato calcado sobre ela. Só assim a lei poderá ser atacada por mandado de segurança.

Não vejo nenhum ato do *Presidente* atacado, porque S. Ex.<sup>a</sup> nada negou, nada deu. Nada tem com o caso.

O que veio a este Tribunal foi o exame de um ato do *Ministro da Aeronáutica*. Nos termos de lei, devemos examinar se este ato está conforme o direito, conforme a lei.

O Sr. *Ministro Macedo Ludolf* — O *Ministro* declarou que o praticava por ordem do *Presidente da República*.

O Sr. *Ministro Sampaio Costa* — Mas é uma norma. Não é um ato. Ato teria sido se ele *Presidente*, houvesse mandado suspender a transferência dos impetrantes, nominalmente. Aí, sim, não seria norma.

O Sr. *Ministro Macedo Ludolf* — Neste ponto ele agiu como mero delegado do *Presidente da República*.

O Sr. *Ministro Sampaio Costa* — De forma que, nestas condições, eu conheço do pedido, sob este fundamento:

porque acho que nenhum ato do Presidente da República foi atacado.

*O Sr. Ministro Armando Prado* (Presidente Substituto) — O Tribunal seria, portanto, competente por se tratar de ato do Ministro?

*O Sr. Ministro Sampaio Costa* — Sim. A outra questão é uma questão diversa.

### VOTO 3.<sup>a</sup> PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA

*O Exmo. Sr. Ministro Cunha Vasconcelos* — Sr. Presidente. Positivamente, a competência é do Tribunal.

Na petição se disse, de um modo contornante, o que, em realidade, se pretende. O que, em realidade, se pretende é isto:

“Haja por bem o egrégio Tribunal conceder o mandado de segurança impetrado, para o efeito de ser determinado ao Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica que tome as necessárias providências no sentido de tornar efetiva a transferência dos suplicantes para a reserva remunerada...” (fls. 7).

Que providências são essas?

— O encaminhamento do processo ao Presidente da República, porque o Ministro da Aeronáutica não tem competência para resolver definitivamente. De forma que a competência é, positivamente, do Tribunal.

Nas informações é que se diz que o Aviso foi baixado em razão de ordem verbal do Presidente da República. Não sabemos se isto é exato, ou não. Admitimos que seja, dada a autoridade que afirma. Mas não temos que entrar nessa indagação, neste momento. A competência para se conhecer do que se pede é nossa, mesmo porque se se pedisse além do que nos compete decidir, nós limitaríamos a nossa decisão.

*O Exmo. Sr. Ministro Armando Prado* (Presidente Substituto) — Vossa Excelência conhece a competência do Tribunal?

*O Exmo. Sr. Ministro Cunha Vasconcelos* — Pela competência do Tribunal.

### VOTO 3.<sup>a</sup> PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA

*O Exmo. Sr. Ministro Henrique d'Ávila* — Também despreso a preliminar de incompetência levantada pelo Senhor Ministro Macedo Ludolf. Entendo

que não está em causa nenhum ato do Presidente da República.

Ambos são da autoria do Ministro de Estado — não só o Aviso n.º 33, como o despacho que indeferiu a pretensão dos impetrantes de passarem para a reserva.

Portanto, o Tribunal é competente para conhecer da matéria.

Despreso por isso a preliminar e tomo conhecimento do pedido.

### VOTO 3.<sup>a</sup> PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA

*O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo* — Pouco importa haver-se alegado que o Ministro de Estado atuou autorizado pelo Exmo. Sr. Presidente da República. O que o impetrante deseja, o que o requerente solicita é que o seu processo suba ao Chefe de Estado para despacho. Esse o anseio que o Secretário de objetivo da impetração. Somos, sem dúvida, competentes, para o exame do pedido.

*O Sr. Ministro Sampaio Costa* — Mas no fundo não é.

*O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo* — Atente V. Ex.<sup>a</sup> para o disposto na Constituição, art. 91, parte geral e inciso II:

“Além das atribuições que a lei fixar, compete aos Ministros de Estado:

I .....

II — expedir instruções para a boa execução das leis, decretos e regulamentos”.

E leia-se, ainda, um pouco adiante, o art. 93. parágrafo único:

“Os Ministros de Estado são responsáveis pelos atos que assinarem, ainda que juntamente com o Presidente da República, ou que praticarem por ordem dêste.”

*O Sr. Ministro Artur Marinho* — Perfeito. De elementar compreensão.

*O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo* — Sou, por isso, contrário à preliminar. A providência é pedida contra o ato do Ministro. Êste Tribunal é competente.

*O Sr. Ministro Sampaio Costa* — Também rejeito a preliminar. Esta é que é a técnica: rejeito a preliminar.

### VOTO 3.<sup>a</sup> PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA

*O Sr. Ministro Artur Marinho* — A competência dêste Tribunal é de uma evidência raríssima.

O que o Aviso n.º 33 fez — aviso baixado pelo Sr. Ministro de acôrdo com a atribuição que lhe confere a Constituição, exatamente a disposição que o Sr. Ministro Cunha Melo acaba de ler — foi sòmente deliberar que do momento em que appareceu por diante se sobrestaria a providência a que se refere o art. 147 do Estatuto dos Militares. A parte final do art. 147 ficaria só no serviço público: o serviço público o exigia. Não se revogou nenhuma lei, não se alterou coisa nenhuma. Não se discute ato do Presidente da República. É como quem diria: Doravante não se praticará a parte final do art. 147 do Estatuto dos Militares. Só isto. É um ato típico de Ministro de Estado. Por isso digo que nossa competência é de uma evidência raríssima.

Rejeito a preliminar.

O Sr. Ministro Armando Prado (Presidente Substituto) — Vossa Excelência rejeita a preliminar?

O Sr. Ministro Artur Marinho — É óbvio que sim.

#### VOTO 3.ª PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA

O Sr. Ministro Abner de Vasconcelos — Sr. Presidente, o julgamento do mandado de segurança tem que se circunscrever ao objetivo do pedido. O que os requerentes querem é anular um ato do Ministro que os impediu de ficar afastados da atividade. Querem, portanto, que o Tribunal mande que eles fiquem nessa posição militar: colocados na reserva.

Como Ministro de Estado não tem competência para mandar official nenhum para a reserva, por ser matéria peculiar à competência do Presidente da República, não tomo conhecimento do pedido.

Não posso mandar que o Ministro faça o que os requerentes querem. Não pode ser deferido o pedido formulado ao Tribunal por lhe faltar competência. Não se trata, é verdade, de ato do Presidente da República, mas de ato que o Ministro não podia praticar. Não podemos apreciar-lhe o ato exatamente por não estar na esfera de suas atribuições.

O Exmo. Sr. Ministro Macedo Ludolf — É preciso salientar que o ato do Ministro não foi de iniciativa dêle.

Foi um ato praticado por ordem do Presidente da República. É coisa muito diferente do que se fôsse ato do Ministro.

O Exmo. Sr. Ministro Abner de Vasconcelos — Aceito a preliminar.

#### VOTO 1.ª PRELIMINAR

O Exmo. Sr. Ministro Macedo Ludolf — A Lei n.º 191 foi transplantada em seus dispositivos, para o Código de Processo Civil, como notòriamente é sabido.

Entendo que essa lei veio, justamente como medida de necessidade, para a boa regulamentação do direito que pudesse ser pleiteado através do mandado de segurança. Assim entendo, já tive ocasião de examinar certos aspectos ventilados pelo Tribunal, com referência a êsses dispositivos da citada Lei n.º 191, mas considereei um deles inconstitucional, qual seja o que impede a impetração de mandado contra medida disciplinar, esclarecendo eu, nessa ocasião, que não era possível aplicar-se êsse dispositivo em tôda a sua extensão, porque tínhamos que nos ater ao que dispõe a Constituição vigente, ordenando o emprêgo do *writ* para amparar d'reito líquido e certo, contra ato inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.

Assim, pois, cerceando o cogitado dispositivo o uso do mandado no tocante a matéria disciplinar, não poderá ser aplicado de maneira tão ampla. Teremos que examinar sempre *a priori* a legalidade ou ilegalidade do ato praticado, e assim se decidiu, aqui, por duas vezes.

Apresenta-se, hoje uma outra situação, que foi objeto de discussão no Tribunal e abordado brilhantemente pelo Sr. Ministro Relator, rebatido pelo nosso eminente colega Artur Marinho. Trata-se do art. 320, II, do Código de Processo. Mas eu entendo que êsse dispositivo não pode ter a eiva de inconstitucional; pelo menos, não é manifesta a inconstitucionalidade, pois êsse dispositivo veio apenas regular o exercício do direito por via da medida de segurança.

O Exmo. Sr. Ministro Artur Marinho — Quero produzir uma consideração, não para modificar o ponto de vista, mas para pedir a ponderação

de V. Ex.<sup>a</sup> para êsse ponto. Se houvesse necessidade, nos têrmos da Constituição de que se esgotasse o recurso administrativo nós nos veríamos na situação de deferir o mandado de segurança para a primeira instância, porque de todo ato administrativo taxado de ilegal ou abusivo nós temos sempre um recurso para o Ministro de Estado. E aí, então, a competência seria dêste Tribunal.

O Exmo. Sr. Ministro Macedo Ludolf — V. Ex.<sup>a</sup> se esquece de uma particularidade, a de que o mandado de segurança só deverá ser usado na hipótese de não poder o recurso ser suspensivo, independentemente de caução. O fim da lei é amparar o direito. Se o ato não pode ser sustado como a lei estabelece, se não é permitido o recurso suspensivo, então se impõe o uso do remédio excepcional. A meu ver, portanto, essa disposição não colide com o preceito constitucional, porque é evidente que o último manda amparar todo e qualquer direito não protegido por *habeas-corporis*, mas quan-

do líquido e certo no sentido legal. Voto portanto, pelo não conhecimento do pedido, por não terem sido esgotadas regularmente as vias administrativas.

#### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: O Tribunal por maioria de votos, rejeitou a preliminar de incompetência para conhecer do pedido, contra os votos dos Exmos. Srs. Ministros Macedo Ludolf e Abner de Vasconcelos. Por maioria de votos, não tomou conhecimento do pedido por aceitar a preliminar de não se dar mandado de segurança, quando se tratar de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo contra os votos dos Exmos. Srs. Ministros Cunha Vasconcelos, Artur Marinho e Abner de Vasconcelos. Usaram da palavra o Advogado Dr. Antônio Viana de Sousa e o Exmo. Sr. Dr. Subprocurador Geral da República. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Armando Prado.