FUNCIONÁRIO PÚBLICO — OPERAÇÕES BÉLICAS — APOSENTADORIA — VANTAGENS

— Interpretação do art. 178, letra c da Cinstituição federal de 1967.

— Idem da Lei nº 3.906, de 19 de junho de 1961.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO

PROCESSO nº 3.707-67

*

PARECER

O anexo processo, que o Ministério da Educação e Cultura submeteu ao exame desta Divisão, trata do pedido de aposentadoria de Paulo de Albuquerque, Professor de Ensino Superior da Universidade Federal de Alagoas, com fundamento no art. 9º do Regulamento do Estatuto do Magistério Superior e nas Leis ns. 1.156, de 12 de julho de 1950 (art. 1º), e 3.900, de 19 de julho de 1961 (arts. 1º e 2º), combinados com o Decreto nº 10.490-A, de 25 de setembro de 1942.

2. Pretende o requerente ser aposentado, em face da legislação citada, com proventos correspondentes aos vencimentos do cargo de Professor Catedrático, mais os respectivos adicionais, alegando, em favor do seu pedido, que conta mais de 25 anos de serviço, parte dos quais, no período de 31 de agôsto de 1942 a 22 de abril de 1944, prestados como militar, em zona de guerra definida e delimitada pelo Decreto nº 10.490-A, de 25 de setembro de 1942, conforme fotocópia de certidão fornecida pelo 20º Batalhão de Caçadores que anexou.

3. Diz ainda que o seu direito está comprovado por decisões judiciais, que cita,

e está assegurado pelo art. 177, § 1º, da nova Constituição federal, que entrou em vigor em 15 de março de 1967.

4. A Assessoria da Divisão do Pessoal do Ministério da Educação e Cultura examinou a matéria em face dos pareceres da douta Consultoria-Geral ns. 184-H, de 7-5-65, 342-H, de 31-5-66, B-7, de 18-3-60, e 445-Z, de 107-58, e também do art. 178 da Constituição vigente, concluindo pela audiência desta Divisão.

5. O Parecer nº 184-H, de 7-5-65 (*Diário Oficial*, de 22-6-65) da douta Consultoria-Geral da República, firmou orientação no sentido de que "cabe ao Poder Executivo o direito de não executar lei que julgar inconstitucional e, aos particulares prejudicados com a não execução, o de pleitearem no Judiciário a protenção que lhes adviria da lei não executada".

6. Já o Parecer nº 342-H, de 31-5-66 (*Diário Oficial*, de 27-6-66), entendeu que o art. 2º da Lei nº 3.906, de 19 de junho de 1961, era inconstitucional, porque afrontava o texto expresso da Constituição federal então vigente.

7. Despicienas, portanto, para a gestão administrativa, são as decisões judiciárias no tocante às leis julgadas inconstitucionais pelo Poder Executivo, exceto em relação aos que delas se beneficiaram, através de ação própria, ou quando, reiteradas, passem a figurar na súmula do Supremo Tribunal Federal como jurisprudência pacífica e ensejem a revisão da orientação administrativa.

8. Vê-se daí que o pedido do interessado não poderia ser atendido, porque estribado em dispositivo de lei considerado inconstitucional pelo Poder Executivo.

9. Mas, ao parecer dêste Serviço, não é sòmente sob êsse aspecto que a pretensão carece de apoio legal, ainda mesmo que se admita que a inconstitucionalidade argüida está superada com o advento da nova Carta Magna.

10. O art. 1º da Lei nº 3.906, de 1961, indica claramente, de modo insofismável, as pessoas às quais se destinam os benefícios pelo mesmo diploma outorgado. Veja-se como êle está redigido:

.."Art. 1º Os fucnionários federais e os empregados autárquicos da União *que participaram de operações de guerra na Fôrça Expedicionária, na Fôrça Aérea Brasileira e na Marinha de Guerra do Brasil* serão, ao aposentar-se, promovidos ao cargo imediatamente superior, se existir tal categoria no seu quadro, e perceberão integralmente os respectivos vencimentos." (Grifos da transcrição.)

11. Verifica-se do texto transcrito que sòmente os que "participaram de operações de guerra na Fôrça Expedicionária, na Fôrça Aérea Brasileira e na Marinha de Guerra do Brasil" fazem jus ao benefício da lei. A linguagem aí usada pelo legislador não deixa margem a dúvidas nem à interpretação diferente do objetivo colimado qual seja o de premiar aquêles que arrostaram os perigos da guerra, com o risco das próprias vidas, em defesa da Pátria.

12. Vale a pena transcrever aqui o que já disse, também a Consultoria Jurídica dêste Departamento, em parecer no Processo nº 2.734, de 1962, publicado no *Diário Oficial* de 7-8-62. Ei-lo:

"3. A Lei nº 3.906-61, é bem clara com relação à sua incidência. Sòmente fazem jus ao benefício nela consignado os funcionários públicos e os empregados autárquicos devidamente convocados para a FEB, FAB e Marinha de Guerra, e que tiveram participado de operações de guerra."

13. No processo nada existe que comprove que o requerente tenha participado de operações de guerra na Fôrça Expedicionária, na Fôrça Aérea Brasileira nem na Marinha de Guerra do Brasil. A fotocópia da certidão de tempo de serviço que o mesmo apresentou apenas diz "o requerente prestou serviços em zona de guerra definida e delimitada pelo Decreto nº 10.490-A, de 25 de setembro de 1942". Não

participou portanto, de operações de guerra nem da Fôrça Expedicionária.

14. Note-se ainda que da referida certidão consta que o requerente, a não ser no período de 3 meses e 6 dias, de 17 de julho a 22 de outubro de 1942, em que estêve convocado como reservista, prestou todo o tempo de serviço como aluno matriculado no Núcleo de Preparação de Oficiais da Reserva, órgão de Formação da Reserva, o que demonstra que não estava prestando serviço de guerra, porque êste só é prestado por militar ou civil convocado para o serviço ativo das Fôrças Armadas.

15. A propósito, convém citar o trecho do Parecer nº 444-H, de 2 de dezembro de 1966, da douta Consultoria-Geral da República (*Diário Oficial*, de 22 de dezembro de 1966), que tem a seguinte redação:

"8. Como aluno do CPOR da Aeronáutica, à época em que foi convocado, não estava o interessado capacitado a receber ou cumprir missões de qualquer natureza. E como bem salientou o ilustre Chefe do Estado-Maior da Aeronáutica.

"... A circunstância, completamente ocasional de sua organização ficar situada dentro dos limites definidos pelo Decreto nº 10.490-A, de 25 de setembro de 1942, não deve ser o bastante para o enquadramento nas disposições da Lei nº 1.156, de 12 de julho de 1950. Caso contrário, há que admitir-se, por extensão, o enquadramento de todos, sem exceção, que exerceram êste ou aquêle mister, nesta ou naquela situação, dentro da imensa faixa delimitada pelo Decreto nº 10.490-A-42. Parece que êste não é o entendimento."

16. A Constituição de 24 de janeiro de 1967, ora vigente, por sua vez dispõe, *verbis*:

"Art. 178. Ao ex-combatente da Fôrça Expedicionária Brasileira, da Fôrça Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Marinha Mercante do Brasil que tenha participado efetivamente de *operações bélicas* na Segunda Guerra Mundial são assegurados os seguintes direitos:

.....

c) aposentadoria com proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço efetivo, se funcionário público da administração centralizada ou autárquica;" (Grifou-se).

17. Embora êsse preceito conceda o direito de aposentadoria aos 25 anos de serviço, como pretende o interessado seria necessário que êste, para usufruir aquêle direito, preenchesse uma das condições estabelecidas, isto é, fôsse ex-combatente da Fôrça Expedicionária Brasileira, da Fôrça Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra ou da Marinha Mercante do Brasil e que tivesse participado efetivamente de operações bélicas, o que, como já disse, não está comprovado no processo.

18. Ainda mais: se êsse preceito constitucional tivesse convalescido o art. 2º da Lei nº 3.906, de 1961, considerado inconstitucional, e sòmente de acôrdo com o qual teria o requerente direito ao benefício do art. 1º, se satisfizesse as condições indicadas neste último, aquêle artigo sòmente passaria a vigorar com fôrça de lei a partir da vigência da mesma disposição que o convalesceu.

19. Neste caso. ainda mesmo que fôsse reconhecido ao interessado o direito à aposentadoria aos 25 anos de serviço, só agora constitucionalmente assegurado, o benefício do art. 1º da Lei nº 3.906, de 1961, não lhe poderia ser aplicado, em face do disposto no § 3º do art. 101 da nova Carta Magna, que veda a aposentadoria de funcionários com proventos superiores à retribuição na atividade.

20. De todo exposto, conclui êste Serviço que a pretensão do requerente carece de fundamento legal. Todavia, como a espécie versa matéria de interpretação constitucional, parece conveniente a audiência da Consultoria-Geral da República, após o pronunciamento da Consultoria Jurídica dêste Departamento.

Brasília, 6 de junho de 1967. — *Miriam Sampaio Lofrano,* Chefe do S.R.L.F.

De acôrdo. Não pode o pedido, na espécie, ser deferido com fundamento na Lei nº 3.906, de 1961, porque a aberrante inconstitucionalidade da redução do limite de tempo de serviço para a concessão de aposentadoria voluntária, determinada naquele diploma, acarretou que o Presidente da República, em despachos aprobatórios de reiterados pareceres da douta Consultoria-Geral da República, vedasse o acolhimento de requerimentos fundados na mesma lei.

As decisões judiciais não obrigam a administração senão em relação aos que se fizeram partes nas ações.

Doutra parte, sem prejuízo da razão principal de não aplicar-se a Lei nº 3.906, de 1961, salvo em cumprimento à decisão judicial em cada caso, cabe verificar que o Estado-Maior do Exército e a Consultoria-Geral da República de há muito já esclareceram que "zona de guerra" não se confunde com zona de "operações de guerra" (Parecer nº B-7, de 1960, da CGR).

Por isso, também, não aproveita ao requerente, na espécie, o disposto no art. 178 da Constituição federal de 1967, que assegura aposentadoria com proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço efetivo estritamente ao ex-combatente "que tenha participado efetivamente de *operações bélicas*". (Grifei).

É disposição que não ampara, òbviamente, aquêle que jamais prestou o serviço em campanha, não compareceu ao teatro das operações bélicas mas apenas estêve matriculado no CPOR coincidentemente em período de guerra.

Ao submeter o assunto à consideração do Sr. Diretor-Geral, peço vênia para propor a audiência da Consultoria Jurídica dêste Departamento, de modo a posteriormente promover-se a audiência da Consultoria-Geral da República, visando à exegese normativa do nôvo preceito constitucional.

Brasília, 7 de junho de 1967. — *Paulo César Cataldo,* Diretor da Divisão de Regime Jurídico do Pessoal.

À Consultoria Jurídica. — *Belmiro Siqueira,* Diretor-Geral.

*

PARECER

I

Em requerimento em que professor do ensino superior da Universidade Federal de Alagoas pleiteia aposentadoria em cargo de professor catedrático com invocação das Leis ns. 1.156, de 12 de julho de 1950 (art. 1º), e 3.906, de 19 de junho de 1961 (arts. 1º e 2º), deseja-se o pronunciamento desta Consultoria Jurídica.

2. Embora não desconheça o requerente pronunciamento da douta Consultoria-Geral da República no sentido da inconstitucionalidade da Lei nº 3.906, de 1961, e a tese do mesmo órgão jurídico quanto à licitude de negar o Poder Executivo cumprimento a leis que julgue inconstitucionais, entende que seu pedido encontra amparo em preceituação da Carta Política de 1967, cujo art. 178, alínea *c*, permitindo a aposentadoria do ex-combatente aos 25 anos de serviço, convalidara a mácula de inconstitucionalidade que se argüira contra a citada Lei nº 3.906, de 1961.

3. A Divisão do Regime Jurídico do Pessoal, dêste Departamento (D.R.J.P.), chamada a opinar, tece uma série de considerações para concluir que, mesmo se entendesse contornada a inconstitucionalidade da Lei nº 3.906, de 1961, com a nova disposição do art. 178, alínea *c*, da Constituição federal em vigor, a preceituação daquela lei não alcançaria o suplicante, que não participou de operações de guerra, mas, apenas, prestou serviços em zona de guerra, quer como simples reservista, quer como aluno matriculado no Núcleo de Preparação de Oficiais da Reserva.

4. Acrescenta, ainda a D.R.J.P.:

... "mesmo que fôsse reconheicdo ao interessado o direito de aposentadoria aos 25 anos de serviço, só agora constitucionalmente assegurado, o benefício do art. 1º da Lei nº 3.906, de 1961, não lhe poderia ser aplicado, em face do disposto no § 3º do art. 101 da nova Carta Magna que veda a aposentadoria de funcionários com proventos superiores à retribuição na atividade."

5. Dadas, todavia, as implicações da matéria, deseja aquela Divisão o pronunciamento desta Consultoria Jurídica e da Consultoria-Geral da República.

II

6. Esta é a primeira vez que surge a oportunidade de opinar sôbre a alegada inconstitucionalidade da Lei nº 3.906. de 1961, pelo que não me posso furtar, por dever de ofício, a essa manifestação, embora sem qualquer eficácia, do momento em que se coincidente com o parecer da douta Consultoria-Geral da República, nada se acrescentaria, e, se divergente, não teria condições de prosperar, pela maior hierarquia daquele pronunciamento. Nada obstante, pelas funções próprias do cargo em que estou investido, impõe-se expor o meu ponto de vista a respeito da matéria.

7. A objeção da inconstitucionalidade que se argüiu contra a Lei nº 3.906, de 1961, baseou-se na interpretação de que os prazos estatuídos no art. 191 e seus §§ da Constituição federal de 1946 não poderiam ser reduzidos por lei ordinária, além das hipóteses expressamente previstas no § 4º dêsse comando jurídico, isto é, os limites referidos no nº II (aposentadoria compulsória) e no § 2º (proventos integrais aos 30 anos de serviço) daquele artigo.

8. Com a devida permissão dos que pensam de modo diverso, assim não entendo. De fato, ao interpretar o art. 261 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, quando se pretendeu sustentar que sòmente alcançaria os que fôssem servidores à data da promulgação do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1946, tive oportunidade de ponderar (C. meus *Estudos de Direito Administrativo*, Imprensa Nacional. 1965, vol. II, págs. 271 e 727; *Diário Oficial*, de 10 de fevereiro de 1960, págs. 2.239 e 2.240):

"É inegável a inspiração dessa norma estatutária no preceito contido no parágrafo único do art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição, assim redigido:

"Serão considerados estáveis os atuais servidores da União, dos Estados e Municípios que tenham participado das fôrças expedicionárias brasileiras."

Daí o ter-se pretendido que, para a incidência do art. 261 do diploma básico dos funcionários públicos, era imprescindível que o beneficiário fôsse servidor desde a data da promulgação daquele Ato, em face da expressão *atuais* consignada no apenso constitucional e tendo em vista, para os defensores dessa tese, que à lei ordinária é defeso ampliar garantias constitucionais, pois a estabilidade seria matéria de competência constitucional. Nesse sentido, Carlos Medeiros Silva. *Pareceres do Consultor-Geral da República*, vol. V, págs. 263 e segs. (parecer de referência 421-T, de 14 de junho de 1954); Alfredo de Almeida Paiva, comentário *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 32, págs. 369 e segs.; e meu antecessor, parecer no processo DASP nº 6.141, de 1955, in *Revista* citada, vol. 43, págs. 356 e 357.

Não me parece, *data venia*, que seja de acolher-se a tese acima. Ao contrário do que se sustenta, o que a lei ordinária não pode é restringir as garantias constitucionais, mas ampliá-las não lhe é vedado. Como é pacífico, as Constituições estabelecem um mínimo de garantias, insuscetíveis de restrições, sendo livre, todavia, a atividade legislativa ordinária para ampliálas, desde que, como é evidente, essa ampliação não fira por qualquer motivo um postulado constitucional, o que não seria o caso. Veja-se ao propósito, o acórdão do Supremo Tribunal Federal de 4 de outubro de 1944, no recurso extraordinário nº 6.760 (embargos), Relator o Sr. Ministro Orozimbo Nonato, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. II, págs. 168 e segs. Também assim se manifestou o Dr. A-

Gonçalves de Oliveira, quando da sua primeira investidura no cargo de Consultor-Geral da República (c. *Pareceres do Consultor-Geral da República*, vol. único, 1955, págs. 137 e segs.).

Como adverte Carlos Maximiliano (*Comentários à Constituição Brasileira* 5ª edição, Freitas Bastos, 1954, vol. III, nº 586, pág. 175):

"A Constituição é a ossatura de um sistema de govêrno, um esqueleto de idéias e princípios gerais, que formam o núcleo, o credo, o dogma fundamental de um regime, o decálogo político de um povo. *Não pode especificar todos os direitos*, nem mencionar tôdas as liberdades. *A lei ordinária, a doutrina, a jurisprudência completam a obra*, sem desnaturá-la, revestindo, e não deformando, o arcabouço primitivo" (os grifos não são do original).

Não seria, por igual, de se vincular o art. 261 do Estatuto dos Funcionários ao parágrafo único do art. 18 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Embora êste tivesse inspirado aquêle, corresponde a uma ampliação do dispositivo constitucional, pois, do contrário, seria concluir pela sua inocuidade, visto que o parágrafo único do art. 18 citado, disposição transitória já tinha produzido seus efeitos, não havendo como reproduzi-lo no Estatuto seis anos depois.

Ademais, a estabilidade, como se sustentou, não é matéria de competência constitucional privativa. A Lei nº 2.284, de 9 de agôsto de 1954, *verbi gratia*, é um desmentido aos que se opõem a essa afirmação, pois confere estabilidade, em determinadas condições, a categorias funcionais que a Constituição não contemplara, ou só o fizera como disposição transitória, excepcionalmente (arts. 18, parágrafo único, e 23 do Ato das Disposições Transitórias). E nem por isso se impugnou a sua constitucionalidade, tendo sido aplicada por todos os tribunais do país, como é do conhecimento geral, inclusive pelos que se insurgem contra a tese ora sustentada."

9. A própria Constituição de 1946, reproduzindo disposição semelhante de tôdas as Constituições anteriores da República (Constituição de 1891, art. 78; Constituição de 1934, art. 114 e Constituição de 1937, art. 123), dentro dessa orientação de que à Carta Magna compete apenas assegurar um mínimo de direitos, que a lei ordinária pode ampliar, mas não restringir, estatuia claramente:

"Art. 144. A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota."

10. A conferição de vantagens excepcionais aos que participaram de operações de guerra no último conflito mundial se coadunava, integralmente, com o espírito daquela Constituição, que surgira após o movimento de redemocratização do país, para o qual tanto contribuira a vitória aliada, cuja filosofia política afinava com as idéias que forçaram a queda da ditadura que infelicitava a nação.

11. Concluiria pela inconstitucionalidade da disposição se se tratasse de restrição de limite de um modo geral, na aposentadoria a pedido, sem considerações quanto aos beneficiários, que já haviam encontrado, pelo legislador constituinte, tratamento excepcional, como faz certa a norma contida no parágrafo único do art. 18 das Disposições Transitórias daquela Constituição.

12. Não encontro, pois, razões para concluir pela inconstitucionalidade da Lei nº 3.906, de 1961, cujas determinações, embora excepcionais, se harmonizavam com os princípios que nortearam a Constituição de 1946.

III

13. A douta Consultoria-Geral da República no Parecer nº 184-H de 7 de maio de 1965, publicado no *Diário Oficial* de 22 de junho de 1965, às págs. 5.815 a 5.818, sustentou a tese de que é lícito ao Poder Executivo "negar cumprimento a leis que julgar inconstitucionais", sem que fique adstrito a aguardar, a respeito, pronunciamen-

to da Justiça, o que, de certo modo, foi reconhecido pela maioria do Excelso Supremo Tribunal Federal (conforme acórdão proferido no mandado de segurança nº 15.886, cuja notícia do julgamento se acha publicada no *Diário da Justiça* de 27 de maio de 1966, à pág. 1.792), não obstante votos brilhantes em sentido contrário.

14. Mas, para essa decisão, influiu definitivamente a alegação de que o ato do Poder Executivo fôra praticado antes da vigência da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que deu nova redação, entre outras, a alínea *k* do nº I do art. 101, para prever a "representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República." É que sempre entendera o nosso mais alto Pretório que, não havendo previsão expressa da representação, quando se tratasse de lei federal, esta não se admitia. E, inexistindo êsse recurso, a solução era o não cumprimento da lei, pelo Poder Executivo, ao qual cabia, como matéria de exceção, argüir a sua inconstitucionalidade, no procedimento judicial que intentasse o prejudicado.

15. Não me parece, com o devido respeito, que o Poder Executivo, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 16, estivesse privado de argüir a inconstitucionalidade de lei federal, através da adequada representação do Procurador-Geral da República, desde que se tratava de alegada inexistência de norma processual, quando a analogia é matéria inteiramente compatível com preceituação dessa natureza. A respeito do assunto, assim me manifestei em parecer emitido em 31 de julho de 1957 (conforme meus *Estudos de Direito Administrativo*, cits., vol. I, págs. 435 a 438):

"9. Em face do vigente Direito Constitucional brasileiro, tendo em vista a natureza especial do caso em exame, não vejo como ficar-se adstrito à argüição de inconstitucionalidade como matéria de exceção, negando-se recurso direto do Executivo ao Poder Judiciário.

10. A usurpação de competência privativa do Presidente da República pelo Poder Legislativo, sôbre ferir frontalmente, na espécie, o disposto no § 2º do art. 67 da nossa Lei Magna, importa em desrespeito ao princípio capital do Estado Democrático, qual o da separação tripartida de podêres, exposto magistralmente por Montesquieu, e que a Constituição inscreveu no seu art. 36, *in verbis*:

"São Podêres da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, *independentes* e harmônicos entre si" (o grifo não é do original).

11. Se a Constituição federal admite a intervenção nos Estados, entre outros casos, para assegurar a observância do princípio da independência e harmonia dos podêres (art. 7º, nº VII, alínea *b*), como deixar-se, desprotegido, no âmbito federal, o atentado à prerrogativa de outro poder, nesta hipótese, a usurpação tem conseqüências mais graves?

.....

17. A nossa lei fundamental não esclarece, sendo omisso quanto ao processo de restauração dos seus postulados, no caso de usurpação, na esfera federal, de competência privativa de um poder por parte de outro. Mas é curial que essa omissão não pode impedir a ação do Poder que sofreu o atentado, sob pena de carência de autodefesa e de nenhuma segurança do cumprimento dos princípios tão solenemente declarados.

18. A inconstitucionalidade, que deriva insofismàvelmente da usurpação, impõe remédio pronto e eficaz para a volta ao *statu quo ante*, em benefício da ordem constitucional violada. E não se poderá recusar legítimo interêsse ao Poder que sofreu a violência em promover a imediata reparação do princípio postergado, constituindo até dever indeclinável.

19. Na hipótese de lei estadual que viole à Constituição da República, é previsto claramente o processo (art. 8º, parágrafo único), que a nossa Lei Maior não determinou como extensivo ao caso de desres-

peito aos princípios constitucionais na esfera federal. Mas o processo, por analogia terá de ser o mesmo.

20. A analogia é recurso regular de interpretação da lei, com inteira aplicação no campo do Direito Processual. Está contida, como norma de hermenêutica no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, só se não admitindo no Direito Penal e no Fiscal. Assim a conceitua o eminente Ferrara (*Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I e único, págs. 231 e 232):

"*L'analogia non é* creazione *di diritto nuovo ma* scoperta di diritto esistente. *Il giudice aplicando delle norme per analogia, non foggia con libera attività* norme *giuridiche, mas sviluppa norme* latenti *che si trovano già nel sistema. Poiche diritto é non solo il contenuto immediato delle disposizioni espresse, ma il contenuto virtuale di norme non espresse, ma insite tuttavia nel sistema*" (os grifos não são do original).

21. Não é outro o conceito de Von Tuhr (*Teoria General Derecho Civil Aleman*, trad. argentina, 1946, vol. I, tomo I, página 57):

"... *consiste en la aplicación de un precepto juridico dictado para una situacion determinada, a outra situación que concuerda con la primera en sus aspectos caracteristicos desde el punto de vista juridico; que le es, como suele decirse, juridicamente semejante*".

22. Essa conceituação funda-se em um princípio lógico-jurídico, que nos vem do direito romano segundo o qual *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositto*.

23. Ora, não há negar, por evidente, a identidade de situações, com violação da Constituição da República, quer pela lei estadual, quer pela federal, desde que uma e outra vulneraram o mesmo postulado constitucional.

24. O douto Pontes de Miranda (*Nota Final C. Representações ao Supremo Tribunal Federal, in Comentário à Constituição de 1946*, 2ª ed. vol. V, pág. 389) também sustenta a representação pelo Procurador Geral da República, nesse caso, como se verifica do seguinte excerto:

"Os assuntos que podem ser levados a exame do Supremo Tribunal Federal, *em representação*, são os que se referem à estruturação do Estado, dos Estado-Membros, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, as regras jurídicas que possam dar ensejo à intervenção federal ou as medidas do próprio Supremo Tribunal Federal, e As Regras Jurídicas Federais que Violem a Estruturação Federal" (o grito é nosso).

25. Em conclusão, parece-me que a medida adequada, unica eficaz, será a representação do Dr. Procurador Geral da República, objetivando a declaração da inconstitucionalidade da lei, cujo vício exsurge desde logo, pela vulneração que determinou dos arts. 67, § 2º, e 36 da nossa lei fundamental".

16. Essa tese, entretanto, jamais foi esposada pelo Supremo Tribunal Federal, ou por desconhecê-la, ou porque não a aceitasse.

IV

17. Sempre sustentei que o Poder Executivo, sendo, por definição, a quem incumbe precipuamente a execução das leis, não pode, sob alegação de inconstitucionalidade, negar-lhes cumprimento. Seria, ao que entendo, desenganada usurpação de competência, quando esta se situa na esfera privativa do Poder Judiciário.

18. Em seu voto, no Mandado de Segurança nº 15.886, já referido, assim se manifestou o Ministro Carlos Medeiros Silva (*apud* notas taquigráficas compulsadas no Supremo Tribunal Federal):

"Mas ao Executivo, que não pode revogar a lei, elaborada pelo Legislativo, o que deve fazer, segundo o compromisso constitucional, é observá-la e expedir decretos e regulamentos para a sua *fiel execução*. Não pode desvincular-se, por ato unilateral, dêsse compromisso constitucional, mesmo que tenha argüido, por ocasião do veto,

a inconstitucionalidade do projeto. Desde que êle se transformou em lei, as reservas ficam no plano subjetivo, das opiniões pessoais, que não podem arredar o compromisso constitucional de observar as leis.

Negando cumprimento ao texto legal o que o Executivo faz é negar-lhe vigência, quando êle está em vigor por determinação do órgão constitucional competente, mediante sanção ou promulgação — é opor-lhe nôvo veto, fora do tempo e agora no texto legal."

19. De qualquer modo, porém, desde a vigência da Emenda Constitucional nº 16, o Supremo Tribunal Federal não reconhece validade a êsse expediente, devendo o Executivo promover a declaração de inconstitucionalidade das leis ou disposições que entenda eivadas dêsse vício, através de representação do Procurador-Geral da República, para só então, se reconhecida esta, negar eficácia à disposição legal impugnada.

20. De fato, se fôsse legítima a atitude do Poder Executivo de negar validade à lei, sob pretexto de inconstitucionalidade, não haveria necessidade da representação do Procurador-Geral, introduzida expressamente na Constituição de 1946 pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, consignada na Constituição em vigor (art. 114, I, *l*), bastando o expediente simplista de não cumpri-la, para, depois, atingir a incosntitucionalidade como matéria de exceção, no procedimento judicial que intentasse o prejudicado.

V

21. Admitida a inconstitucionalidade da Lei nº 3.906, de 1961, entretanto, cabe examinar se a nova preceituação constitucional, contida no art. 178, alínea *c*, teria como que convalidado a eiva que se comunicara àquele ato legislativo.

22. É evidente que não, primeiramente em tese, pois a disposição legal fulminada de inconstitucionalidade é tida por inexistente, e, em segundo lugar, porque as vantagens conferidas pelo citado diploma legal, como bem mostra a DRJP, são muito mais amplas, permitindo aposentadoria com proventos superiores à retribuição da atividade, o que é claramente vedado pelo § 3º do art. 101 da Constituição federal vigente, o que só é excepcionado pelo que se contém no art. 177, § 1º, da mesma Lei Fundamental, durante o prazo ali estipulado. E se a disposição da lei anterior, por inconstitucional, não tem existência autônoma, não seria de invocar a hipótese dessa preceituação transitória.

VI

23. Quer se entenda constitucionais, quer inconstitucionais, as disposições da Lei nº 3.906, de 1961, em nada essa decisão pode influir na situação do requerente.

24. Com efeito, ali se exigia que o beneficiário houvesse participado de operações de guerra na Fôrça Expedicionária, na Fôrça Aérea e na Marinha de Guerra do Brasil. Ora, não teria êsse sentido a simples convocação como reservista, sem participação em tais operações, ou a freqüência em escola de preparação de oficiais da reserva, pelo fato de se situarem em zona delimitada como de guerra.

25. É certo que o Poder Judiciário tem alargado, em alguns casos, êsse conceito, mas tais decisões não obrigam a Administração, senão relativamente aos que hajam ingressado em juízo e possam invocar a proteção da coisa julgada em seu favor.

26. Em face do exposto, não vejo como deferir a pretensão do suplicante, cuja situação não se enquadra, quer nos pressupostos da Lei nº 3.906, de 1961, quer nos do art. 178, alínea *c*, da Constituição em vigor.

É o meu parecer.

S.M.J.

Brasília, 20 de junho de 1967. — *Clenício da Silva Duarte*, Consultor Jurídico.

Aprovo. Em 27-6-67. — *Belmiro Siqueira*, Diretor-Geral.