FUNCIONÁRIO PÚBLICO — APOSENTADORIA — ANULAÇÃO — SERVIÇO PRESTADO EM ZONA DE GUERRA — APRECIAÇÃO JUDICIAL DE DECRETO-LEI

— Interpretação do Decreto-lei n.º 628, de 1969.
— Idem, da Lei n.º 3.906, de 1961.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nicolau Nejitailenco e outros *versus* Exm.º Sr. Presidente da República
Mandado de segurança n.º 19.861 — Relator: Sr. Ministro
THOMPSON FLORES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, negar provimento ao pedido.

Brasília, 31 de março de 1971. *Almar Baleeiro*, Presidente. *Thompson Flores*, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

..*O Sr. Ministro Djaci Falcão* — Os impetrantes deste mandado de segurança, e seus litisconsortes, aposentados em 1968 como funcionários públicos federais, insurgem-se contra ato do Exmo. Sr. Presidente da República, que determinou a sua reversão à atividade, com base no Decreto-lei número 628, de 13/6/69. Sustentam que foram aposentados com 25 anos de serviço público, em decorrência da prestação de serviço militar em "zona de guerra", de acordo com a orientação administrativa e jurisprudencial então predominante. Julgam-se titulares de direito líquido e certo, eis que o ato impugnado afetou direito adquirido. Após invocação de várias decisões administrativas e judiciais concluem pedindo a concessão do *writ*, a fim de que sejam asseguradas as suas aposentadorias, declarando-se nulo o ato impugnado (*ver* fls. 1 a 16).

O pedido acha-se instruído com vários documentos (fls. 17 a 28, 30 a 46, e 51). Houve pedido de suspensão liminar do ato, sendo indeferido pelo despacho de fls. 48-v.

Lê-se nas informações adotadas pela autoridade apontada como coatora:

"Os impetrantes procuram sustentar uma tese que vai afrontar diretamente preceito de lei promulgado com fundamento em Ato Institucional, como é o caso do Decreto-lei n.º 628, de 23/6/69, com o qual a Administração Federal intentou a reposição em termos normais de situações que se estabeleceram sem causa justa indene de críticas.

Na verdade, as aposentadorias desfeitas vinham sofrendo combate reiterado, consoante se pode observar das manifestações seguras da provecta Consultoria-Geral da República que, por duas vezes, demonstrou a sem razão daquelas concessões. É o conteúdo do parecer n.º 732-H, de 3/9/68, e do Parecer n.º H-799, de 7/3/69, ambos aprovados por despacho presidencial e publicados, respectivamente, no *Diário Oficial* de 30/9/68 e 21/3/69.

Ora, ficou, nesse Decreto-lei, ressalvado tudo o que pudesse ser argüido como situação jurídica definitivamente consolidada, respeitando, assim, o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito e acabado. Atacou apenas as relações desfazíveis como expressamente o declara e ressalva mais a circunstância de que qualquer dos atingidos nenhum pre-

juízo sofre pela reposição de quantias percebidas em virtude da situação que se desfaz.

Não temos dúvidas, conseqüentemente, em afirmar o nosso convencimento quanto ao acerto do ato administrativo impugnado porque se assenta substancialmente em disposição válida de lei que, se formos às últimas conseqüências, poderemos chegar à conclusão de que é irrexaminável, pela sua natureza de legislação extraordinária aprovada nos termos das Disposições Gerais e Transitórias da Emenda Constitucional n.º 1, de 17/10/69, art. 181, seus itens, e art. 182, este último reafirmando a vigência do Ato Institucional n.º 5, de 13/12/68, no qual se fundamenta o Decreto-lei determinador da reversão dos impetrantes ao serviço ativo" (fls. 58-9).

A Procuradoria-Geral da República emitiu o seguinte parecer:

"Serviço Militar em "zona de guerra". Imprestabilidade para efeito dos benefícios conferidos oos ex-combatentes. Incidência do Decreto-lei n.º 628, de 1969, no caso de aposentadoria ainda não registrada pelo Tribunal de Contas.

Ato presidencial fulcrado no Dec.-lei n.º 628, de 13/6/69, fez reverter à atividade os ora impetrantes e seus litisconsortes (fls. 29, 50 e 52), que se encontravam aposentados aos 25 anos de serviço público em decorrência da prestação de serviço militar em "zona de guerra" — fls. 27. Daí a impetração, a título de defesa do direito adquirido que se teria cristalizado em favor dos requerentes, tanto lhes foram reconhecidas, a teor da orientação administrativa e jurisprudencial predominante em certa época, as vantagens legalmente conferidas aos ex-combatentes.

Conforme ressaltam as informações de fls. 58, não há como prosperar a impetração. Viciado de ilegalidade, o ato de aposentação não se presta como impedimento à incidência da lei nova que se destina a uniformizar a disciplina de vantagens estatuídas em favor dos servidores públicos. No caso, mais não se fez do que corrigir a aplicação indiscriminada da Lei número 3.906/61, em nome da qual vinha sendo entendida, equivocamente, a identidade entre as situações dos que serviram em "zona de guerra" e dos que participaram de "efetivas operações bélicas". Demais disso, ressalta a circunstância de que a aposentadoria dos requerentes ainda pendia de registro no Tribunal de Contas da União, carente de aperfeiçoamento que a tornasse acabada, e por isso sem condições para consubstanciar o invocado direito adquirido em termos de liquidez e certeza que se prestam à proteção do *writ*.

Toda a jurisprudência arrolada pelos requerentes se encontra reformulada em face da superveniente disciplina legal dos chamados benefícios por prestação de serviço em zona de guerra. Ao advento da Lei n.º 5.315/67 e do Decreto-lei n.º 628/69, solveram-se as dúvidas suscitadas ao império da Lei n.º 3.906/61. A exemplo disso, lembre-se, entre outros, o julgamento do MS n.º 19.827, relator o Sr. Ministro Amaral Santos (*D.J.* de 5/6/70), e bem assim o reexame administrativo levado a efeito por esse Excelso Pretório quanto aos atos de aposentadoria de servidores de sua Secretaria, tudo isso em torno da fiel aplicação do analisado Decreto-lei n.º 628/69.

Isto posto, o parecer é contrário ao deferimento do pedido.

Brasília, 24 de agosto de 1970. *José Fernandes Dantas*, Procurador da República.

Subscrevo: *F. M. Xavier de Albuquerque*, Procurador-Geral da República" (fls. 66-7).

VOTO

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — O ato de reversão dos im-

petrantes baseou-se no art. 1.º do Decreto-lei n.º 628, de 13/6/69, segundo o qual:

"Os servidores públicos federais que foram aposentados com fundamento na Lei n.º 3.906, de 19/6/61, por haverem prestado serviço em zona de guerra, reverterão à atividade".

O citado decreto-lei teve por objetivo corrigir a aplicação indiscriminada da Lei n.º 3.906, de 19/6/61, abrangendo não só os que participaram efetivamente de operações bélicas, mas também aqueles que serviram na denominada "zona de guerra", do Decreto-lei n.º 10.490-A, de 25/9/42.

Esta Corte tem entendido que o Decreto-lei n.º 628 está excluído de apreciação judicial, por força do art. 11 do Ato Institucional n.º 5, de 13/12/68, e do art. 181 da Constituição do Brasil (com a redação da Emenda n.º 1, de 17/10/69). Assim ficou decidido nos MS n.os 18.167 e 19.696, julgados em sessão plenária a 18/6/69, sendo relatados pelos eminentes Ministros Luiz Gallotti e Thompson Flores, respectivamente (ver *Ementário* n.º 804, 1, do S.T.F.). Devo esclarecer, no entanto, que o eminente Ministro Luiz Gallotti, na sessão seguinte à de julgamento, procurou retificar o seu voto. Para conceder a segurança requerida, tendo em vista que o invocado decreto-lei não estava excluído de apreciação pelo Poder Judiciário. O Tribunal julgou incabível a retificação, por já haver sido proclamado o resultado, na sessão anterior, e não se cuidar de erro material. Em data mais recente, o MS n.º 19.869, julgado a 18/11/70, o eminente Ministro Aliomar Baleeiro, relator, embora analisando o mérito do pedido, teve oportunidade de acentuar:

"O próprio Supremo Tribunal Federal deu cumprimento ao Decreto-lei n.º 628, de 1969, em seus serviços administrativos. E, por outro lado, o Decreto-lei n.º 628 está coberto, penso, pelo art. 181 da Emenda n.º 1/69, e 11 do Ato Institucional n.º 5, de 1968. Precedentes: MS n.os 19.696 e 19.827" (*Ementário* 824, 1, do S.T.F.).

Todavia, ainda que se entenda de conhecer do *writ*, a pretensão dos requerentes não merece amparo. É de se atentar, em primeiro lugar, para que a aposentadoria dos suplicantes dependia de formalidade essencial para que se tornasse acabada, ou seja o registro no Tribunal de Contas da União (artigo 72, § 8.º, da Constituição do Brasil). Desse modo, não há que falar em situação jurídica consumada. Outrossim, não se cuida de aposentadoria decorrente de decisão judicial. O ato de aposentadoria era, pois, suscetível de ser revisto pela própria Administração.

Além disso, segundo os assentamentos funcionais dos requerentes Rubio Cardoso de Albuquerque Maranhão e Miguel Ângelo Vieira Ney (únicos que trouxeram prova de prestação de serviço militar) não participaram de qualquer operação de guerra. É o que se constata da leitura dos documentos de fls. 32, 34, 40 e 43). Não satisfaziam o requisito da participação em efetivas operações bélicas, que ao lado do elemento tempo de serviço (25 anos) poderia consubstanciar direito adquirido (art. 1.º, da Lei n.º 3.906, de 1961). De outro lado, apesar de ser invocado o art. 1.º, § 3.º, da Lei n.º 5.315, de 12/9/67, no ato da aposentadoria, é de se considerar que os impetrantes deixaram de comprovar participação efetiva "em missões de vigilância e segurança do litoral, como integrantes da guarnição de ilhas oceânicas ou de unidades que se deslocaram de suas sedes para o cumprimento daquelas missões" (art. 1.º, § 2.º, letra *a*, item II, da Lei n.º 5.315).

Por último, não é demais acrescentar que se acha modificada a jurisprudncia desta Corte, em torno da aposentadoria de funcionários públicos que prestaram serviços na chamada "zona de guerra", consoante se verifica das decisões proferidas nos EMS números

18.471, de 20/11/68, relator o eminente Ministro Thompson Flores, e MS n.º 18.557, de 22/11/69, relator o eminente Ministro Raphael de Barros Monteiro.

Ante o exposto, não conheço do mandado de segurança.

VISTA

O Sr. Ministro Luiz Gallotti — Senhor Presidente, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

MS 19.861 — DF — Rel., Ministro Djaci Falcão. Reqtes., Nicolau Nejitailenco e outros (Adv., Heráclito Sobral Pinto). Reqdo., Presidente da República.

Decisão: Adiado por pedido de vista do Ministro Luiz Gallotti, depois de voto do relator (Ministro Djaci Falcão) e do Ministro Bilac Pinto, que não conheciam. Falou o Dr. Heráclito F. Sobral Pinto, pelos requerentes.

Presidência do Sr. Ministro Aliomar Baleeiro. Presentes à sessão os Senhores Ministros Luiz Gallotti, Adalício Nogueira, Oswaldo Trigueiro, Eloy da Rocha, Djaci Falcão, Barros Monteiro, Amaral Santos, Thompson Flores e Bilac Pinto. Procurador-Geral da República, o Prof. Xavier de Albuquerque.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Gallotti — Num caso análogo, citado pelo eminente Relator, em que eu concedia a segurança, a impetração não foi conhecida, com base do ora impugnado Decreto-lei n.º 628, de 13/6/69, tido como insuscetível de apreciação judicial. Na sessão do dia seguinte, como recordou o eminente Relator, propus se retificasse o que me pareceu evidente equívoco, pois, tratando-se de decreto-lei, baixado no exercício do Poder Legislativo, por estar este em recesso, não poderia contrariar a Constituição, do mesmo modo como não o poderia o Congresso, então substituído pelo Presidente da República.

O Tribunal, por maioria de votos, entendeu que a retificação, naquela altura, não era permitida, mas, em decisões posteriores, veio a consagrar a opinião, que eu então sustentara, de estarem sujeitos a apreciação judicial, para se ver se contrariam a Constituição, os decretos-leis baixados pelo Presidente da República, quando substitui o Congresso Nacional, durante o recesso deste.

A entender-se de outro modo, a Constituição poderia ser alterada por decretos-leis.

E que assim não entende o próprio Governo da Revolução, mostra-o o artigo 3.º do Ato Institucional n.º 6, de 1/2/69: "Ficam ratificadas as emendas constitucionais feitas por Atos Complementares subseqüentes ao Ato Institucional n.º 5, de 13/12/68". Se, no acertado entendimento do Governo, a Constituição não pode ser emendada por Atos Complementares, menos ainda o poderia mediante decretos-leis.

Conheço do pedido, *data venia* do eminente Relator.

MÉRITO

Os atos de aposentadoria em questão, anulados como ilegais, pelo Decreto-lei n.º 628, de 13/6/69, foram baixados na vigência da Constituição de 1967, cujo art. 73, § 8.º, declarava competente o Tribunal de Contas para julgar da legalidade das concessões iniciais de aposentadoria, dispositivo reproduzido, aliás, no art. 72, § 8.º, da Constituição de 1969.

Penso que uma lei *ordinária*, como é o Decreto-lei n.º 628, de 13/6/69, não podia arrogar-se essa competência, retirando-a do Tribunal de Contas, a quem ela pertencia e pertence, *constitucionalmente*. E note-se: Ao mesmo tempo em que abre exceção, entre ou-

tras, para as aposentadorias já aprovadas pelo Tribunal de Contas, o Decreto-lei n.º 628 elimina a competência constitucional deste para julgar as demais, já decretadas (como é o caso dos que constituem objeto da presente impetração).

Assim, concedo a segurança, em parte, *data venia* para restabelecer os atos de aposentadoria dos impetrantes e seus litisconsortes, sem prejuízo do julgamento que ao Tribunal de Contas compete fazer dos mesmos atos, por força de preceito constitucional.

CONFIRMAÇÃO DE VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Quando, na sessão anterior, proferi voto, no sentido de não conhecer do mandado de segurança, tive em consideração precedentes desta Corte, conforme lembrei no voto e que são os seguintes: MS n.º 18.167 e MS número 79.696, julgados em sessão plenária de 18/6/69, sendo relatados pelos eminentes Ministros Luiz Gallotti e Thompson Flores (ver *Ementário* número 18, 1.º, do Supremo Tribunal Federal).

Num deles, o eminente Ministro Luiz Gallotti procurou, na verdade, fazer uma retificação, na sessão seguinte, não sendo mais viável, segundo decidiu a Corte. E, mais recentemente, no MS n.º 19.869, julgado a 18/11/70, de que foi Relator o eminente Ministro Aliomar Baleeiro, S. Exa., após analisar o merecimento da pretensão, teve oportunidade de acentuar: "O próprio Supremo Tribunal Federal deu cumprimento ao Decreto-lei n.º 628/69, em seu serviço administrativo, e, por outro lado, o Decreto-lei n.º 628 está coberto, penso, pelo art. 181, da Emenda n.º 1, de 1969, e art. 11 do Ato Institucional n.º 5. Precedentes os MS n.os 19.696 e 19.827". S. Exa. foi acompanhado por todos os Juízes da Corte.

Ressaltei, no meu voto, que, ainda que se desprezasse a preliminar do não conhecimento, por força dos ponderáveis fundamentos aduzidos pelo eminente Ministro Luiz Gallotti, ainda assim seria de se indeferir a segurança, tendo em vista à Administração Pública, ao Poder Executivo, desde que não se consumara o ato de aposentadoria...

O Sr. Ministro Luiz Gallotti — Mas não se consumara por falta de manifestação do Tribunal de Contas, falta que decorreu do decreto-lei em questão.

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Mas, desde que não se consumara, ao Poder Executivo era dado desfazer o ato, à consideração de que não estavam presentes os requisitos substanciais imprescindíveis à concessão da aposentadoria.

O Sr. Ministro Luiz Gallotti — V. Exa. me permite? O que desfez os atos de aposentadoria foi o decreto-lei.

Houve atos de reversão baseados no decreto-lei. Não houve anulação das aposentadorias pelo Poder Executivo.

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Importava em anulação. O Poder Executivo, a meu entender, tornou sem efeito, desfez o ato que praticara, fundado exatamente no decreto-lei, à consideração de que não estava presente, sobremodo, o requisito da participação efetiva em operações bélicas. Fundado nesse decreto-lei, é verdade, o Poder Executivo desfez o ato. Mas, conforme acentuei anteriormente, a jurisprudência desta Corte já havia se modificado, mesmo em face da Lei n.º 3.906/61, que exigia, para a obtenção da aposentadoria, a participação efetiva em operações bélicas.

Citei como precentes o EMS número 18.471, de 20/11/68, relatado pelo eminente Ministro Thompson Flores, e o MS n.º 18.557, de 22/11/69, Relator o eminente Ministro Raphael de Barros Monteiro. Assim, entendendo eu que à Administração Pública era dado desfazer o ato que baixara, cabia-nos,

na esfera do controle jurisdicional, aferir então da presença ou não dos requisitos imprescindíveis à aposentadoria. E deixei claro, através do exame dos autos, que os impetrantes não satisfaziam os pressupostos legais necessários à aposentadoria, quer em face da Lei n.º 3.906, quer em face da Lei n.º 5.315, que sobreveio à Carta Política de 1967, e na qual ficou consignado o seguinte:

"Art. 1.º, § 2.º, letra *a*, item II — O certificado de que tenha participado efetivamente em missões de vigilância e segurança do litoral, como integrante da guarnição de ilhas oceânicas ou de unidades que se deslocaram de suas sedes para o cumprimento daquelas missões."

De modo que, com estas considerações, mantenho meu voto, não conhecendo do mandado de segurança; se vencido na preliminar, indefiro a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Thompson Flores — Sr. Presidente.

Mantenho o voto que proferi na sessão anterior, *data venia* das brilhantes considerações feitas pelo eminente Ministro Luiz Gallotti.

Dissinto do eminente Relator apenas na forma de apreciar a relação discutida.

S. Exa., invocando precedentes, não conheceu do pedido. Prefiro, porém, dele conhecer, para indeferi-lo.

Faço-o porque, como salientei em outra assentada, o Colendo Tribunal de Contas não havia ainda apreciado o decreto de aposentadoria do requerente. Ato complexo que é, estava sujeito ao exame de sua legalidade pelo Tribunal de Contas, nos termos da Constituição, art. 72, § 8.º. E, antes que o fizesse, revogou seu firmatário o ato que expedira, por considerá-lo ilegal. Poderia, validamente, fazê-lo, face à própria *Súmula* n.º 473, pelas razões do mérito invocado pelo eminente Relator, de resto, com amparo em julgados desta Corte.

Dessarte, não haveria direito à inativação, e o mandado, mesmo sem o advento do Decreto-lei n.º 628, não poderia ser concedido.

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Quero ressaltar que minha preocupação em não conhecer foi tendo em vista os precedentes do Tribunal. Acho ponderável, realmente, os argumentos trazidos pelo eminente Ministro Luiz Gallotti, mas mantenho meu voto. Se vencido, indefiro o mandado.

O Sr. Ministro Thompson Flores — Parece-me que nos casos referidos por V. Exa., nos quais, proferindo voto, dele não conheci, os atos de inativação não haviam sido registrados pelo Tribunal de Contas. Para mim esse particular importa na forma de apreciar o pedido, justificando ali o não conhecimento e aqui o indeferimento.

É o meu voto, *data venia*.

EXTRATO DA ATA

MS 19.861 — DF — Rel., Ministro Djaci Falcão. Reqtes., Nicolau Nelitailenco e outros (Adv., Heráclito Sobral Pinto). Reqdo., Presidente da República.

Decisão: Conhecido contra os votos dos Ministros Relator (Djaci Falcão), Bilac Pinto e Eloy da Rocha, indeferido contra o voto do Ministro Luiz Gallotti, que deferiu em parte. Votou também o Presidente.

Presidência do Sr. Ministro Adalício Nogueira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Luiz Gallotti, Adalício Nogueira, Oswaldo Trigueiro, Eloy da Rocha, Djaci Falcão, Barros Monteiro, Amaral Santos, Thompson Flores e Bilac Pinto. Procurador-Geral da República, o Prof. Xavier de Albuquerque.