JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA

MILITAR — TRANSFERÊNCIA PARA RESERVA — NULIDADE

— Ato administrativo ilegal é, em princípio, anulável pela autoridade, independentemente de decisão judicial, com efeitos ex tunc, *a importar na reparação do direito lesado.*

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Processo PR nº 8 435/79
Presidência da República. Consultoria-Geral da República.
Parecer nº N-20, de 3 de dezembro de 1979. "Aprovo. Em 17.1.80."

PARECER Nº N-20

Vem a esta Consultoria-Geral, por solicitação do Exmo. Senhor Ministro da Aeronáutica, a Exposição de Motivos nº 059/GM-1 dirigida ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, a fim de que se examine pedido formulado pelo Sr. Eduardo Nilor de Souza Mendes, o qual pretende seja declarada a nulidade do ato que o transferiu para a Reserva de 2.ª Classe, na graduação de Aspirante-a-Oficial Aviador.

Para melhor elucidação do requerido, permito-me transcrever parte daquela Exposição, nos seguintes termos:

"a) O requerente foi declarado Aspirante-a-Oficial Aviador em 30 de setembro de 1942, sendo incluído na Categoria de Extranumerário e, como tal, classificado no Parque da Aeronáutica dos Afonsos, onde se apresentou no dia 26 de outubro do mesmo ano.

3. O interessado, pouco depois, com apoio na Lei nº 5 168, de 13 de janeiro de 1927, requereu e obteve permissão para prestar serviços na Aviação Civil, isto é, na Panair do Brasil S.A., conforme despacho ministerial publicado no *Diário Oficial* do dia 2 de junho de 1943.

4. Por decreto de 17 de outubro de 1945, foi o interessado, quando ainda se encontrava prestando serviço à Panair do Brasil S.A., transferido para a Reserva de 2.ª Classe da Aeronáutica, na mesma graduação.

5. Hoje, pelo tempo já transcorrido, seria humanamente impossível rever o julgamento que declarou o interessado, quando cadete, inapto para a pilotagem militar, para a identificação de possíveis vícios de nulidade, pela infringência de dispositivos legais, ou pela prática de abuso ou de desvio de poder, entretanto quanto a não promoção do reclamante durante o prazo em que esteve na Panair do Brasil S.A. e quanto a sua transferência para a Reserva de 2.ª Classe, cabe examinar o comportamento da Administração, diante das disposições legais pertinentes, do momento em que, sendo invocado o instituto de nulida-

de dos atos administrativos, descabe o levantamento da preliminar da prescrição."

II

A situação do requerente está perfeitamente delineada no Parecer do Douto Consultor Jurídico do Ministério da Aeronáutica, que assim se expressou:

"6. Em 1942, o interessado cursava o 3º ano letivo da então Escola de Aeronáutica, quando foi declarado inapto para a pilotagem militar, o que poderia ter dado causa ao seu desligamento definitivo, conforme prescrevia o art. 85 da Portaria Ministerial nº 198, de 4 de outubro de 1941.

7. O desligamento, todavia, não ocorreu, naturalmente porque, nos primórdios de sua formação, à Aeronáutica interessava aproveitar em atividades outras os cadetes inabilitados para o vôo e, por isso, a Administração da época permitiu que o requerente concluísse o curso, para integrá-lo mais tarde, se aprovado, nos quadros correspondentes às atividades conexas, em terra.

8. A aludida permissão foi concedida no Aviso nº 126, de 30.9.42 (Bol. M. Aer. nº 19 de 20.9.42, p. 1 275), determinando que concluído o curso fosse o cadete declarado Aspirante-a-Oficial Aviador, na categoria de Extranumerário, com destino ao curso de engenharia aeronáutica da Escola Técnica, independentemente de concurso de admissão.

9. Para o caso de insucesso no curso especializado a que se referiu, determinava aquele Aviso a inclusão de seus destinatários no quadro de Infantaria de Guarda, salvo se optassem pela matrícula no curso de Intendência.

10. O requerente foi declarado Aspirante-a-Oficial Aviador, no dia 30 de setembro de 1942, sendo incluído na categoria de Extranumerário e, como tal, classificado no Parque de Aeronáutica dos Afonsos, onde se apresentou no dia 26 de outubro seguinte.

11. Sem que tivesse se matriculado no Curso de Engenharia Aeronáutica, ou tivesse optado pelo Curso de Intendente, o interessado, pouco depois, com apoio na Lei nº 5 168, de 13 de janeiro de 1927, requereu permissão para prestar serviços na Aviação Civil, isto é, na Panair do Brasil S.A., no que foi atendido, conforme despacho ministerial publicado no *DOU* de 2 de junho de 1943.

12. Esse pedido, da parte do requerente, deixava claro seu propósito de não valer-se da oportunidade de opção que lhe foi dada para matricular-se no curso de Engenharia da Aeronáutica ou no curso de Intendentes. Conseqüentemente, manifestada, desde logo, ficou, também, a sua intenção de render-se à última das alternativas indicadas no Aviso nº 126/42, isto é, a de inclusão no quadro de Oficiais de Infantaria de Guarda.

13. Da parte da Administração, o acolhimento daquele pedido importava, de um lado, em tomada de conhecimento do propósito do requerente de não matricular-se no curso de Engenharia de Aeronáutica, ou no curso de Intendente, e, conseqüentemente, de outro lado, da aceitação da opção implícita pela sua inclusão no quadro de Infantaria de Guarda.

14. O requerente ainda estava na Panair do Brasil, como Aspirante-a-Oficial Aviador, quando, por Decreto de 17.10.45, foi transferido para a Reserva de 2.ª Classe da Aeronáutica, na mesma graduação."

III

A legislação pertinente, à época, estabelecia:

Lei nº 5 168, de 1927:

"Art. 12 Aos Oficiais Aviadores e sargentos poderá ser concedida permissão para exercerem atividades técnicas na aviação civil e indústrias correlativas, com direito ao soldo da patente ou graduação e contagem de tempo para todos os efeitos."

Parágrafo único — As vantagens desta espécie de disponibilidade ativa somente se tornarão efetivas se forem satisfeitas as exigências das provas aéreas periódicas de que trata a presente lei."

Decreto-lei nº 3 836/41:

"Art. 6º O posto de 2º Tenente Aviador será preenchido pelos Aspirantes a Oficial considerados aptos para a promoção.

Parágrafo único — Este acesso será feito segundo a ordem de classificação por merecimento na terminação do curso da Escola de Aeronáutica."

"Art. 37

§ 2º Os Oficiais incluídos na Categoria Extranumerário gozarão dos direitos de sua antiguidade e ocuparão os mesmos lugares na escala, substituindo-se a numeração ordinária pela designação abreviada de sua respectiva categoria. Terão acesso normal dentro do referido quadro, sem preencherem nem abrirem vaga."

Decreto-lei nº 3 864/41:

"Art. 125 O acesso ao primeiro posto é feito por promoção dos aspirantes-a-oficial e guardas-marinha, segundo a ordem de classificação por merecimento na terminação de curso que lhes corresponde. Essa ordem de classificação é mantida no caso de promoções coletivas.

Parágrafo único — Nenhuma promoção se fará, em qualquer turma, sem que tenham sido promovidos todos os aspirantes-a-oficial ou guardas-marinha de turma anterior que satisfaçam as condições estabelecidas na lei.

Art. 126 A promoção a 2º Tenente só se dará se o aspirante ou guarda-marinha, além de satisfazer as demais exigências regulamentares, tem irrepreensível conduta civil e militar e comprovada vocação profissional.

Art. 143 São transferidos para a reserva e classificados em uma de suas modalidades, de acordo com a legislação especial do Exército, da Armada ou da Aeronáutica:

a) os aspirantes-a-oficial que por duas vezes forem inabilitados para promoção ao posto imediato."

Finalmente, dispunha o Decreto nº 8 261/41:

"Art. 15 Não poderão, porém, ser promovidos, mesmo que tenham preenchido todas as condições:

I — Os sujeitos a processo no foro civil ou militar;

II — Os que estiverem agregados sem direito a acesso;

III — Os que, pelo órgão competente, forem julgados insuficientes de conformidade com o § 2º do art. 26;

IV — Os prisioneiros de guerra e extraviados."

A citação da legislação pertinente tornou-se necessária, em razão de que a análise do pedido a ela vincula-se e, dado o decurso de tempo, sua reprodução melhor instruirá a compreensão dos fatos em exame.

IV

O processo deve ser examinado sob diversos aspectos a fim de que se possa chegar a conclusões concretas.

— Nulidade do ato praticado pela Administração.

Levanta o interessado a tese de que o Decreto baixado em 15 de outubro de 1945, por não haver obedecido à legislação vigente, bem ainda por sua unilateralidade, não poderia ter produzido os efeitos que produziu, por nitidamente viciado.

Os fatos, devidamente comprovados, de não haver o interessado sido promovido ao posto de 2º Tenente, quando preenchia as condições exigidas, bem ainda por haver se afastado, autorizadamente, para prestar serviços à Panair do Brasil S.A. sem qualquer prejuízo quanto ao seu tempo de serviço ativo e demais vantagens, conforme

previa a legislação em vigor, demonstram claramente ter a Administração incorrido em ilegalidade ao editar o referido Decreto, ora impugnado.

É tal como já fundamentou, no caso, o Parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Aeronáutica, citando como violada a legislação vigente à época e constante da Lei nº 5 168/27 e o Estatuto dos Militares de então, a Lei nº 5 864/41, além do Regulamento de Promoções em vigor àquele tempo, o Decreto nº 8 261/41.

É nula e sem efeito, a omissão administrativa quanto à inclusão do Requerente na promoção a 2º Tenente. E por igual fundamento, também o foi, a transferência dele para a Reserva de 2.ª Classe, sob alegação tardia de não ter sido promovido em duas oportunidades.

V

De fato, neste caso, arbitrariamente a Administração praticou ato unilateral mas com infringência do regime legal então em vigor.

Tal vício intrínseco torna nulo o ato. É considerado como jamais formado, pois não prevalece contra a Lei, sendo estéril e sem efeitos.

A lei da época estabelecia condições precisas, quer para a promoção, quer para a reforma. Mas não a tendo a autoridade obedecido, como demonstrado, tais atos não ganharam eficácia.

VI

Assentada, como está, a nulidade do ato, impõem-se verificar qual o efeito do decurso do tempo sobre a legalidade de sua declaração agora, de vez que já são decorridos 34 anos.

É geral a opinião, dos doutores e dos Tribunais, de que não cabe prescrição ao ato nulo. Além do que, o reconhecimento da nulidade, pela Administração ou pelo Juiz, é *ex nunc*.

Assim, se no âmbito do Direito, não corre prescrição quanto aos atos nulos, particularmente no âmbito do direito administrativo permite-se que a própria Administração releve a aplicação do prazo prescricional. Não vejo pois como indeferir o pedido de revisão do ato, com base no decurso de tempo.

VII

Resta examinar a questão das conseqüências da decretação de nulidade.

O decreto de 17.10.45, por sua ineficácia, não suspendeu legalmente o interessado, do *statu quo ante*.

A resultante direta do reconhecimento da nulidade deste ato será a recomposição de sua situação funcional, com a reparação das conseqüências danosas, à vista da legislação vigente e desde a época do decreto tido como ilegal.

Ao analisar as conseqüências de ato administrativo que venha a ser tido como ineficaz por nulo, como ilegal, escreve o jurista Osvaldo Aranha Bandeira de Melo:

"Por conseguinte, o exercício abusivo do direito se inclui entre uma das muitas variedades dos atos ilícitos, como ato antisocial, com a ruptura, por um desses fundamentos, do equilíbrio dos interesses estabelecidos pela ordem jurídica, no condicionamento da harmonia social. Daí se impor a obrigação de reparar as conseqüências danosas de dito ato, seja na decretação, em sendo o caso de nulidade do ato jurídico, com o desconhecimento dos seus efeitos, ou da composição econômica do prejuízo com o restabelecimento do *statu quo ante*, isto é, o retorno à situação anterior, em sendo possível. Por vezes, há concomitantemente, a decretação de nulidade do ato e composição econômica dos danos" (*Princípios gerais de direito administrativo*, 1969, p. 428).

Portanto, cabe à Administração, ela própria, decretar a nulidade do seu ato, vez

que pode o Poder Público, no uso de suas faculdades de atos de administração, fundamentadamente reconhecer em certos casos, a ilicitude de um seu procedimento.

Fazendo-o, a Administração Pública se mantém em seu campo próprio, não entra na esfera judicante; mas realiza uma autoimpugnação de *jure próprio.*

EM CONCLUSÃO

Sou do parecer seguinte: 1º) Por não haver obedecido às normas legais vigentes à época, com infração às disposições da Lei nº 5 168/27 e Decretos-leis nºs 3 836/41 e 8 261/41, o Decreto de 15.10.45, publicado no *Diário Oficial* de 17.10.45, que transferiu o requerente para a Reserva de 2.ª Classe e sem promoção, deve ser declarado nulo; 2º) Cabe à própria Administração Pública decretar esta nulidade do decreto, independente de exame judicial do ato, e reconhecendo ao requerente, a partir daquela data, a reparação dos direitos desde então lesados ao pleiteante, pela ilegalidade do ato, revogado com efeito *ex tunc.*

Brasília, 3 de dezembro de 1979. *Clóvis Ramalhete,* Consultor-Geral da República.