— Não cabe rever, na instância administrativa, ato denegatório de pretensão mantido pelo Poder Judiciário, mediante exame do mérito, em grau de mandado de segurança.

— Serviços técnicos prestados à aviação civil por militar licenciado da Aeronáutica não correspondem a serviço militar em zona de guerra.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria-Geral da República
Parecer nº P-11, de 15 de outubro de 1981. "Aprovo. Em 21.10.81."

PARECER Nº P-11

Alício Gabriel de Carvalho, Capitão Aviador R/R, requereu ao Sr. Ministro da Aeronáutica, em 26.5.80, o reexame do Processo nº 00-01/297/80, em que pleiteara "promoção ao posto de major, com base nas leis que concederam benefícios especiais aos militares que, direta ou indiretamente, participaram do esforço de guerra do Brasil, no último conflito mundial", pretensão indeferida em despacho de 27.3.80, publicado no *Diário Oficial* de 31.3.80.

Ao fundamentar o pedido de revisão, alegou o interessado que:

1. Oriundo da antiga aviação naval, obteve permissão para exercer suas atividades técnicas na Panair do Brasil, por despacho de 12.2.41, de acordo com o art. 7º do Decreto nº 5 895, de 28 de junho de 1940, combinado com o artigo único do Decreto-lei nº 2 292, de 10 de junho de 1940, atribuindo-se àquela permissão o caráter de licença das atividades militares.

2. O fundamento para tal permissão estaria no art. 12 da Lei nº 5 168, de 13 de janeiro de 1927, dirigido aos oficiais aviadores e sargentos do Exército, estendido aos aviadores da Marinha de Guerra pelo Decreto-lei nº 2 292, de 1940, que deu nova redação à alínea *f* do art. 2º do Decreto-lei nº 197, de 22 de janeiro de 1938.

3. O Decreto nº 5 895/40, que regulamentava o Quadro de Oficiais Auxiliares da Aviação Naval, previa, no art. 7º, a agregação do oficial que requeresse e obtivesse licença para empregar suas atividades na

Aviação Civil Comercial ou indústrias correlativas.

4. O Decreto-lei nº 197, de 1938, possibilitava, no art. 2º, *f*, a agregação dos militares com vitaliciedade assegurada, quando obtivessem licença para aceitar cargo público civil temporário de nomeação ou para exercerem, quando oficiais da Aeronáutica, sua atividade técnica na aviação civil e indústrias correlativas (redação do Decreto-lei nº 2 292, de 1940), estabelecendo, outrossim, no art. 4º, que os militares agregados não poderiam ser promovidos nem contar antiguidade, com exceção daqueles a quem se referia o Decreto nº 24 287, de 24 de maio de 1937, e "aos compreendidos na letra *f* do art. 2º".

5. Tendo sido autorizado a exercer atividades técnicas na Panair do Brasil, permaneceu agregado até retornar ao serviço ativo, por força de decreto de 11.4.47 (*DO* de 17), percebendo, durante todo o tempo de afastamento, a remuneração correspondente ao seu posto e contando tempo de serviço para todos os efeitos.

6. Realizou 1 390:33 horas de vôo, que compreenderam, inclusive, "missões de patrulhamento e observação do litoral brasileiro, conforme determinação do Ministério da Aeronáutica, no Aviso Pessoal Secreto AG-3, de setembro de 1943".

7. Se foram resguardados todos os seus direitos, durante o período em que permaneceu na Panair do Brasil, as referidas missões deveriam produzir efeitos também em sua carreira militar, "até para que fossem consideradas missões militares de patrulhamento, com vistas à aplicação das leis de guerra".

8. Faria jus à promoção que a Lei nº 288, de 1948, alterada pela Lei nº 616, de 1949, "mandou fosse concedida aos militares que tivessem se empenhado em missões de patrulhamento, no último conflito mundial" ou, mesmo que negada a aplicação daqueles diplomas, teria o amparo da Lei nº 1 156, de 1950, que declarou beneficiados pela Lei nº 616, de 1949, "todos os militares que prestaram serviços na zona de guerra definida e delimitada pelo art. 1º do Decreto nº 10 490-A, de 25 de setembro de 1942, do momento em que todo o litoral brasileiro — onde o requerente prestou serviço que lhe foi computado para todos os efeitos — esteve compreendido nas chamadas zonas de guerra".

9. Nenhum dos oficiais aviadores que estiveram desempenhando as suas atividades técnicas na Panair do Brasil, em atividades de vôo, durante o período em que o Brasil participou da última guerra mundial (22.3.41 a 8.5.45), deixou de ser beneficiado pela Lei nº 1 156, devendo lhe ser concedido o mesmo favor, de vez que "situações iguais terão de ter solução uniforme, pelo princípio de direito da analogia".

10. Seria incompreensível a resistência da administração, negando-lhe os benefícios das leis de guerra, "quando aos aviadores civis (não militares autorizados a exercerem suas atividades na aviação civil) são reconhecidos tais direitos pela qualificação de ex-combatentes, nos termos do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83 080, de 24 de janeiro de 1979, cujo art. 173, III, considera como ex-combatente "o piloto civil que, no período do item II (22.3.41 a 8.5.45) tenha participado, por solicitação de autoridade militar, de patrulhamento, busca, vigilância ou localização, de navio torpedeado e assistência aos náufragos";

11. Desta forma, "se tivesse deixado a carreira militar para permanecer, definitivamente, na aviação civil, teria feito jus à condição de ex-combatente, porque realizou missões de patrulhamento e vigilância, *por solicitação de autoridade militar*", de vez que "ex-combatente é aquele militar que tendo participado de operações de guerra, retornou, acabado o conflito, à vida civil", tendo direito a benefícios iguais ou semelhantes ao "militar que, tendo participado daquelas operações, continuou militar de carreira".

Sob essa argumentação, pleiteia o interessado a revisão do Processo nº 00-01/297/80, para que seja "reconhecido o seu direito à promoção ao posto de major, como à administração cumpria que tivesse efetivado, no momento em que foi transferido para a re-

serva remunerada, sem prejuízo, assinale-se, das promoções que, eventualmente, não lhe tenham sido concedidas, enquanto esteve na Panair do Brasil, pois a essas também tinha direito, como expresso na legislação citada no início desta exposição".

II

Ao encaminhar o processo ao Sr. Ministro da Aeronáutica, o Comando Geral do Pessoal o instruiu com longo e pormenorizado parecer da respectiva Assessoria Jurídica, datado de 26.6.80, analisando o aspecto prescricional e a incidência das leis de guerra, bem assim as promoções que não teriam sido realizadas, com preterição dos direitos do requerente, para concluir nos seguintes termos:

"a) de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal trazida à colação, não cabe o levantamento da preliminar da prescrição. O direito defendido está entre aqueles que compõem a relação jurídica, estatutária, que vincula o servidor, militar ou civil, à administração, sendo, assim, imprescritível. No caso o que prescreve são os efeitos daquele direito, que excederem o qüinqüênio anterior à data em que foi protocolizado o pedido, em razão do prazo de prescrição das dívidas da Fazenda Nacional (art. 3º do Decreto nº 20 910, de 6 de janeiro de 1932).

b) à vista do Aviso Secreto AG/3, de 1943, do ministro da Aeronáutica, do art. 1º, *c*, do Decreto nº 26 907/49 e da orientação legal, posta em vigor pela Lei nº 5 698/71, será de reconhecer-se ao requerente o desempenho de missões de patrulhamento, observação e vigilância do litoral, para os efeitos das Leis 288/48, 616/49 e 1 156/50, isto é, para fins de promoção ao posto imediatamente superior ao que tinha na inatividade;

c) o requerente poderia ter sido promovido ao posto de capitão no dia 8.8.44, juntamente com os oficiais que obtiveram acesso naquela data. Não terá sentido, contudo, retificar-se, agora, referida promoção, porquanto, tendo sido o interessado, mais tarde (12.3.47), elevado àquele posto, nenhum efeito financeiro produziria o ato retificatório, em conseqüência da prescrição das correspondentes parcelas do benefício.

LXX — Em conclusão, a pretensão em causa, merece ser acolhida, na parte relativa à promoção ao posto de major, concomitantemente com a transferência para a reserva remunerada."

A matéria foi remetida para deliberação do Sr. Ministro da Aeronáutica, em 4.7.80, manifestando-se o Sr. Comandante Geral do Pessoal "pelo acolhimento parcial da pretensão, isto é, apenas pela revisão do ato de transferência para a reserva remunerada, para que ao requerente seja concedida a promoção ao posto de major, como requer, seja com base na Lei 288/48, alterada pela Lei nº 616/49, seja com fundamento na Lei 1 156/50".

Em 24.7.80 emitiu a douta Consultoria Jurídica do Ministério da Aeronáutica Parecer nº 072-COJAER-80, assim ementado:

"Revisão de processo administrativo, em que haja decisão da mais alta hierarquia, com base em parecer da CGR, extravasa do âmbito ministerial."

Referido laudo jurídico, após historiar toda a carreira do interessado e os episódios posteriores à sua transferência para a reserva, assinala:

".....

6. Do exame dos fatos acima relatados, verifica-se que:

a) constitui esta a 5ª vez que requer, sobre o mesmo assunto, na esfera administrativa, sendo que, na 1ª vez, foi o requerimento indeferido pelo ministro da Aeronáutica, em 18.7.56, tendo em vista o Parecer nº 1 539, do então consultor jurídico, e, depois, pelo Presidente da República em 26.8.57; na 2ª vez, foi o pedido indeferido em 26.10.60, de acordo com os pareceres da Diretoria do Pessoal e do Estado-Maior da Aeronáutica; na 3ª vez, foi o pedido indeferido em 2.9.63; e na 4ª vez, em 27.3.80, ambos pelo Sr. Ministro;

b) no âmbito administrativo a decisão de maior hierarquia foi a do Exmo. Sr. Presidente da República, que o fez, em face da

decisão do Tribunal Federal de Recursos, no Mandado de Segurança nº 9 464; e

c) por três vezes, requereu, na esfera judicial, sobre o mesmo assunto, sendo a 1ª através do Mandado de Segurança nº 9 464-DF, contra o ato do Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica, com o propósito de ser promovido a major, quando o Tribunal Federal de Recursos determinou que o processo administrativo fosse encaminhado, pelo Ministro da Aeronáutica ao Sr. Presidente da República, para decisão; a 2ª, através do Mandado de Segurança, impetrado contra ato do Exmo. Sr. Presidente da República, tendo o Supremo Tribunal Federal denegado o mandado, conforme acórdão publicado no *DJ* de 24.8.59; a 3ª, por meio de ação ordinária, proposta em 1968, na 1ª V.F. do Rio de Janeiro, e cuja apelação nº 29 182-RJ foi julgada pelo Tribunal Federal de Recursos, em 12 de maio de 1980, e cujo acórdão unânime foi publicado no *DJ* de 6.6.80, p. 4151, negando provimento ao recurso do interessado e julgado prescrito o direito do requerente.

7. Assim, apesar das considerações contrárias à prescrição, constantes dos itens IV a XXV da Informação nº 35/A-S.1, de 26.6.80, em anexo ao despacho do COMGEP, não podemos deixar de assinalar que o egrégio Tribunal Federal de Recursos, na Apelação nº 29 182-RJ, em que o requerente figura como apelante, acaba de prolatar acórdão unânime, de 12.5.80, negando provimento à pretensão do suplicante, decidindo pela ocorrência da prescrição, o que implica decisão, extinguindo o processo, com o julgamento do mérito, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil (*DJ* de 6.6.80, p. 4 151).

8. Tal fato obriga-nos a invocar o Parecer I-262, da douta Consultoria-Geral da República, aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República em 18.2.74, e publicado na íntegra, no *Diário Oficial* de 28 de fevereiro de 1974, p. 2 214, de efeito normativo, no sentido de que "a revisão administrativa de processo não se constitui em meio hábil para reformar-se decisão judicial, proferida sobre o mesmo assunto", uma vez que "o controle da legalidade dos atos administrativos cabe ao Judiciário; a recíproca, entretanto, não é verdadeira, quanto às decisões deste último".

9. O suplicante, em sua petição, e a digna assistência jurídica do COMGEP, na Informação, invocam o art. 2º, § 2º da Lei nº 5 698, de 31 de agosto de 1971, que dispõe sobre as prestações devidas a ex-combatente segurado da previdência social, o art. 173 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83 080, de 24 de janeiro de 1979, e art. 80 da Consolidação das Leis da Previdência Social, expedida pelo Decreto nº 77 077, de 1976, dispositivos esses que só se aplicam, para efeito de previdência social aos civis, estando o militar, expressamente, excluído do benefício, conforme dispõem o art. 3º, I, do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 77 077, de 1976 e art. 5º, III, do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 83 080, de 1979.

10. Não se afigura qualquer fato novo, uma vez que tais dispositivos legais, além de não se aplicarem aos militares, mas única e exclusivamente à previdência social dos civis, são anteriores à decisão do egrégio Tribunal Federal de Recursos, acima indicada.

11. Inexistindo, pois, qualquer fato novo ou eliditivo da decisão do egrégio Tribunal Federal de Recursos, acima indicada, e proferida por unanimidade, em 7 de maio de 1980, na ação ordinária proposta pelo requerente, não há, no âmbito deste Ministério, como poder contrariá-la ou revê-la administrativamente em face da lei e do Parecer I-262 da Consultoria-Geral da República, referido no item 8 supra, aprovado por Sua Exª o Sr. Presidente da República."

E finalizou o ilustre consultor jurídico do Ministério da Aeronáutica;

"Em face do exposto, parece-nos que, tendo sido, na esfera administrativa, do Exmo. Sr. Presidente da República a mais alta decisão sobre a matéria (itens 6, letra *b*, e 8 retro), de S. Exª a competência para a solução final do pedido de revisão do requerente, à vista de novo pronunciamento da douta Consultoria-Geral da República."

O parecer foi aprovado pelo Sr. Ministro da Aeronáutica em despacho de 1.8.80 e, a seguir, com a EM nº 034/GML, de 15.8.80 aquela digna autoridade solicitou ao Exmo. Sr. Presidente da República a audiência desta Consultoria-Geral sobre o assunto.

Recebido o processo neste órgão com o Aviso nº 532, de 29.8.80, do Sr. Ministro Chefe do Gabinete Civil, meu insigne antecessor declarou impedimento, em 1.12.80, promovendo o envio ao consultor jurídico do Ministério da Marinha, com base no art. 17, do Decreto nº 58 693, de 1966, combinado com o art. 11, do Decreto nº 76 390, de 1975.

Resultou que o Sr. Ministro Chefe do Gabinete Militar, pelo Aviso nº 767, de 11.12.80, remetesse o processo ao Sr. Ministro da Marinha, com o Aviso nº 015-CH/GM, em 29.12.80.

O douto consultor jurídico do Ministério da Marinha emitiu o Parecer nº 0035/1981, de 2.4.81, com a seguinte ementa:

"Postulação administrativa no sentido de acesso por serviços de guerra. Legitimidade do pedido, em face da excepcionalidade da situação e da garantia constante do Estatuto dos Militares vigente à época. Pronunciamento que se oferece, em substituição, por impedimento declarado do consultor-geral da República."

Após retrospecto dos fatos e alusão ao posicionamento adotado nos Pareceres n.os 81-S, de 12.1.51, e 16-T, de 30.5.51, desta Consultoria-Geral e, ainda, no Parecer nº 1 539, de 28.6.56, da Consultoria Jurídica do Ministério da Aeronáutica, enfatiza o pronunciamento:

"A esta Consultoria Jurídica se afigura entretanto no mérito *legítimo* o pedido com instância do requerente.

Assim, porque o referido, embora se encontrasse *agregado* ao respectivo quadro, durante o período do segundo conflito mundial, *não* o estava para dedicar-se a trabalho na indústria particular, *nem* para trato de interesses particulares, *porém*, para desenvolver a sua atividade técnica na avião civil, em ampliação e aperfeiçoamento dos seus conhecimentos, conforme *razão* constante do Decreto-lei nº 2 292, de 10 de junho de 1940.

Também, pela circunstância de que, na conjuntura, e por disposição do § 4º do art. 135 do Estatuto dos Militares vigente à época, baixado pelo Decreto-lei nº 3 864, de 24 de novembro de 1941, *podia* o mesmo ser *promovido* e *contava* como tempo de serviço, *para todos os efeitos*, os 3 (três) primeiros anos da referida *agregação*, por ter a mesma sido considerada sem prejuízo do *interesse* do serviço militar, consoante inteligência do art. 6º do citado Estatuto dos Militares, ao tempo em que as *agregações* por inaptidão para o serviço, para dedicação a trabalho na indústria particular, para trato de interesses particulares, e para cumprimento de sentença passada em julgado, maior de 6 (seis) meses e menor de 2 (dois) anos, por serem nocivas ao serviço militar, *não* conferiam o direito à *promoção* e *nem* a contagem do tempo correspondente para antiguidade.

Afinal, pelo fato de que modo de entender contrário, em face do que ora se posiciona, assemelhar-se como ofensa ao referido Estatuto dos Militares, vigente à época, baixado pelo Decreto-lei nº 3 864, de 24 de novembro de 1941, eis que dará em resultado a *exclusão* dos militares agregados por excepcionalidade das mercs da Lei nº 1 156/50, quando o mesmo Estatuto assegurava aos em que se encontrassem na conjuntura, ou seja, desenvolvendo atividade técnica na aviação civil, em ampliação e aperfeiçoamento de conhecimentos, com ausência de lesão ao proveito do serviço militar, o apuramento dos 3 (três) primeiros anos de *agregação*, e *para todos os efeitos*.

E, relativamente ao processo, estar a situação protegida pela jurisprudência predominante e firme do Supremo Tribunal Federal, constante da Súmula nº 443, porquanto, à luz das condições ora assinaladas, *jamais* foi *denegado* o direito do peticionário e é aquela no sentido de que 'a prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre, quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta'."

Restituído o processo ao Gabinete Militar, com o Aviso nº 0116, de 8.4.81, do Sr. Ministro da Marinha, foi enviado, pelo Ofício nº 014/SUBEX, de 11.5.81, ao Ministério do Exército, com invocação dos arts. 21 e 22, do Decreto nº 58 693, de 22 de junho de 1966, para o pronunciamento da douta Consultoria Jurídica daquela Secretaria de Estado.

Colheu-se, assim, o Parecer nº 020/CJMEx, de 29.5.81, que tem a seguinte ementa:

"Pedido de promoção.

Revisão de processo que negou direito aos favores da Lei nº 288/48.

Não cabimento.

Matéria já amplamente apreciada na esfera judicial, em desfavor do interessado."

A ilustrada Consultoria Jurídica do Ministério do Exército conclui:

"4. Ora, ante os repetidos insucessos em sedes administrativa e judicial, não se nos afigura jurídico que, a esta altura, se possa apreciar o mérito da pretensão em causa, eis que o Poder Judiciário, nas oportunidades em que foi chamado a se manifestar a respeito, o fez contrariamente aos interesses do postulante, havendo inclusive, conforme se apura, decisão judicial de mérito, seguramente com trânsito em julgado, em desfavor do mesmo.

Por outro lado, entendemos sem adequação à espécie qualquer invocação a preceitos da Lei nº 5 698, de 31 de agosto de 1971, do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 83 080, de 24 de janeiro de 1979, e da Consolidação das Leis da Previdência Social, expedida pelo Decreto nº 77 077, de 24 de janeiro de 1976, os quais se destinam exclusivamente aos segurados da previdência social, o que não é o caso do militar em tela.

Assim, o nosso entendimento é pelo não acolhimento da pretensão ora manifestada, arquivando-se o pedido."

Retornado o processo mais uma vez à Presidência da República, o Sr. Chefe do Gabinete Civil solicitou novamente o parecer desta Consultoria-Geral (Aviso nº 380, de 10.6.81).

Já se afastara então do cargo de Consultor-Geral da República o eminente Doutor Clóvis Ramalhete, nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, e ao processo foi apensada pelo Dr. Sebastião Baptista Affonso, que exercia o cargo de Adjunto do Consultor-Geral, sugestão de parecer com ementa vazada nos seguintes termos:

"Militar, ex-combatente (efeitos da coisa julgada).

O exercício de atividade técnica na aviação civil, durante o período da guerra, não confere ao militar licenciado a condição de ex-combatente.

É restrita à previdência social a situação dos pilotos que, comprovadamente, tenham participado, por solicitação de autoridade militar, de patrulhamento, busca, vigilância, localização de navios torpedeados e assistência aos náufragos (Lei nº 5 698/71, art. 2º).

A revisão pela administração dos seus próprios atos não se constitui em meio hábil para reformar-se decisão judicial."

Em 27 de julho último, com o Aviso nº 12, solicitei ao Sr. Ministro Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, tendo em vista o art. 21 do Decreto nº 58 693, de 1966, o pronunciamento da douta Consultoria Jurídica daquele órgão, que veio a se consubstanciar no Parecer nº A-31/CJEMFA, com a seguinte ementa:

"Militar licenciado, quando em função civil durante a II Guerra Mundial.

O exercício de atividade técnica na aviação civil, por militar licenciado durante a II Guerra Mundial, não lhe confere a condição de ex-combatente.

À administração é defeso rever seus próprios atos para reformar decisão judicial.

As disposições da Lei nº 5 698, de 31 de agosto de 1971, no que diz respeito aos pilotos civis que tenham comprovadamente participado, por solicitação de autoridade militar, de patrulhamento, busca, vigilância, localização de navios torpedeados e assistência aos náufragos (art. 2º), aplicam-se ao ex-combatente segurado da previdência social (art. 1º)."

Destaca-se do mencionado parecer:

"7. A questão foi exaustivamente examinada na área do Poder Executivo, onde, rei-

teradas vezes, foi negado o pedido do interessado para ser promovido ao posto de major.

8. Tais deliberações alicerçaram-se no fato de que a colaboração das companhias civis de aviação, solicitada pelo aviso secreto, de setembro de 1942, teve por objetivo o de melhor assegurar a defesa nacional, o que, 'incontestavelmente, não poderia de nenhum modo atribuir caráter de patrulhas aos voôs das aeronaves civis, sobre a zona de defesa do Brasil, dado que essa missão específica somente coube aos aviões de guerra, armados e equipados para esse fim' (fls. 159-160 do Proc. GM/7730/56-EM GM3/225, de 19.8.57), conforme é ressaltado no documento a que me referi no item 4 deste parecer, em sua parte final.

9. O serviço prestado pelo requerente, por ter sido considerado como eminentemente civil, não foi enquadrado nas Leis n.os 288/48, 616/49 e 1 156/50 (EM GM3/225, de 19.8.57).

10. Esse entendimento recebeu o beneplácito do Poder Judiciário no mandado de segurança, impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal, contra o ato do Presidente da República que o prestigiou, tendo a solução judicial do conflito revelado a vontade da lei, pelo exame do mérito do pedido na inicial (fls. 73-77).

11. Não satisfeito com esse julgamento, o requerente buscou, novamente, a proteção do judiciário, 'propondo ação ordinária, junto à 1ª Vara Federal do então estado da Guanabara...' (fls. 40 do Proc. PR-5 006/80) para insistir no pedido de sua promoção ao posto de major, tendo o Tribunal Federal de Recursos, nos autos da Apelação Cível nº 29 182-RJ, considerado, pela unanimidade de votos de sua Segunda Turma, prescrita a ação, transitando em julgado o respeitável acórdão (fls. 41).

12. Ambas as decisões judiciais, portanto, operaram a coisa julgada material, já que no mandado de segurança a sentença denegatória apreciou o mérito do pedido (fls. 73-77), e este é integrado pela prescrição por força do art. 269, IV, da Lei nº 5 869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

13. Expressa a vontade do Estado pelo Poder Judiciário, que concretizou o objetivo da lei, à administração só cabe guardar-lhe obediência.

14. Quanto ao amparo da Lei nº 5 698, de 31 de agosto de 1971, parece-me, também, descabido, já que esse diploma legal se aplica, com exclusividade, aos ex-combatentes segurados da previdência social, não sendo esta a situação do reclamante.

CONCLUSÃO

15. O Poder Executivo durante todo o tempo persistiu na orientação que se traçou diante dessa questão, vindo a ser ela corroborada por decisões judiciais com força de coisa julgada.

16. A essa altura, por mais convincentes que sejam os argumentos expendidos, não vejo como o processo possa ser revisto no âmbito da administração sem que se atente contra o julgamento definitivo do judiciário, que proclamou a inexistência do direito reclamado.

17. Assim sendo, manifesto-me de inteiro acordo com as opiniões dos órgãos máximos de assessoramento jurídico dos Ministros da Aeronáutica (fls. 38-43) e do Exército (fls. 66-68) e do Dr. Sebastião Baptista Affonso, então Adjunto do Consultor-Geral da República (fls. 73-77) cabendo, porém, à douta Consultoria-Geral da República, o deslinde final do pedido de revisão do requerente, ante os argumentos expendidos pelo eminente consultor jurídico da Aeronáutica, na conclusão do seu erudito parecer."

Aprovada essa manifestação pelo Sr. Ministro Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, em despacho de 18.8.81, retornou o processo a esta Consultoria-Geral na mesma data, com o Aviso nº 2 682/CJEMFA.

III

A diversidade das opiniões colhidas sobre a pretensão no processo reflete, sem dúvida, quão difícil se faz a exata percepção, pelo

intérprete, do alcance da legislação sobre o tema. Um de meus eminentes antecessores, o insigne Ministro Gonçalves de Oliveira, teve ensejo de enfatizar, há mais de um lustro, em voto proferido no excelso Pretório.

"A interpretação de leis militares é sempre difícil, provocando dúvidas e perplexidades. Fui consultor-geral da República por mais de quatro anos e, nessa qualidade, examinei muitas vezes essa matéria. Devo confessar que quando deixei a Consultoria-Geral da República ainda estava perplexo, em relação a muitos assuntos, porque se trata de um verdadeiro emaranhado de leis, sendo que, em alguns casos, umas em antinomia com outras."

É compreensível, portanto, que embora o correr dos anos pudesse ter permitido a sedimentação do entendimento da administração, em seus vários setores, possam ainda germinar soluções antagônicas, na abordagem do mesmo tema, decorridos mais de 30 anos da edição da Lei nº 288, de 1948.

Como indica a Consultoria Jurídica do Ministério da Aeronáutica, é a quinta vez que o interessado requer, sobre o mesmo assunto, na órbita administrativa, repelida sua reivindicação, antes, pelo Ministro da Aeronáutica (18.7.56), pelo Presidente da República (26.8.57) e novamente pelo Ministro da Aeronáutica (26.10.60, 2.9.63 e 27.3.80). Na esfera judicial, impetrou segurança ao Supremo Tribunal Federal (MS nº 5 191) e Tribunal Federal de Recursos (MS nº 9 464), bem assim ajuizou ação ordinária contra a União Federal, também apreciada pelo Tribunal Federal de Recursos em grau de apelação (nº 29 182).

O interessado não se resignou com os insucessos colhidos, tanto no âmbito administrativo quanto no judiciário e intenta, mais uma vez, o reexame da questão, invocando agora, o tratamento dispensado aos segurados da previdência social pelo art. 173, III, do Decreto nº 83 080, de 1979.

O despacho do Sr. Ministro da Aeronáutica que ora se pretende rever, proferido em 27.3.80, teve como razão de decidir o Parecer nº 1 539/56, da Consultoria Jurídica daquele Ministério. Dito laudo, emitido em 28.6.56, no processo nº 2 261/56, foi o mesmo que servira de base para o indeferimento inicial, pelo então titular da Secretaria de Estado, em 18.7.56.

Inconformado, na época, o interessado impetrou mandado de segurança (nº 9 464), perante o Tribunal Federal de Recursos, pedindo que lhe fosse "concedida a segurança para determinar a S. Exª o Sr. Ministro da Aeronáutica que promova o impetrante ao posto de major-aviador com todos os direitos e vantagens diretas ou indiretas desde quando o mesmo foi transferido para a reserva remunerada, em cumprimento à legislação referida". Apreciando o *mandamus*, na sessão plenária de 5.8.57, decidiu aquela Corte, por maioria, que fosse "o processo administrativo encaminhado pelo Sr. Ministro da Aeronáutica à consideração do Exmo. Sr. Presidente da República".

Em cumprimento ao decisório, o então Ministro da Aeronáutica submeteu ao Presidente da República o expediente GM3/225, de 19.8.57, em que esclarecia:

"....

2. Sobre o assunto, cumpre informar a Vossa Excelência que a medida pleiteada pelo interessado fora no sentido de lhe ser conferida a promoção ao posto de major, com fundamento na Lei nº 288, de 8 de junho de 1948, que beneficia os militares que prestaram serviços de guerra.

3. O oficial em questão achava-se licenciado para prestar serviços técnicos na aviação civil (Panair do Brasil S. A.), em fevereiro de 1942, e, assim, permaneceu até dezembro de 1946.

4. Ocorre que o Ministro da Aeronáutica de então, através de um aviso secreto, em setembro de 1942, com o objetivo de melhor assegurar a defesa nacional, solicitou a colaboração das companhias civis de aviação.

5. *Essa colaboração, incontestavelmente, não poderia de nenhum modo atribuir caráter de patrulhas aos vôos das aeronaves civis, sobre a zona de defesa do Brasil, dado que essa missão específica somente coube aos aviões de guerra, armados e equipados para esse fim.*

6. *Destarte, o serviço prestado pelo requerente teve caráter eminentemente civil, o que não se enquadra nos termos da mencionada Lei nº 288/48.*

....."

(Grifei.)

O Chefe do Governo exarou despacho, em 26.8.57, indeferindo o pedido.

Contra esse indeferimento o interessado impetrou, em 19.12.57, mandado de segurança (nº 5 191) alegando na inicial que:

"Tal decisão veio ferir direito líquido e certo do impetrante que na qualidade de militar agregado para '...exercer sua atividade técnica na aviação civil...' (art. 86, *i*, do Decreto-lei 9 698, de 2 de setembro de 1946), contando tempo de serviço para todos os efeitos, por não ter ainda concluído o 3º ano de licença (art. 86, § 2º, do Decreto-lei nº 9 698, de 2 de setembro de 1946), no interesse da *defesa nacional* prestou serviços na *patrulha contra submarinos* no litoral (Aviso Pessoal Secreto AG3 de set. de 1942) pilotando aeronave pública (Decreto-lei nº 483, de 8 de junho de 1938, art. 19), em zona definida pelo art. 1º do Decreto nº 10 490-A, de 25 de setembro de 1942 (art. 1º da Lei nº 1 156, de 12 de julho de 1950), circunstância esta que dá ao impetrante o direito aos favores do art. 1º da Lei nº 288, de 8 de junho de 1948, alterada pela Lei nº 616, de 2 de fevereiro de 1949 e Lei nº 1 156, de 12 de julho de 1950. Note-se que de acordo com a Lei do Serviço Militar (Decreto-lei nº 9 500, de 23 de julho de 1946, art. 1º) 'o Serviço Militar... compreenderá em caso de mobilização todos os encargos relacionados com a defesa nacional'."

O egrégio Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 24.8.59, denegou o *mandamus*, à unanimidade, nos termos do voto do eminente Relator, Ministro Henrique D'Ávila, *verbis:*

"Indefiro a segurança. O impetrante encontrava-se afastado das Forças Armadas, prestando serviços a determinada companhia de aviação comercial.

Alega que, apesar disso, prestou colaboração ao serviço de vigilância do litoral pilotando aviões comerciais. Não me recuso acreditar tenha o impetrante prestado informações valiosas às Forças Armadas. Esta forma de cooperação, todavia, não se enquadra na lei, que exige o cumprimento de encargos e missões.

Por outro lado, é evidente que o impetrante não se beneficia do disposto no art. 51, *b*, do Decreto-lei nº 9 698, de 2 de setembro de 1946, e do Decreto nº 1 316, de 20 de janeiro de 1951."

Publicou-se o acórdão com a seguinte ementa:

"Militar. Ausência de direito à promoção, por força das Leis n.os 288, de 8 de junho de 1948, 616, de 2 de fevereiro de 1949, e 1 156, de 12 de junho de 1950. Mandado de segurança. Seu indeferimento" (*RTJ*, *11*:62).

Oportuno frisar que o aresto do excelso Pretório fundou-se no exame do mérito, quando denegou a segurança.

Em 20.7.60 volveu o interessado a requerer a promoção ao posto de major (Processo nº 17 834/60), resultando o seguinte despacho do Ministro da Aeronáutica, em 26.10.60:

"Arquive-se, de acordo com os pareceres da Diretoria do Pessoal e do Estado-Maior da Aeronáutica."

Em 16.4.63 seria renovado o pleito, vindo o Ministro da Aeronáutica a despachar nos seguintes termos:

"Arquive-se, de acordo com o parecer da Diretoria do Pessoal. Em 2.9.63."

Em 10 de setembro de 1968, buscou novamente o interessado o Poder Judiciário, ajuizando ação ordinária contra a União Federal na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do então estado da Guanabara, com o fito de obter a Medalha da "Campanha do Atlântico Sul" e a promoção ao posto imediato. Por sentença de 8.1.70 foi considerada prescrita a ação, nos termos do Decreto nº 20 910, de 6 de janeiro de 1932. Interposta apelação para o colendo Tribunal Federal de Recursos, foi-lhe negado provimento, em decisão unânime da Segunda Turma, de 12.5.80, sendo Relator o Sr. Ministro Moacir Catunda. (Acórdão transitado em julgado.) A ementa desse decisório assim foi redigida:

"Administrativo. Militar. Oficial da reserva remunerada. Serviços técnicos de aviação prestados durante a última Guerra Mundial. Pedido de amparo das Leis n.os 288/48, 497/48 e 1 156/50. Prescrição qüinqüenal contra a Fazenda Pública. Interrupção.

Despacho de rotina, mandando arquivar pedido de amparo, de acordo com critérios estabelecidos em pareceres constantes do processo anterior, do interesse da mesma pessoa, não caracteriza renúncia à prescrição, nem propicia a reabertura de novo prazo de prescrição qüinqüenal. Súmula nº 383. Recurso desprovido" (*DJ* de 6.6.80, p. 4-151).

Finalmente, em 25.1.80, o interessado requereu mais uma vez ao Sr. Ministro da Aeronáutica a promoção ao posto de major, indeferida pelo despacho já reportado, de 27.3.80, que deu ensejo ao presente pedido de revisão, no qual se procura ressuscitar a questão.

Em que pese às respeitáveis opiniões em contrário, não me parece que a discussão possa ser reaberta na via administrativa.

Preliminarmente, conforme frisaram algumas das manifestações, a administração defronta-se com decisões judiciais que apreciaram a espécie, com trânsito em julgado, não sendo o pedido de revisão suscetível de superá-las.

Recordo que o órgão de cúpula do Poder Judiciário, ao denegar o mandado de segurança impetrado contra o ato do Sr. Presidente da República, examinou-lhe o mérito, operando a coisa julgada material e tornando defesa a reabertura da controvérsia na via ordinária. Em prol desse entendimento podem ser citados, dentre outros, os seguintes acórdãos:

"Mandado de segurança.

Caso em que a decisão nele proferida faz coisa julgada.

A ação ordinária cabe ao impetrante do mandado de segurança, quando este é denegado, por não se lhe reconhecer direito líquido e certo; não, porém, se o julgado conclui pela inexistência do direito reclamado, como na espécie ocorreu.

Esse o verdadeiro sentido da Súmula nº 304" (RE nº 67 352 — 1ª Turma, 12.8.69, Rel.: Ministro Luiz Gallotti, *RTJ, 52*:344).

"Recurso extraordinário que se julga prejudicado, porquanto a matéria nele debatida ficou apreciada, definitivamente, em mandado de segurança, envolvente do mérito da *quaestio juris*" (RE nº 71 789 — 1ª Turma, 11.11.71, Rel.: Ministro Djaci Falcão, *RTJ, 60*:516).

"Ação rescisória. Coisa julgada.

Ainda que proferida a decisão em mandado de segurança, se examinou o seu mérito, origina a *res judicata* a respeito das questões então decididas, satisfeitos os demais atributos a ela inerentes. Improcedência" (AR nº 768 — T. Pleno, 19.5.71, Rel.: Ministro Thompson Flores, *RTJ, 63*:11).

"Coisa julgada. Mandado de segurança. É de evidente acerto a tese de que, se a decisão que denega a segurança, nega a existência do direito invocado, apreciando-lhe o mérito, faz coisa julgada. A isto não se opõe a Súmula nº 304, que se refere à decisão denegatória que não constitua *res judicata:* essa decisão é que não impede o uso da ação própria. Mas a decisão que denega a segurança, apreciando o mérito da impetração, faz coisa julgada. Neste sentido, a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (AR nº 847-SP, *RTJ, 58*:324; RE nº 69 912-GB, *RTJ, 58*:735; RE nº 71 789-GB, *RTJ, 60*:516; AR nº 768-SP, *RTJ, 63*:11; RE nº 75 520-GO, *RTJ, 67*:573)."

"Decisão anterior que apreciou o mérito da impetração e negou houvesse ocorrido ofensa ao direito de defesa do indiciado. Reconhecimento da coisa julgada a este respeito.

Recurso extraordinário não conhecido" (RE nº 78 119 — 1ª Turma, 8.8.75, Rel.: Ministro Rodrigues Alckmin, *RTJ, 75*:508).

"Aposentadoria com base no Ato Institucional nº 1/64.

Faz coisa julgada decisão denegatória de mandado de segurança que examina o mérito e conclui pela inexistência do direito pleiteado. Inexistência de violação do art. 15 da Lei nº 1 533 e de divergência com a Súmula nº 304.

Recurso extraordinário não conhecido" (RE nº 81 423 — 2ª Turma, 19.9.75, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ, 75*:633).

"Denegação de mandado de segurança pelo mérito, em termos que afastam a existência do direito pleiteado, faz coisa julgada e impede a propositura de ulterior ação ordinária.

Inteligência da Súmula nº 304" (RE nº 65 805 — 2ª Turma, 27.3.73, Rel.: Ministro Xavier de Albuquerque, *R. For., 245*:111).

Demonstrado que a jurisprudência pacífica da mais alta Corte de Justiça do país considera que a ação de segurança, quando o mérito é examinado, faz coisa julgada no plano judicial, é de ser verificada a repercussão do decisório no âmbito da administração.

Em valioso trabalho sobre o mandado de segurança, o eminente Ministro Amaral Santos preleciona:

".....

Dissemos que o sujeito passivo da ação de mandado de segurança é a autoridade coatora notificada para o processo. Como é ela que pratica o ato ilegal ou abusivo, causador da lesão ao direito líquido e certo a que se irroga ter o impetrante, é contra ela que se propõe a ação.

Ora, a decisão de mérito que concede a segurança, uma vez não recorrida ou esgotados os recursos admissíveis, se faz imutável, adquirindo a autoridade de coisa julgada.

Mas a coisa julgada alcança somente as partes. Terceiros que não participaram da relação processual não tiveram posição no processo, estão livres dos efeitos da coisa julgada. De tal modo ocorre indagar como se explica, nos casos de a pessoa jurídica de direito público não participar da relação processual, se lhe estendam os efeitos da coisa julgada, sujeitando-a à sua autoridade.

A nosso ver, a explicação está no papel que a autoridade coatora desempenha na relação processual, em que é sujeito sem dúvida, mas não funciona em defesa de direito próprio, mas sim, agindo embora em nome próprio, defende direito alheio, ou seja, da pessoa de direito público da qual é órgão ou à qual se acha subordinada. Por outras palavras, a autoridade coatora, como sujeito passivo da relação processual, funciona como *substituto processual* da pessoa jurídica de direito público, por isso que a lei a tanto lhe confere atribuição. E a sentença contra o *substituto processual* atinge o substituído; no caso do mandado de segurança, a pessoa jurídica de direito público responsável pela violação do direito líquido e certo do impetrante" (Natureza jurídica do mandado de segurança. *Arquivos — Ministério da Justiça, 114*:40-1, jun. 1970).

Impende se compreenda que, de igual, a denegação da segurança requerida contra ato da autoridade estende-se, nos seus efeitos, à pessoa de direito público substituída pelo agente pretensamente coator, daí resultando judicialmente interpretada a lei no sentido de que não cabe a concessão pela pessoa de direito público se a decisão do Judiciário firmou-se em exame de mérito, proclamou a inexistência do direito, e o ato administrativo é vinculado, não discricionário.

Em caso de indeferimento da segurança contra medida que ao administrador a lei faculta praticar ou não, fazer deferitória ou não, enfim decidir por livre convencimento quanto à conveniência ou oportunidade, ainda que sob certos limites, vale entender que, não obstante a denegação do *mandamus*, resta admissível venha a administração a modificar o ato. Ao invés, há coisa julgada, resguardando a pessoa de direito público da pretensão que o Judiciário declarou ilegal — logo o administrador não mais pode atendê-la sem incorrer em liberalidade — se a medida administrativa pressupõe necessariamente o reconhecimento de um direito subjetivo derivado de lei.

Somente se viabiliza a mudança de procedimento, em tal hipótese, quando sobrevenha direito novo. *In casu* isto não ocorre, de vez que o alcance da Lei nº 5 698, de 1971, como dos Decretos n.os 77 077, de 24 de janeiro de 1976, e 83 080, de 24 de janeiro de 1979, circunscreve-se aos segurados da previdência social. Tais diplomas poderiam alcançar o interessado, na espécie, se deti-

vesse a condição de beneficiário da previdência social, mas não como oficial da Aeronáutica.

Ainda como preliminar, e dentro da mesma linha de raciocínio, há que se referir a decisão do Tribunal Federal de Recursos, igualmente transitada em julgado, que declarou a prescrição do direito do interessado, que não se confunde com a prescrição das prestações periódicas imanentes a um direito preteritamente reconhecido. Convém conhecer, neste passo, a orientação do Supremo Tribunal Federal na matéria, exteriorizada nos seguintes arestos:

"Prescrição qüinqüenal. Ação ordinária para retificar decreto de transferência de militar para a reserva remunerada, em busca de mais uma promoção. Inaplicabilidade da regra de que só prescrevem as prestações quando se trata de relação jurídica de trato sucessivo" (RE nº 73 281 — 2ª Turma, 15.5.73, Rel.: Ministro Xavier de Albuquerque, *RTJ*, 70:719).

"Prescrição.

Quando é um direito reconhecido, sobre o qual não se questiona, aí, são as prestações que vão prescrevendo, mas, se o direito às prestações decorre do direito à anulação do ato, é claro que, prescrita a ação em relação a este, não é possível julgar prescritas apenas as prestações, porque prescreveu a ação para reconhecimento do direito, do qual decorreria o direito às prestações. Do contrário, seria admitir o efeito sem a causa.

Precedente: RE nº 73 958. Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE nº 94 679 — 1ª Turma, 18.8.81, Rel.: Ministro Soares Muñoz, *DJ* de 11.9.81, p. 8 794).

"Prescrição qüinqüenal. Ação ordinária para anular decreto de reforma de militar. Proposta após cinco anos e visando à desconstituição do ato, incide a prescrição prevista pelo Decreto nº 20 910/32. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso conhecido, porém não provido" (RE 85 087 — 2ª Turma, 30.9.77, Rel.: Ministro Leitão de Abreu, *DJ* de 2.12.77 — Em. 1-081-2).

Sob este aspecto não se me assemelha possível a relevação da prescrição, já reconhecida pelo Poder Judiciário, de vez que o próprio direito subjetivo já se encontra irremediavelmente comprometido, pelo decurso do prazo extintivo.

Demais, no caso, sequer poder-se-ia cogitar de modificação do ato administrativo, relevando a prescrição por convencida a administração de ter agido com afronta à lei, visto que o Judiciário tornou não mais discutível estar ao desabrigo da lei a pretensão do interessado, ou seja, já não seria facultado à administração, em qualquer hipótese, reconhecer direito que decisão judicial transitada em julgado proclamou não o ter o postulante.

Frente às decisões judiciais referidas, ambas transitadas em julgado, parece-me plenamente adequada a aplicação, à espécie, do pronunciamento do meu ilustre antecessor, Dr. Romeo de Almeida Ramos, no sentido de que "a revisão administrativa do processo já não teria cabimento, pois a decisão do Judiciário, tendo apreciado o mérito (*como ocorreu na hipótese examinada*), fez coisa julgada, cabendo à administração dar-lhe fiel cumprimento. A revisão administrativa não é meio hábil para reformar-se decisão judicial, proferida sobre o mesmo fato" (Parecer nº I-262, de 18.1.74).

Todavia, ainda que não estivesse vedado o reexame da matéria, não seria de considerar plausível a mudança do posicionamento da administração. Está sobejamente demonstrado que os serviços técnicos prestados pelo interessado à aviação civil, na Panair do Brasil S.A., no período de 12.2.41 a 11.4.47, não ensejam a aplicação das Leis n.os 288, de 1948; 616, de 1949, e 1 156, de 1950, posto que não se pode enxergar na solicitação contida no Aviso Secreto AG-3, de setembro de 1942, missão bélica, conforme elucidou o Sr. Ministro da Aeronáutica na Exposição GM-3/225, de 19.8.57, ao submeter a matéria à decisão do Sr. Presidente da República, afirmando que "essa colaboração, incontestavelmente, não poderia de nenhum modo atribuir caráter de patrulhas aos vôos das aeronaves civis, sobre a zona de defesa do Brasil, dado que essa missão

específica somente coube aos aviões de guerra, armados e equipados para esse fim".

De outra parte, nenhuma pertinência à espécie têm as disposições contidas na Lei nº 5 698, de 31 de agosto de 1971, Decreto nº 77 077, de 24 de janeiro de 1976, e Decreto nº 83 080, de 24 de janeiro de 1979, destinados expressamente aos segurados da previdência social, insuscetíveis de aplicação aos militares.

Não vejo como valerem analogicamente esses preceitos ao militar que se inativa segundo a legislação militar que não descuidou de favorecer o ex-combatente, mas só lhe reconhece tal condição sob requisitos peculiares, diversos dos fixados para civis. Não há confundir analogia com extensão e esta não se permite ao intérprete.

A propósito vale bem lembrada a dissertação do preclaro Ministro Rafael Mayer, quando consultor-geral da República, no Parecer nº L-112:

"....

Sem dúvida, a analogia visa suprir lacunas e omissões do ordenamento jurídico, mas se há de atentar em que as lacunas propriamente ditas, suscetíveis de integração, são as involuntárias, do legislador. Não serão lacunas verdadeiras, senão aparentes ou impróprias, aquelas que presumidamente o legislador viu e, no entanto, quis. A essas não há integrar. Assim tanto mais se verifica no campo do direito público, e, respectivamente do direito administrativo, quando se atribuem faculdades e se definem estruturas, o que por si não se compadece com extensões e transposições. Ora, se o legislador facultou de modo expresso e delimitado é que não quis facultar além disso, sendo infiel a interpretação que isso admitisse, pois seria não apenas *praeter legem,* mas *contra legem,* resultado a que nem mesmo a analogia pode conduzir.

....."

Em conclusão, entendo que o pedido não merece prosperar, porquanto a revisão pela administração de seus próprios atos não se constitui em meio hábil para contrariar decisões judiciais sobre a mesma matéria, quando não tenha sobrevindo direito novo que permita amparar a reivindicação, bem assim porque os argumentos oferecidos na espécie não lograram elidir as razões pelas quais o então Presidente da República indeferiu o pedido de promoção ao posto de major, em despacho de 26.8.57, e as disposições invocadas em prol da reforma daquela decisão favorecem estritamente aos segurados da previdência social.

Sub censura.

Brasília, 15 de outubro de 1981. — *Paulo César Cataldo,* Consultor-Geral da República.