— Segundo o Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880, de 1980, art. 51, o pedido de reconsideração é recurso administrativo. Inaplicabilidade da Súmula nº 430-STF. Assim, o prazo do art. 18 da Lei nº 1.533, de 1951, conta-se da decisão que decidiu o recurso apelidado de pedido de reconsideração. Precedentes do TFR.

— Legalidade do ato decisório de não-inclusão de Oficial na Escala de Comando, um ato administrativo discricionário, em relação ao qual não se alega o descumprimento de qualquer dos seus elementos vinculados — a competência, a forma e a finalidade — e que, na sua prática, por ser um ato discricionário, a autoridade é livre, dentro de opções legais, quanto à escolha dos motivos (oportunidades e conveniência) e do objeto (conteúdo).

Mandado de segurança indeferido.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

Mandado de Segurança nº 109.191
Impetrante: Wauterlo Teixeira Pontes
Impetrado: Ministro de Estado da Marinha
Relator: Sr. Ministro CARLOS MARIO VELLOSO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide o Tribunal Federal de Recursos, em sessão plenária, por unanimidade, rejeitar a preliminar de decadência e, no mérito, denegar a segurança, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de novembro de 1986. — *Lauro Leitão,* Presidente. *Carlos M. Velloso,* Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Carlos M. Velloso: Wauterlo Teixeira Pontes impetra mandado de segurança contra ato do Ministro de Estado da Marinha que não o incluiu na Escala de Comando referente ao segundo semestre de 1985, ferindo, assim, seu direito líquido e certo, porque preenche todas as condições exigidas para figurar naquela Escala.

Argumenta o impetrante que, segundo comprovam as suas fichas individuais de avaliação de oficiais, é militar da Marinha de Guerra e que sempre gozou do melhor conceito profissional, tanto que, desde capitão-de-corveta, vem sendo promovido por merecimento. Assim é que, em 31.8.83, também por merecimento, foi promovido ao posto de capitão-de-mar-e-guerra. Em razão dessas condições, sempre figurou nas respectivas escalas de comando relativas a cada posto que alcançou. Entretanto, após

ter sido promovido ao posto de capitão-de-mar-e-guerra e diplomado no Curso Superior de Guerra e no Curso de Estado-Maior e Comando das Forças Armadas, da Escola Superior de Guerra, deixou de ser incluído na Escala de Comando, sem que saiba as razões ou motivos dessa exclusão. Isso, não obstante o pedido de reconsideração formulado à autoridade impetrada. Esclarece que a Escala de Comando a que se refere é a disciplinada no Capítulo V, da Portaria nº 0472, de 31 de março de 1984, do Ministro da Marinha, que aprova o Plano de Carreira de Oficiais da Marinha. Assim, continua, o art. 85 estabelece que serão excluídos das Escalas de Comando, no caso de Oficiais do Corpo da Armada, como ele, aqueles que tiverem sido nomeados, estiverem exercendo ou que tenham exercido no posto, por período igual ou superior a um ano, comando de navio ou de força naval. Se ele, desde que foi promovido ao posto de capitão-de-mar-e-guerra, não figurou na Escala de Comando, é evidente que não se enquadra nessa exclusão. Pelo que demonstrou, entende que se praticou injustiça contra ele. É que não poderia ser excluído da Escala de Comando, por inexistirem quaisquer das condições previstas no parágrafo único do art. 85. Tendo preenchido todos os requisitos legais, como provado, numa simples verificação nas fichas individuais de avaliação de oficiais e folha de alterações, deixa patente que violado foi o direito líquido e certo de integrar as Escalas de Comando. Destarte, pretende seja ordenada sua inclusão na Escala de Comando, bem como seja considerado como incluído nas Escalas elaboradas anteriormente, nas quais não figurou no posto de capitão-de-mar-e-guerra.

A autoridade apontada coatora prestou as informações de fls. 62-67. Afirmou que o impetrante não demonstrou a efetiva ocorrência de ofensa a direito líquido e certo. Ao revés, o impetrante alongou-se na exibição de seus méritos, tentando sensibilizar com uma fantasiosa injustiça, sem indicar, objetivamente, o preceito legal ofendido. Todavia, isso lhe era impossível, porque a elaboração das Escalas de Comando e Direção é matéria da livre disposição do Ministro da Marinha, como bem se depreende das disposições regulamentares contidas no Decreto nº 71.727, de 17 de janeiro de 1973, em seu art. 49, §§ 1º, 2º e 3º. *In casu*, não se aplica o disposto no § 2º do art. 49. Todavia, o impetrante usou dos recursos permitidos, inclusive o de reconsideração, que foi indeferido, em face da Resolução nº 166/85, da Comissão de Promoção de Oficiais. Ressaltou que isso não implica contra o impetrante nenhuma acusação de conduta irregular ou procedimento incorreto no desempenho funcional. Na organização das Escalas de Comando, a Comissão de Promoções de Oficiais visa a determinar quais os oficiais mais credenciados, para serem nelas incluídos.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, oficiando às fls. 69-77, opinou pela denegação do *mandamus*, ou por ter ocorrido a decadência do direito (art. 18 da Lei nº 1.533/51 e Súmula nº 430 do STF) ou porque não exista direito líquido e certo a proteger e ilegalidade ou abuso de poder a coibir (Constituição Federal, art. 153, § 21 e art. 1º da Lei nº 1.533/51).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Carlos M. Velloso (Relator): No voto que proferi por ocasião do julgamento da AMS nº 104.257-DF, lembrei que o prazo do art. 18, da Lei nº 1.533, de 1951, que deveria ser suprimido, porque ele é, no mínimo, arbitrário, é de decadência do direito à impetração, pelo que, iniciado, não se interrompe e nem se suspende. Conta-se a partir da data em que o ato torna-se operante e exeqüível, isto é, a partir do momento em que é apto a produzir a lesão. A Súmula nº 430, do Supremo Tribunal, enuncia que o pedido de reconsideração, na via administrativa, não interrompe o prazo para o mandado de segurança. Em trabalho doutrinário, mencio-

nei que seria preciso distinguir, entretanto, tal como faz Celso Barbi, se se trata de pedido de reconsideração puro e simples, ou pedido de reconsideração com natureza de recurso. Neste último caso, o prazo do art. 18, da Lei nº 1.533/51, será contado do despacho que negou a reconsideração, vale dizer, da decisão que, decidindo um recurso com o apelido de pedido de reconsideração, negou provimento ao apelo administrativo ("Curso de Mandado de Segurança", Ed. Rev. dos Tribs., 1986, p. 86).

Examinemos o caso sob julgamento.

O Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, art. 51, conceitua o pedido de reconsideração como recurso administrativo, estabelecendo, ademais, que o militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos (art. 51, § 3º).

Este egrégio plenário, aliás, no MS nº 100.869, com base no voto do Sr. Ministro Pádua Ribeiro, entendeu que, na legislação militar, todos os recursos, inclusive o pedido de reconsideração, são obrigatórios para o ingresso do militar em juízo, pelo que não há cogitar na aplicação da Súmula nº 430-STF. No MS nº 98.217-DF, Relator o Sr. Ministro W. Bolívar, essa tese foi trazida, novamente, ao debate, decidindo-se que o pedido de reconsideração, na legislação militar, é recurso (*DJ* 12.4.84). Também no MS nº 102.158-DF, Relator o Sr. Ministro Sebastião Reis, a questão foi novamente debatida, decidindo este egrégio plenário que o pedido de reconsideração, na legislação militar, é recurso administrativo, pelo que não há invocar, em tal hipótese, a Súmula nº 430-STF *DJ* de 8.3.1984).

Tem aplicação, aqui, pois, o decidido por esta egrégia Corte, pela sua Quarta Turma, na AMS nº 104.257-DF, de que fui relator, cujo acórdão porta a seguinte ementa:

"Mandado de segurança. Decadência. Pedido de reconsideração. Recurso. Lei nº 1.533, de 1951, artigo 18.

I — O prazo do art. 18, da Lei nº 1.533/51, é de decadência do direito à impetração e conta-se a partir do momento em que o ato da autoridade é apto a produzir a lesão, certo que o pedido de reconsideração não o interrompe (Súmula nº 430-STF), a menos que o pedido de reconsideração tenha natureza de recurso. Neste último caso, o prazo do art. 18, da Lei nº 1.533/51, será contado da decisão que negou provimento ao apelo administrativo apelidado de pedido de reconsideração.

II — Recurso provido." (*DJ*, 30.5.85).

Destarte, rejeito a preliminar de decadência do direito à impetração.

Examino o mérito da pretensão.

O impetrante, segundo alega, sempre figurou nas Escalas de Comando relativas a cada posto que alcançou. Todavia, após ter sido promovido, por merecimento, ao posto de capitão-de-mar-e-guerra e diplomado no Curso Superior de Guerra e no Curso de Estado-Maior e Comando das Forças Armadas, da ESG, deixou de figurar na Escala de Comando, muito embora preencha os requisitos exigidos.

Sustenta que a Escala de Comando está disciplinada na Portaria nº 0472, de 31.3.84, Capítulo V, do Sr. Ministro da Marinha. O impetrante, desde que foi promovido ao posto de capitão-de-mar-e-guerra, não figurou na Escala de Comando. Não se enquadra, entretanto, na exclusão do art. 85. Também não lhe são aplicáveis as disposições dos incisos I a VIII, do citado art. 85. Aplica-se-lhe, entretanto, o art. 87, III, IV, V e VI, c.c. o art. 87, parágrafo único, IV. Preenche, portanto, as condições mínimas para inclusão na Escala de Comando. Ademais, concluiu cursos de Altos Estudos Militares (art. 87, VII), tendo sido, aliás, designado para integrar o Corpo Permanente da ESG, como Instrutor da Divisão de Assuntos Militares. Preencheu, também, os requisitos do art. 87, VIII, IX e X.

Nas informações, a autoridade apontada coatora deixa claro que a elaboração das Escalas de Comando e Direção é matéria

de livre disposição do Ministro da Marinha, conforme se depreende dos §§ 1º, 2º e 3º, do art. 49, do Decreto nº 71.727, de 17.1.73. Determina-se, na organização da Escala de Comando, o oficial mais credenciado para nela ser incluído (arts. 37 e 86 da Portaria nº 0472/84, do Ministro da Marinha), constituindo-se, a escolha, em atividade discricionária do Ministro de Estado.

Esta a matéria sob julgamento.

Abrindo o debate, esclareça-se que o Ministro de Estado da Marinha, tendo em vista o disposto no art. 2º do Decreto nº 71.727, de 17.2.73, que regulamenta, para a Marinha, a Lei nº 5.821, de 10.11.72, baixou a Portaria nº 0472, de 31.3.84, aprovando o Plano de Carreira de Oficiais da Marinha.

No seu Capítulo V, arts. 81 e seguintes, a citada Portaria dispõe a respeito das Escalas de Comando e Direção. No art. 85, incisos I a IV, ficaram estabelecidos os casos de exclusão de oficiais da Escala de Comando. O impetrante não se encontra incluído nos casos ali mencionados. Também o parágrafo único do citado art. 85, nos incisos I a VIII, figura casos que afastam o oficial da Escala de Comando. O impetrante, esclareça-se, não se inclui em tais casos.

Verifica-se, então, por primeiro, que o impetrante não ostenta requisito negativo para inclusão na Escala de Comando. Ou, noutras palavras, o impetrante não está excluído, expressamente, da Escala de Comando.

Importa verificar, então, se preenche os requisitos que o habilitam a ingressar na citada Escala de Comando.

No art. 87, a Portaria nº 472, de 1984, estabelece os fatores que devem ser considerados para inclusão na Escala de Comando. Dispõe o citado art. 87, incisos I a X, parágrafo único, inciso IV:

"Art. 87. Para inclusão na Escala de Comando, devem ser considerados os seguintes fatores:

I — participação em operações ativas de guerra no Teatro de Operações;

II — conduta excepcional em operações de guerra;

III — proficiência nos cargos de comando já exercidos;

IV — dias de comando de força naval, de navio e de unidade aérea no CA e dias de comando de tropa do CFN, nos postos de oficial superior e intermediário;

V — dias de mar para o CA, dias de serviço na tropa para o CFN e horas de vôo em unidades aéreas para os oficiais aperfeiçoados em aviação, na carreira;

VI — tempo de embarque na carreira;

VII — resultado dos cursos de Altos Estudos Militares ou equivalentes e, para oficial intermediário, resultado dos C-Ap ou C-Esp e do C-BA;

VIII — proficiência nos cargos exercidos na carreira;

IX — conceito moral e profissional; e

X — indicação para as funções de comando".

(...)

(fls. 19v).

"Parágrafo único. São condições mínimas para inclusão na Escala de Comando:

(...)

IV — de capitão-de-mar-e-guerra — as condições do item anterior mais o C-PEM ou equivalentes e um ano de comando de navio, unidade aérea ou tropa em um dos postos anteriores."

(...)

(fls. 20).

Tem-se, então, que a Portaria nº 472, de 1986, estabelece fatores que serão considerados para inclusão na Escala de Comando (art. 87, I a X), bem assim condições mínimas a serem observadas (art. 87, parágrafo único, I a IV), certo que, no que toca ao impetrante, ocupante do posto de capitão-de-mar-e-guerra, essas condições mínimas estão inscritas nos incisos III e IV.

A citada Portaria nº 472, de 1986, estabelece, é certo, nos dispositivos acima transcritos, fatores a serem considerados e condições mínimas a serem observadas, para inclusão na Escala de Comando. Todavia, a Portaria nº 472 não prescreve que, satisfeitos os fatores e as condições mínimas, surgiria para o oficial, de modo automático, o direito a ser incluído na Escala de Comando. Noutras palavras, o mencionado ato normativo não torna o ato decisório em ato vinculado. Ao contrário, o que se depreende, tanto do exame atento de seus dispositivos quanto do Decreto nº 71.727, de 17.1.73, com base em que ela foi baixada, é que o ato decisório de escolha é um ato discricionário, na medida, inclusive, em que é um ato de aferição de mérito pessoal do oficial. Assim, o fato de preencher o candidato as condições mínimas, para ingresso na Escala de Comando, não lhe confere o direito líquido e certo à inclusão, pois o exame do preenchimento dessas condições, além da avaliação de cada uma delas, resulta, vale repetir, num ato de exame do mérito pessoal do candidato, atividade, pela sua própria natureza, eminentemente discricionária.

Tem-se, pois, no caso, um ato administrativo discricionário. Não há dúvida no sentido de que, quanto à competência, à forma e à finalidade, o ato discricionário equipara-se ao ato vinculado (Seabra Fagundes, "O Controle...", 4. ed., p. 82-84). No praticar o ato discricionário, a autoridade é livre, dentro de opções que a lei prevê, quanto à escolha dos motivos (oportunidade e conveniência) e do objeto (conteúdo). Segundo o eminente Seabra Fagundes, entre praticar o ato ou não praticá-lo (conveniência e oportunidade), ou entre praticá-lo com este ou aquele conteúdo, está a discricionariedade (ob. e loc. cits.). Desnecessário dizer que o ato discricionário não é igual a ato arbitrário. Aquele, o ato discricionário, encontra guarida na ordem jurídica; este, o ato arbitrário, não. De outro lado, não é menos verdadeiro que o ato discricionário está sujeito ao controle judicial, para que se verifique, principalmente, o cumprimento dos requisitos vinculados à lei (competência, forma e finalidade) e, quanto aos demais pressupostos, se não foram adotadas opções ao arrepio da lei, no que diz respeito à escolha dos motivos e do objeto (conteúdo).

No caso, o impetrante ostenta, em verdade, uma brilhante fé de ofício, uma excelente folha profissional, que, no meu entendimento, dignifica a própria força a que serve. Não caberia ao Tribunal, entretanto, tratando-se de decisão administrativa discricionária, a avaliação dos motivos e do conteúdo desta, já que, se o fizesse, estaria a substituir a discrição administrativa pela discrição judiciária, num caso em que nem se alega o descumprimento dos elementos vinculados do ato — a competência, à forma e à finalidade.

Diante de todo o exposto, indefiro o *writ*.

EXTRATO DA ATA

MS nº 109.191-DF (7246765) — Relator: Ministro Carlos M. Velloso. Impte.: Wauterlo Teixeira Pontes. Impdo.: Sr. Ministro de Estado da Marinha. Advogados: Dr. Manuel de Jesus Soares e outros.

Decisão: o Pleno, por unanimidade, rejeitou a preliminar de decadência e, no mérito, denegou a segurança. Impedido o Sr. Ministro Geraldo Fonteles. T. Pleno, 20 de novembro de 1986.

Os Srs. Ministros Otto Rocha, William Patterson, Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Costa Lima, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, Dias Trindade, José de Jesus, Armando Rollemberg, José Dantas, Gueiros Leite, Washington Bolívar e Torreão Braz votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento o Sr. Ministro Miguel Ferrante e Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Lauro Leitão.