PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
AÇÃO RESCISÓRIA N. 0013102-65.2016.4.01.0000/DF (d)

R E L A T Ó R I O

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA – (Relator):

Cuida-se de ação rescisória proposta, pela União, de acórdão proferido pela Primeira Turma na AC n. 0013535-93.2012.4.01.3400/DF, em que, afastando a preliminar de prescrição, deu provimento à apelação dos autores para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido para condenar a União a refazer os atos de reforma, integrando os ex-militares no Quadro Regular do Corpo do Pessoal de Graduação da Aeronáutica e às respectivas promoções, **desde o término de cada interstício**, com pagamento das respectivas diferenças de remuneração e seus reflexos, nos termos do Decreto n. 68.951/1971. (fls. 230-38).

A autora argumenta que o julgado, ao afastar a prescrição do fundo de direito pronunciada na sentença e adentrar ao mérito do pedido, incorreu em supressão de instância; em violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF/99); violação ao art. 515, § 2º, do CPC; ao art. 1º do Decreto 20.910/32 (prescrição para rediscutir reforma formalizada há mais de 05 anos); aos arts. 2º, 22, § 5º, 24, 48 e 49 do Decreto 68.951/71 (que preveem a permanência mínima obrigatória de 2 anos na graduação e promoção após 7 anos, desde que satisfeitas as demais condições previstas no Regulamento, sendo um desses requisitos a aprovação em estagio de Aperfeiçoamento); art. 50, IV e 59, parágrafo único, da Lei 6.880/80, art. 7º, caput, e art. 8º, II, do Decreto no 86.686/81 (que preveem cumprimento de requisitos do Decreto 86.686/81 para a promoção), todos os critérios, no caso, não cumpridos pelos réus.

Narra-se que "*ao pronunciar a prescrição, o Juízo a quo deixou de citar a União, razão pela qual não foi oferecida contestação à inicial da ação original. Entretanto, o acórdão rescindendo decidiu aplicar a teoria da causa madura, consagrada no §2º do art. 515 do CPC, afastando a prescrição e julgando o mérito; que a ação não versa sobre questão meramente de direito, pelo contrário, impõe-se necessária a apreciação de fatos e provas, uma vez que refere-se às promoções que cada Autor pretende obter*".

Acrescenta que o decisum "*incorreu em erro de fato quando tomou por base fato inexistente, isto é, considerou serem os autores integrantes do extinto Quadro Complementar (QC), criado pelo Decreto 68.951/71, quando fora informado pelos próprios requerentes na petição inicial que os mesmos integravam o Quadro de Sargentos e Suboficiais da Aeronáutica(QSS)*". Logo, os arts 48 e 49 do Decreto n° 68.951/71 só se aplicariam aos militares pertencentes ao QC e não aos ora réus, que sempre foram do QSS.

Pugnou a autora pela rescisão do referido acórdão, proferindo-se novo julgamento, para que, ainda que ultrapassada a preliminar de prescrição do fundo de direito, seja rejeitado o pedido dos réus.

Com contestação em que os réus pedem, preliminarmente, o beneficio da assistência judiciária gratuita, alegando, no mérito, que a União está se valendo da via estreita da ação rescisória como sucedâneo recursal; que inexiste violação aos dispositivos legais que menciona a autora; que o erro de fato apontado (má valoração da prova) não justifica a rescisória. (fls. 442-74).

Na oportunidade para falar sobre a contestação, a União reitera o pedido de antecipação dos efeitos da tutela (fls. 502).

Tutela antecipada, em parte, para suspender a execução nos autos da ação ordinária n. 0013535-93.2012.4.01.3400 e respectivos embargos (autos n. 0003614-08.2015.4.01.3400), em trâmite na 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (fls. 504-07).

Os réus interpuseram agravo regimental objetivando a reconsideração da decisão que antecipou os efeitos da tutela, em ordem a prosseguir a execução no processo originário (fls. 515-37).

Com contrarrazões ao agravo regimental (fls. 547-57); sem mais provas a produzir pela União (fls. 541) e pelos réus (fls. 536); com razões finais pela União (fls. 564) e sem razões finais pelos réus (fls. 566), os autos foram remetidos para a PRR, que opina pela procedência do pedido rescisório (fls. 570-72).

Eis, em síntese, o relatório.

V O T O

Cuida-se de ação rescisória fundada no art. 485, incisos V e IX, do Código de Processo Civil de 1973, pela não consideração da legislação vigente ao tempo do licenciamento dos ex-militares; pelo erro de fato consistente na consideração de enquadramento, dos réus, em carreira diversa da que fundamenta o provimento judicial que se quer modificar.

Preliminarmente defiro o pedido dos benefícios da assistência judiciária gratuita formulada pelos réus em contestação, pois que presente o requisito formal (situação sócio econômica), que se identifica na cópia de contracheques juntados em fls. 72-74, a indicar a condição de hipossuficiência para fins de gratuidade de justiça.

A autora alega que o pedido rescisório, fundado no art. 485 V, do CPC, deve ser provido por violação a diversos dispositivos legais que menciona, entre eles, por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse ponto tem razão a União. A cópia do processo originário deixa ver que a petição inicial dos ex-militares, acompanhada dos documentos que indicam, foi distribuída e remetida para a secretaria da 7ª VF/SJD em 22/03/2012 (fls. 188), conclusa e decidida sumariamente em 23/03/2012, conforme sentença de fls. 190/191, com a pronuncia da prescrição de revisão do ato de progressão.

A União somente foi intimada para conhecer da sentença que se lhe evidenciou favorável de forma a que não havia sequer interesse recursal.

Os demais argumentos da União (prescrição do fundo de direito, violação a dispositivos de leis que regem a disciplina e hierarquia militar), bem como os argumentos suscitados pelos réus no agravo regimental, pelo qual pretendem a reconsideração da decisão que suspendeu a execução do processo originário, tudo se confunde com o mérito do pedido propriamente dito.

Mérito

O pedido de mérito formulado na inicial do processo originário é para "*compelir a União, através do Ministério da Defesa, a expedir Portaria retificando as datas de promoções e consequentemente, promovendo os autores até o Posto de Capitão, na forma que descrevem, considerando apenas o interstício mínimo de 02 anos previsto no art. 24 do Decreto n. 68.951/71, em igualdade de condições que foram dados aos Sargentos Músicos, aos Sargentos QC, em vigência na ocasião do fato ocorrido, em ainda, a reconhecer e permitir o direito de ingresso ao Quadro de Oficiais, pelo tempo de serviço ao qual cada um já adquiriu no serviço militar ativo*" (fls. 49-50).

Esse pedido foi protocolado em março de 2012 reclamando promoção à patente que os autores entendem deveriam ter alcançado entre 1985 e 2001, conforme planilha individualizada que apresentam na inicial.

A União pretende que prevaleça a sentença que decidiu que se os militares reclamam irregularidade nas promoções levadas a efeito no período em que cada um esteve na atividade, todos ingressos entre 1977 e 1983, e transferidos para a inatividade como suboficiais há mais de cinco anos (até 2006), a pretendida promoção com efeitos retroativos implica em alteração do ato de reforma que os transferiu para a reserva remunerada, o que é vedado pela Súmula 250 do TFR (fls. 190-91). Daí que afirma haver violação ao art. 1º do Decreto 20.910/32.

Ocorre que o acórdão expressamente afastou a prescrição do fundo de direito de que trata o art. 1º do Decreto 20.910/32 quando, na fundamentação afirmou: "*Reconhecido, portanto, o direito dos Autores às promoções postuladas, direito esse que não foi negado pela Administração e, em se tratando de prestação de trato sucessivo, estão prescritas apenas as parcelas relativas ao quinquênio anterior à propositura da ação, nos termos da Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça*:" (fls. 233).

Assim, rejeito o argumento de violação ao 515, § 2º, do CPC de 1973. Não se pode dizer que o acórdão deixou de se pronunciar sobre algum ponto relevante do recurso único protocolado no processo originário. Identifica-se, inclusive, que no dispositivo se afastou expressamente a prejudicial de prescrição do fundo de direito, pois que, de outra forma, não teria a Turma adentrado o mérito para acolher o pedido dos então apelantes.

Em resumo, os ex-militares defendem que a qualquer tempo podem pedir a revisão do ato que homologou a ultima promoção e os transferiu para a inatividade, inclusive reclamando a revisão de todas as promoções que sofreram ao longo da atividade castrense; a sentença da 7ª Vara Federal entendeu sumariamente que se aplica ao caso posto a exame a Súmula 250 do ex-TFR (prescrição do direito de rever o ato de licenciamento); a Primeira Turma decidiu que não existe prescrição de fundo de direito quando a Administração reconhece o direito à promoção, aplicando-se, no caso, apenas a Súmula 85 do STJ; e, agora, no pedido rescisório, a União quer que se restabeleça a sentença ou que, ultrapassada a prejudicial de mérito, sejam revistos os fatos que impedem a isonomia reclamada pelos réus, que querem igualdade de tratamento com outra categoria de militares.

Sem ter ingressado nessa questão prejudicial, poferi decisão suspendendo a execução, referindo-me ao mérito:

> ***"II***
>
> *Em princípio, tem razão a União.*
>
> *Com efeito, os réus, embora fossem sargentos formados pela Escola de Especialistas da Aeronáutica, integravam o Quadro de Suboficiais e Sargentos, e postularam promoção, após terem cumprindo o tempo de permanência na graduação, conforme art. 24 do Decreto n. 68.951, de 1971, em igualdade de condições que foram dadas aos Sargentos Músicos, aos Sargentos QC, em vigência na ocasião do fato ocorrido, pleiteando, ainda, o ingresso ao Quadro de Oficiais, até o Posto de Capitão, indicando em cada caso o cumprimento do interstício, mínimo, de 2 anos em cada graduação, consoante quadros que apresentam na petição da ação ordinária (fls. 50 da rolagem única).*
>
> *O juiz de primeiro grau pronunciou a decadência do direito de revisão dos atos de reforma, considerando que se os autores foram promovidos de forma irregular de 3º sargento a suboficial no período entre 1977 a 1983 (a violação), de há muito está consumada a prescrição quinquenal da presente ação em 16/02/2012, nos termos do Decreto 20.910/1932, cf. sentença de fls. 190-91.*
>
> *Interposta a apelação, foi citada a União, que ofertou contrarrazões.*
>
> *Neste Tribunal, a eg. 1ª Turma deu provimento à apelação, afastando a caducidade do direito; no mérito, condenou a União a, refazendo os atos de reforma, integrar os Autores no Quadro Regular do Corpo de Pessoal de Graduados da Aeronáutica e às respectivas*

promoções a que tem direito, desde o término de cada interstício (acórdão de fls. 230-38).

Não há uma determinação expressa de que os militares fossem promovidos até o Posto de Capitão. Assegurou-se a promoção dentro do Quadro Regular do Corpo de Pessoal de Graduados da Aeronáutica, tendo-se afastado, expressamente, a necessidade de aprovação em estágio de aperfeiçoamento, o que nem era o caso, porque se cuidavam de Suboficiais, e assim o fez porque aos Supervisores de TAIFA (taifeiros) do Quadro de Pessoal Complementar da Marinha e da Aeronáutica foi assegurada a transferência para o Quadro Regular e o aceso até a graduação de suboficial, independente da realização de estágio de aperfeiçoamento (fls. 231), e adiante o relator se reporta a julgado do Superior Tribunal de Justiça, que afasta também a necessidade de estágio, mas sem se referir à promoção aos postos de oficiais até o posto de Capitão. Há citação de acórdãos que se referem ao direito de promoção de Terceiros Sargentos até à graduação de Suboficial.

É bem verdade que o relator, ao afastar a decadência, faz a seguinte afirmação:

> *Reconhecido, portanto, o direito dos Autores às promoções postuladas, direito esse que não foi negado pela Administração e, em se tratando de (fls. 233)*

E essa postulação foi mesmo a de promoção até o Posto de Capitão, e assim procedeu a Aeronáutica.

Sucede que não tinham os militares, ora réus, direito à promoção até o referido posto, e não tinham sequer direito de promoção dentro do interstício mínimo de 2 (dois) anos, conforme cronologia declinada na petição inicial (fls. 50).

No que concerne ao interstício, o Decreto n. 68.951, de 1971, que aprovou o Regulamento do Corpo do Pessoal Graduado da Aeronáutica, vigente à época, previa os seguintes interstícios:

> *Art. 24. O interstício mínimo de permanência obrigatória nas várias graduações é de:*
>
> *- 2 anos, para os Sargentos;*
>
> *- 6 meses, para os Soldados de 1ª e 2ª Classe;*
>
> *- 1 ano, para o Taifeiro.*

Não tem evidentemente amparo jurídico a pretensão de se aplicar o interstício mínimo (de dois anos) como regra, conforme exposto na petição inicial da ação ordinária em que se proferiu o acórdão rescindendo, pois não se pode confundir interstício mínimo com interstício máximo para promoção. O interstício mínimo é requisito limitador da promoção, ou seja, o militar deve ter no mínimo aquele tempo na graduação para concorrer à promoção, e não necessariamente que preenchido o interstício mínimo, de 2(dois) anos, o militar teria direito automático a ser promovido.

<u>No que concerne ao quadro</u> a que integravam, é de ver-se que o v. acórdão rescindendo, ainda que tenha acolhido o pedido, determinou à União que integrasse os Autores no Quadro Regular do Corpo de Pessoal de Graduados da Aeronáutica e às respectivas promoções a que tem direito, desde o término de cada interstício (acórdão de fls. 230-38). E o Quadro Regular do Corpo de Pessoal de Graduados da Aeronáutica é composto das seguintes graduações, conforme Regulamento aprovado pelo Decreto n. 68.951, de 1971:

> *Art. 4º Os efetivos do pessoal graduado são estabelecidos na Lei de Fixação*

de Forças da Aeronáutica.

(...)

§ 2º São graus da hierarquia militar no CPGAER:

Suboficial - (SO);

Primeiro-Sargento - (1S);

Segundo-Sargento - (2S);Terceiro-Sargento - (3S);

Cabo - (CB), e

Taifeiro-Mór - (TM);

Soldado de Primeira-Classe - ... (S1); e

Taifeiro de Primeira-Classe - ...(T1);

Soldado de Segunda-Classe - ....S2); e

Taifeiro de Segunda-Classe - ..... (T2).

Pelo Regulamento aprovado pelo Decreto n. 89.394, de 1984, e que revogou inteiramente o anterior, a graduação de Suboficial continuou a ser a última do Corpo de Graduados, o mesmo ocorrendo com o regulamento aprovado pelo Decreto n. 92.577, de 1986, e assim também com o Decreto n. 880, de 1993, e o Decreto n. 3.690, de 2000.

Não havia possibilidade jurídica de integrante do Corpo de Graduados, na graduação de Suboficial, ascender ao Quadro de Oficiais, com promoção até o Posto de Capitão. A graduação de Suboficial era mesmo a última a que se podia ascender.

Por outro lado, o Quadro de Oficias Especialistas da Aeronáutica (QOEA), de que trata o Decreto n. 86.686, de 1981, não era acessível apenas mediante promoção por antiguidade e com o simples cumprimento de interstício, mas após aproveitamento no Estágio de Adaptação ao Oficialato (EAOF). Não se poderia suprir a falta desse estágio, como sucedeu com o estágio de aproveitamento que deveria ter sido e não foi proporcionado aos Terceiros Sargentos para promoção dentro do próprio quadro de Sargentos e Suboficiais da Aeronáutica (SSA).

Há julgado antigo do Superior Tribunal de Justiça, apontando a necessidade de que o suboficial tenha, para ascender ao oficialato, de cursar com aproveitamento o Estágio de Adaptação, verbis:

(...)

Na hipótese dos autos, todos os réus ocupavam a graduação de Suboficial ao se inativarem, de modo que não poderiam ascender ao oficialato, porque não cursaram sequer o Estágio de Adaptação, requisito indispensável, e que não se supriria com o mero decurso do prazo, mínimo que fosse, para promoção dentro do respectivo quadro de Sargentos e Suboficiais.

Em conclusão, incorreu o v. acórdão rescindendo, em principio, em violação a dispositivo regulamentar, ao considerar o interstício mínimo como suficiente para a promoção dentro do quadro de graduados, de modo que não poderia, como não foram, ser promovidos a cada dois anos, assim como incorreu em erro de fato, ao pressupor que os autores integravam Quadro Complementar, o que não era o caso, pois integravam o Quadro de Sargentos e Suboficiais da Aeronáutica, ainda que tivessem cursado a escola de especialistas daquela Força, que não se confunde com o estágio de adaptação ao oficialato, nem determinaria, pelo mero decorrer do tempo, o ingresso no Quadro de Oficiais Especialistas da Aeronáutica.

> *Por fim, o requisito para a concessão da antecipação de tutela se faz presente, na medida em que eventual execução das diferenças de soldos podem se tornar de impossível repetição.*
>
> ***III***
>
> *Tais as razões,* ***defiro a antecipação de tutela****, em parte, e determino a suspensão da execução nos autos da ação ordinária n. 0013535-93.2012.4.01.3400 e respectivos embargos (autos n. 0003614-08.2015.4.01.3400), em trâmite na 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal."* (fls. 504-07)

A prescrição do direito de ação

A questão concernente à prescrição não pode, porém, ser olvidada.

O Decreto n. 20.910, de 1932, estabelece, em seu art. 1º, que *as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.*

Em se tratando de ação ajuizada por militar reformado, visando à obtenção de promoção, o termo inicial do prazo prescricional é a data de cada promoção, que, no caso, se refere a um ato único, de efeitos concretos, e a partir do qual ocorre a suposta violação do direito pretendido, prescrevendo-se o próprio fundo de direito.

Nesse sentido, cito precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDORES MILITARES. PROMOÇÃO AO OFICIALATO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA.*
>
> *1. Cuida-se, na origem, de Ação Ordinária na qual o recorrente busca a revisão dos atos de promoção no curso da carreira de militar, objetivando a retificação das datas de promoção na carreira, obedecendo aos interstícios estabelecidos no Decreto 92.577/86, nos Decretos 880 e 881/1993 que o revogaram, e na Portaria 622/1994, além de isonomia com os Sargentos Músicos, com os Taifeiros e com os integrantes do Quadro Complementar de Terceiros-Sargentos. Como consequência, pleiteam o pagamento das diferenças entre as parcelas pagas e efetivamente devidas. 2. A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que, nos casos em que se pretende rever ato de reforma de militar com sua promoção a um posto superior na carreira e, como mera consequência do deferimento do pedido de promoção, a revisão de seus proventos da inatividade, a prescrição aplicável é de fundo do direito, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932.*
>
> *3. Recurso Especial não provido.*
>
> *(REsp 1670558/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017)*
>
> *ADMINISTRATIVO. MILITAR. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA.*
>
> *PROMOÇÃO A POSTO SUPERIOR. ATO DE EFEITOS CONCRETOS. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. ORIENTAÇÃO FIRMADA EM RECURSO REPETITIVO.*
>
> *I - Não há falar em violação do art. 535 do Código de Processo Civil de 1973, pois o Tribunal a quo dirimiu as questões pertinentes ao litígio,*

afigurando-se dispensável que venha a examinar uma a uma as alegações e os fundamentos expendidos pelas partes.

II - É firme a jurisprudência no sentido de reconhecer a prescrição do fundo de direito quando já ultrapassados mais de 5 anos entre o ajuizamento da ação e o ato administrativo questionado pelo demandante, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/32.

III - O Superior Tribunal de Justiça entende que a promoção do militar tem como termo inicial para a contagem do prazo prescricional a data de sua passagem para inatividade, sendo alcançado pela prescrição o próprio fundo do direito reclamado, e não apenas as parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu o ajuizamento da ação. Orientação reafirmada no julgamento do REsp 1.073.976/RS, sob a sistemática dos recursos repetitivos prevista no art. 543-C do CPC.

IV - Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 943.951/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 24/03/2017)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. MILITAR DA AERONÁUTICA. PRETENSÃO DE PROMOÇÃO NA CARREIRA. REFORMA. ATO DE EFEITO CONCRETO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA.PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 83/STJ. APLICABILIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL, AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

I. Em face de seu caráter infringente e em homenagem ao princípio da fungibilidade, recursal, os presentes Embargos de Declaração merecem ser recebidos como Agravo Regimental.

II. Hipótese em que o agravante, transferido para a reserva da Aeronáutica em 27/01/83, ajuizou ação ordinária em 30/11/2011, objetivando a revisão do ato de reforma e a retificação de suas promoções, desde 26/07/1956, com sua promoção ao posto e graduação de Capitão, a contar de 26/07/1968, com o pagamento das diferenças remuneratórias.

III. A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que, "nos casos em que se pretende rever ato de reforma de militar com sua promoção a um posto superior na carreira e, como mera consequência do deferimento do pedido de promoção, a revisão de seus proventos da inatividade, a prescrição aplicável é de fundo do direito, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932" (STJ, AgRg no REsp 1.424.236/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/06/2014).

IV. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula 83/STJ).

V. Embargos Declaratórios recebidos como Agravo Regimental, ao qual se nega provimento.

(EDcl no AREsp 235.660/PR, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 19/08/2014)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INCIDE A PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO QUANTO À PRETENSÃO DE MILITAR DA RESERVA REMUNERADA DE RETIFICAR AS DATAS DE

SUAS PROMOÇÕES. AGRAVO REGIMENTAL DO MILITAR DESPROVIDO.

1. Na pretensão de alterar-se o próprio ato de reforma, com promoção a um posto superior na carreira Militar e consequente revisão dos proventos da inatividade, a prescrição aplicável é a de fundo do direito, nos termos do art. 1o. do Decreto 20.910/32.

2. No caso dos autos, pedido de retificação do ato de reforma ocorreu após decorridos 5 anos da transferência do Militar para a reserva remunerada, fora do prazo estabelecido pelo Decreto 20.910/32, portanto. Assim, restou consumada a prescrição.

3. Agravo Regimental do Militar desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 313.760/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 23/02/2017)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. PROMOÇÃO. PRESCRIÇÃO. FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA.

Em se tratando de ação proposta por servidor público militar com a finalidade de obter promoção negada administrativamente, a prescrição do chamado fundo de direito é contada a partir da publicação daquele ato. Precedentes. Recurso não conhecido.

(REsp 467.230/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2003, DJ 28/04/2003, p. 250)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR MILITAR. REFORMA. PROMOÇÃO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO.

1. Os recursos interpostos com fulcro no CPC/1973 sujeitam-se aos requisitos de admissibilidade nele previstos, conforme diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2 do Plenário do STJ.

2. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que nas ações em que o militar postula sua promoção ocorre a prescrição do próprio fundo de direito após o transcurso de mais de cinco anos entre o ato de concessão e o ajuizamento da ação. Inaplicabilidade da teoria do trato sucessivo. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 490.656/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 17/08/2017)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MILITAR. PRIMEIRO SARGENTO OU SUBOFICIAL. ESCOLA DE ESPECIALISTAS DA AERONÁUTICA. PROMOÇÃO À CAPITÃO. INTERSTÍCIO MÍNIMO. ART. 24 DO DECRETO 68.951/71. LEGALIDADE. ISONOMIA. DESCABIMENTO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA. 1. Militar da Aeronáutica que pretende ser promovido da graduação de Suboficial até o posto de Capitão, sob a alegação de que a Administração Militar desrespeitou os artigos 23 e 24 do Regulamento para o Corpo do Pessoal Graduado da Aeronáutica - RGPGAer, haja vista não ter aplicado o interstício de 2 (dois) anos para as promoções que entende fazer jus. 2. Ocorrência, na hipótese, da prescrição do próprio fundo de direito, tendo em vista que a discussão recai sobre a lesão ao pretenso direito subjetivo dos apelantes às sucessivas promoções, as quais ocorreram em 08/1985,

> *08/1987, 08/1988, 04/1990, 12/1981 e 08/1991, respectivamente, sendo que a ação somente foi ajuizada em 12/08/2011. 3. A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que, "nos casos em que se pretende rever ato de reforma de militar com sua promoção a um posto superior na carreira e, como mera conseqüência do deferimento do pedido de promoção, a revisão de seus proventos da inatividade, a prescrição aplicável é de fundo do direito, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932" (STJ, AgRg no REsp 1.424.236/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 24/06/2014) e (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1343308/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 29/04/2013). 4. Apelação a que se dá parcial provimento. (AC 0045142-61.2011.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO, PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 de 25/01/2017)*
>
> *ADMINISTRATIVO. MILITAR REFORMADO. PROMOÇÃO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. ART. 1º, DO DECRETO Nº 20.910/1932. 1. É de ser reconhecida a prescrição do fundo direito quanto à pretensão de Militar reformado da Aeronáutica, que pretende ser promovido se, quando do ajuizamento da ação, já havia transcorrido o quinquênio previsto no art. 1º, do Decreto nº 20.910/1932. Precedentes do STJ e desta Corte. 2. No caso dos autos, os Autores são militares reformados da Força Aérea Brasileira, onde ingressaram como Soldados, e pretendem ser incluídos no Quadro de Oficiais Especialistas da Aeronáutica - QOEA, com promoção até o posto de Capitão. 3. Apelação a que se nega provimento, para manter a Sentença recorrida, em todos os seus fundamentos. (AC 0004332-83.2007.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO NEVES DA CUNHA, SEGUNDA TURMA, e-DJF1 de 03/03/2017)*

Bem a propósito, ensina MIGUEL REALE que *mesmo para o ato maculado pelo mais grave dos vícios, torna-se imprescindível a decretação da nulidade, pois há sempre uma aparência a destruir e, enquanto não intervém o Judiciário, a aparência subsiste, devendo presumir-se a sua regularidade* (Revogação e anulamento do ato administrativo, forense, 1980, p. 52), de modo que se o interessado não faz o uso das ações tendentes a decretar a anulação do ato ou declarar a sua inexistência no prazo fixado em lei prescrita está a pretensão.

Decorridos cinco anos da promoção, toda e qualquer ação do interessado tendente à modificação do ato administrativo se adelgaça e se desfaz pelo não uso dela nesse trato de tempo (Clóvis Beviláqua).

Com efeito, o Decreto nº 20.910/32, que trata da prescrição quinquenal em face de atos administrativos, é aplicável mesmo para atos que se têm por nulos ou mesmo para os que se têm por inexistentes, deixando o interessado, que não os impugnou no prazo de cinco anos, desguarnecido da ação para a decretação da sua invalidade ou declaração de inexistência, em prol da segurança jurídica.

Sob tal aspecto, com razão a União, aplica-se a prescrição do fundo de direito em relação aos réus já que todos buscam promoções que deveriam ter ocorrido até 2001, tendo ajuizado a ação originária em 2012, quando a prescrição já havia se consumado.

Conclusão

a) em *juizo rescindens*, **rescindo** o acórdão proferida pela 1ª Turma deste Tribunal nos autos do processo n. 0013535-93.2012.4.01.3400/DF, nos termos do art. 485, inciso V, do CPC/73 (art. 966, inciso V, do CPC vigente), e

b) em novo julgamento (juízo *rescissorium*), **nego provimento à apelação dos autores**.

c) Fica mantida a tutela antecipada em favor da União e, por conseguinte, nego provimento ao agravo interno dos réus.

Condeno os réus no pagamento de custas e honorários de sucumbência, estes últimos que fixo em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com fundamento no § 3º do art. 20, do CPC de 1973, sob o qual foi proposta a ação. Fica suspensa a exigibilidade em razão do deferimento do beneficio da assistência judiciária gratuita.

É como voto.