

MARCELO ROQUE ANDERSON MACIEL AVILA
ADVOGADO

A Aposentadoria Especial do Aeronauta e sua Transformação na de Ex-Combatente –
Publicado na Revista Ciência Jurídica do Trabalho – Vol. II-1998.

Marcelo Maciel Avila
Advogado

1-Evolução Histórica da Legislação Pertinente. 2- Do direito adquirido á Transformação. 3.Do ato jurídico Perfeito.4-Das restrições legais á transformação. 5-Conclusão

O cerne deste estudo está na legalidade do texto da Portaria Ministerial nº 3.786 de 7 de Fevereiro de 1997, que, em conjunto com a Ordem de Serviço INSS/DSS/AUD nº 063 de 18 de agosto de 1997, pretende revisar todas as aposentadorias especiais de aeronautas transformadas na de ex-combatente, devolvendo-as ao patamar anterior, sob a fundamentação de que teria sido usado, ilegalmente, na contagem do tempo de serviço do aeronauta, o multiplicador 1,5 instituído pelo artigo 7º da lei 3.501/58.

1. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE

O art. 2º da Lei 3.501 de 21 de dezembro de 1958, estatuiu que “ *É considerado aeronauta, para os efeitos da presente lei, aquele que, em caráter permanente, exerce função remunerada a bordo de aeronave civil nacional.*”

Pois, bem, a par desta definição, embora singela, permitimo-nos dissertar acerca da possibilidade de transformação desta aposentadoria especial (espécie 44), na aposentadoria especial de ex-combatente (espécie 43).

A lei 4.297 de 23 de dezembro de 1963, define em seu art. Primeiro que “ *será concedida, após 25 anos de serviço, a aposentadoria sob forma de renda mensal vitalícia, igual à média do salário integral realmente percebido, durante os*

MARCELO ROQUE ANDERSON MACIEL AVILA
ADVOGADO

12 meses anteriores á respectiva concessão, ao segurado ex combatente de qualquer instituto de aposentadoria e pensões ou Caixa de aposentadoria e pensões, com qualquer idade, que tenha servido, como convocado ou não no teatro de operações da Itália – no período de 1944-1945 – ou que tenha integrado a Força Aérea Brasileira ou a Marinha de Guerra ou a Marinha Mercante e tendo nestas últimas participado de comboios e patrulhamento.

Muito embora o parágrafo primeiro do artigo anterior fale da necessidade de se requerer para contribuir sobre o teto máximo, tal dispositivo configura-se inócuo, desnecessário, haja vista que o aeronauta aposentado nesta situação, já contribuía, à época, por lei especial. Valendo trazer o entendimento da administração pública na concessão destes benefícios, analisando o processo administrativo nº 31036 118755/90 a requerimento de Fernando Corrêa Rocha verbis: “ Não há razão porque alegar a necessidade não ter requerido para contribuir pelo efetivamente recebido. No caso presente, o segurado já contribuía por lei especial, Lei nº 3.501/58 com alterações da Lei 4.262 e 4.263/62, que tinha limite superior ao estabelecido na LOPS. Portanto, não tem propósito a aplicação do art. 5º do ato normativo 18 que regulamentou a Lei nº 4.297/63.”

“ Dói-nos ver limitado o âmbito da visão por fundamento de texto frio da Lei, na análise de processos de benefícios daqueles que foram convocados para servir à pátria na guerra, no entanto, nas aposentadorias excepcional de anistiados, nada obstaculizamos.” (Parecer assinado pelo CHEFE DA DIVISÃO LEGISLATIVA, SUPERVISOR 1 e pela COORDENADORA GERAL DE BENEFÍCIOS.)

Nem se diga, pois, que os aeronautas não teriam contribuído integralmente para o sistema previdenciário, como, em alguns casos, sustenta a Administração Pública, uma vez que o próprio sistema impede tal contribuição. Nesta esteira, vele transcrever parte do brilhante parecer exarado pelo Procurador da República, **Celmo Fernandes Moreira**, em processo semelhante: “ Não colhe o argumento consoante o qual os segurados da previdência não pagam as suas contribuições acima de determinado teto e que o sistema não comportaria o pagamento de benefícios de valor superior. Com efeito, o benefício do impetrante retrata o reconhecimento da nação pelos importantes serviços prestados á sua pátria, com eminente risco de vida e esquecimento desse fato demonstra cabalmente a curta memória dos nossos governantes e o reduzido número de brasileiros que gozam desse merecido privilégio é insuficiente para desequilibrar as contas da previdência social. **(in MS 97.9393-0/RJ)**”

Ainda acerca do suposto uso do multiplicador 1,5, cumpre esclarecer que a Constituição Federal de 1967, em seu art. 178, incisos “c” e “d”, assegurou a aposentadoria com proventos integrais ao **vinte e cinco anos de serviço efetivo, se funcionário público da administração centralizada ou autárquica** e “aposentadoria com pensão integral aos **vinte e cinco anos de serviço**, se contribuinte da previdência social, respectivamente.

Note-se que inexistente no texto da Constituição de 1967 a exigência de ter comprovado vinte e cinco anos de serviço efetivo para o aeronauta. Exigência esta, apenas em relação aos servidores públicos integrantes da administração centralizada ou autárquica.

Por óbvio, o aeronauta que tenha participado efetivamente de operações bélicas durante o 2º Conflito Mundial e que não pertencesse aos quadros da administração pública, faria jus a ver sua aposentadoria de aeronauta transformada na aposentadoria de ex-combatente, tendo ele, usado ou não, o fator multiplicador do tempo de serviço, eis que inexistente sua proibição expressa. Assim também entendeu o eg. STF :

PREVIDENCIA SOCIAL.EX-COMBATENTE. O art. 197 da Constituição Federal assegura proventos integrais ao ex-combatente que se aposente após vinte e cinco anos de serviço, mas não cuida da base de cálculo dos proventos, matéria esta a ser definida pela lei ordinária. os proventos integrais garantidos á ex-combatente são, pois, os estabelecidos como tais pela legislação previdenciária. (RE nº 79.00888891-SP, Pleno Rel. Min. Leitão de Abreu DJ 10.08.79).

Permaneceu assim, inalterada a situação jurídica dos aeronautas ex-combatentes, sendo certo que a lei 4.297/63 foi recepcionada pela Constituição Federal de 1967.

Com o advento da Carta Política de 1988, a matéria veio tratada no art. 53 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias-ADCT, segundo o qual: “**Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315 de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos:V-aposentadoria com proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço efetivo, em qualquer regime jurídico.**”

Não bastassem, para abonar a tese da legalidade da transformação das aposentadorias, as considerações acerca da legislação pretérita, há que se considerar ainda, os princípios constitucionais insculpidos na atual Constituição, objeto do estudo a seguir.

Vale também destacar os pareceres inúmeros de todas as instancias da Previdência Social: Processo nº 31035.14665/88 – DIVISÃO DE LEGISLAÇÃO ESPECIAL

*Item 13: Como se observa, o art. 171 **proíbe a aplicação do tempo de serviço anterior a 13 de fevereiro de 1967 (que é multiplicado por 1,5) na aposentadoria especial da subseção IV da Seção III- aposentadoria especial de atividades perigosas, insalubres ou penosas;***

Item 14- Assim, ao não manter a mesma proibição quanto a outras espécies de aposentadoria, dá-nos certeza de que foi propósito do legislador de não impedir que o segurado ex-combatente que já se encontrar recebendo aposentadoria de aeronauta possa requerer a transformação dessa aposentadoria na de ex-combatente. Grifamos.

Como se depreende, a ÚNICA PROIBIÇÃO LEGAL para a transformação, é em relação às aposentadorias especiais de atividades perigosas, insalubres ou penosas, jamais para o aeronauta ex-combatente. Donde surge claro o direito dos aeronautas à transformação legal de suas aposentadorias. Sendo ainda mais claro que o direito à transformação, o direito de mantê-las.

O art. 13 do ato normativo 18, de 06.11.64, preconiza a situação dos impetrantes, *verbis*: “ Desde que preenchidas as condições aludidas no art. 1º, os Ex-combatentes já aposentados terão reajustados os seus proventos, a contar da data da vigência da Lei 4.297, na base do valor correspondente ao **salário integral, de cargo, função ou categoria, como se em atividade estivesse**”

É o que dizem os dispositivos legais, é o que foi feito. Ilegal, sem dúvida, é a pretensão de se anular todos os atos praticados legalmente, em vista de Portaria Ministerial que pretende retroagir para atingir situações jurídicas perfeitas e consumadas.

2. DO DIREITO ADQUIRIDO

Esta figura jurídica, por si só, e ainda mais pela fartura de estudos a respeito, dispensa maiores considerações, razão pela qual atemo-nos á sua relação com o fato concreto.

Apesar de legalmente transformadas em espécie 43, aludida portaria vem contrariar direito adquirido e ato jurídico perfeito, determinando que se revisem todas as aposentadorias transformadas na espécie 43, sob a alegação de estarem em desacordo com a **nova legislação**.

O art. 3º da indigitada Portaria, resolve: “ *Determinar a revisão de todos os benefícios concedidos ou transformados em desacordo com o disposto nesta portaria*”

Reside ai a ilegalidade e lesão aos aeronautas aposentados naquelas condições, e que hoje gozam dos benefícios da transformação, haja vista que seu direito perpetrou-se na legislação pretérita, anterior à aludida Portaria, como antes demonstrado, sendo certo que **a indigitada Portaria jamais poderia retroagir para atingir as situações efetivadas na vigência da Legislação Pretérita Específica**.

O art. 6º, parágrafo 2º do Decreto-Lei 4.657/42 - Lei de Introdução ao Código Civil, estabelece esta garantia: “ *A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.*”

§ 2º - *Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termos prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.*

Conceito também consagrado na Carta Política de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXVI.: “ *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*”

Nesse sentido tem sido vasta a doutrina, não dando margem á dúvidas no estudo do caso concreto, onde, segundo magistério de DE PLÁCIDO E SILVA: “ *O direito adquirido tira sua existência dos fatos jurídicos passados e definitivos, quando o seu titular os pode exercer. No entanto, não deixa de ser adquirido o direito, mesmo quando seu exercício dependa de um termo prefixo ou de uma condição preestabelecida inalterável ao arbítrio de outrem.*” Por isso sob o ponto de vista da retroatividade das leis, não somente se consideram adquiridos os direitos aperfeiçoados ao tempo em que se promulga a lei nova, como os que estejam subordinados a condições ainda não

verificadas, desde que não se indiquem alteráveis ao arbítrio de outrem” (vocabulário jurídico, Forense, 8ª ed. 1984, pg.77/78).

Para CARVALHO SANTOS, “ *Se o exercício depende de termo prefixo, o direito já é adquirido, sendo evidente, pois, que no sistema do código não é adquirido somente o direito que já se incorporou ao patrimônio individual. O prazo ou termo, de fato, não prejudica a aquisição do direito, que já se verificou, sendo seu único efeito protelar o exercício deste direito” (Código Civil Brasileiro Interpretado, Freitas Bastos, 14ª ed. Vol, I, 1986 pg. 43/44)*

CLOVIS BEVILAQUA, defende a posição de que “ *Trata-se aqui de um termo e condições suspensivos, que retardam o exercício do direito. Quanto ao prazo, é princípio corrente que ele pressupõe a aquisição definitiva do direito e apenas lhe demora o exercício. A condição suspensiva torna o direito apenas esperado, mas ainda não realizado. Todavia, com seu advento, o direito se supõe ter existido desde no momento em que se deu o fato que o criou” (Comentários ao Código Civil, 5ª edição, pag. 101).*

3. DO ATO JURÍDICO PERFEITO

Do que se infere dos pareceres administrativos concessivos da transformação anteriormente citados, depreende-se dos atos concessórios que estão eles revestidos de toda formalidade, legalidade e moralidade exigidos da administração pública, inclusive com precedentes vários, citados nos pareceres da procuradoria e da gerência regional do INSS, quando da análise administrativa dos casos, concluindo pela plausibilidade do direito e, conseqüentemente, concedendo o pleito.

Em vistas das circunstâncias em que foram transformadas as aposentadorias, a portaria ministerial *sub examine*, fere também, ato jurídico perfeito, porquanto “ ***Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou***”

E a lei vigente àquele tempo era no sentido da legalidade da transformação, tanto que foi apreciada e aprovada administrativamente, configurando-se ato arbitrário, ilegal e, sobretudo, imoral, pretender agora, a própria

administração, revogar ato jurídico perfeito, através de Portaria Ministerial editada posteriormente à consecução do ato.

No que tange à retroatividade, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, com a habitual excelência de seu magistério, anota que o problema “ *não se resolve com a simples noção de irretroatividade de lei, pois não se coloca a questão de seu retorno sobre o pretérito. Trata-se, isto sim, da sobrevivência dos efeitos da lei antiga, vale dizer, da persistência de seus efeitos em casos concretos, durante o império da nova lei. Cogita-se de hipótese em que situação produzida no passado, sem consumação nele, deve ter efeitos perduráveis no tempo, permitindo que eles atravessem incólumes o domínio das leis posteriores. Não há, pois, a rigor, questão de retroatividade. Pelo contrário: há sustação dos efeitos, isto é, da incidência da nova lei sobre situações concretas dantes ocorridas, cujos efeitos se deseja pôr a salvo, a fim de que não sejam perturbados pela sucessão normativa*” (in Revista de Direito Público nº 96, p. 119).

Posto isso, impõe-se neste momento a indagação: “ *Se lei delegada não pode dispor sobre matéria elencada nos direitos assegurados no art. 5º da Carta Magna, poderia a Resolução, ou a Portaria Ministerial, fazê-lo?, estando hierarquicamente abaixo daquela, no rol do art. 59 ?*”

Abonar-se tal pretensão, seria, diante do ordenamento jurídico vigente, verdadeira Heresia Jurídica, com a qual não pode corroborar a sociedade, os profissionais do Direito e, sobretudo, o Judiciário, de vez que o benefício ameaçado já está incorporado ao patrimônio jurídico dessas pessoas.

Há ainda que se aplicar ao caso em tela a súmula 473 da Excelsa Corte, *verbis*: **SUMULA 473: A ADMINISTRAÇÃO PODE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO EIVADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNAM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS; OU REVOGÁ-LOS POR MOTIVO DE CONVENIÊNCIA OU OPORTUNIDADE, RESPEITADOS OS DIREITOS ADQUIRIDOS, E RESSALVADA, EM TODOS OS CASOS, A APRECIÇÃO JUDICIAL.** *Grifo nosso*

Ainda nesse sentido Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, citando a lição de Léon de Duguit, afirma: “ *São insuscetíveis de serem apanhadas pela lei nova não só as situações subjetivas ou individuais, como outrossim os fatos realizados*”

*no passado, regidos pela lei em vigor no momento em que foram produzidos”
(op. Cit. Vol.1 p. 285) RT 739p.145.*

Do exposto, resta claro que, uma vez aposentados, não há de se cogitar de distinção desta aposentadoria, são eles aposentados. E, nesta qualidade, poderiam requer a transformação legal. É o que basta.

Na mesma esteira é a orientação desta Egrégia Segunda Região:

PREVIDENCIÁRIO – MILITAR – EX-COMBATENTE – INCIDÊNCIA DA PORTARIA MINISTERIAL Nº 3.786 DE 07 DE FEVEREIRO DE 1997 A BENEFÍCIOS CONCEDIDOS NA FORMA DA LEI 4.297/63.

I- É a Portaria Ministerial meio inidôneo, da ótica jurídica, para viabilizar modificações na Previdência Social, alterando normas legais sabidamente de hierarquia superior;

II- Remessa Improvida” (Remessa Ex-Officio –MS 21174, p. 97.02.44925-1, 1ª T. Unanime, Rel. Ney Fonseca).

4. Destaca-se do voto condutor o significativo trecho:

“... os autos noticiam claramente que a tutela pretendida foi no sentido de não incidir sobre as aposentadorias dos impetrantes os efeitos da Portaria Ministerial mencionada, **permanecendo os benefícios em questão regidos pelas regras aplicadas à época de suas concessões, como orienta o artigo 13 do Ato Normativo nº 18 de 06.11.64.** Frente ao exposto, nego provimento à remessa, mantendo a íntegra da sentença” grifamos.

Eduardo Pinto Pessoa Sobrinho, escrevendo o verbere “*Aposentadoria*” para o Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro, editado por Carvalho Santos, é incisivo: “*A aposentadoria, depois de sua decretação, constitui um fato jurídico perfeito e acabado. Não fica passível, portanto, de revisões futuras, por efeito de modificação de legislação respectiva*” (RT 739/ 146).

Em outras palavras, o que não se poderia admitir, sem dúvida, era que, utilizando-se do fator multiplicador (1,5), estas pessoas tivessem requerido, diretamente, a aposentadoria de ex-combatente. Mas, aposentando-se como aeronautas de acordo com a legislação vigente, têm eles o direito de opção pelo sistema mais vantajoso.

Assim, não há qualquer ilegalidade na transformação da aposentadoria de aeronauta na aposentadoria de ex-combatente, uma vez que a legislação pertinente ao aeronauta permitia a aposentadoria usando-se o multiplicador 1,5 instituído pela Lei 3.501/58, sendo que o direito dos aeronautas à prendida transformação foi garantido pela Lei 4.297 de 23 de dezembro de 1963 e, evidentemente, não pode ser revogado ou revisto por simples portaria ministerial, obviamente, por faltar-lhe força para invalidar o texto normativo, sendo-lhe hierarquicamente inferior. (CF. art. 59).

É flagrante e manifesta a ilegalidade do ato que determina a revisão de uma aposentadoria que já se provou ser legal, perpetrando-se no tempo e já incorporada ao patrimônio jurídico dos beneficiários.

De outra sorte, entendemos não ser possível, nem mesmo ao Judiciário, modificar a situação de transformação já consumada, em vista de que: “*O judiciário tem a função de rever os atos da administração pública, que lhe forem submetidos a julgamento, e isso sob o aspecto da legalidade. Certamente não se há de cogitar na atuação do judiciário como revisor dos atos da administração sob o aspecto do mérito. O que é vedado*”. (A execução Contra a Fazenda Pública – Wanderley José Federigui, Ed. Saraiva).

Na esteira acima, nem mesmo através do competente procedimento judicial, poderia a administração determinar a reversão das aposentadorias, eis que

trata-se, na espécie, de decisão administrativa quanto ao mérito da transformação, e não quanto ao procedimento pelo qual foi levado á efeito (legalidade, moralidade, publicidade), se assim o fizer o Judiciário, estará adentrando no mérito da questão que é da esfera administrativa. O que lhe é vedado.

4. DAS RESTRIÇÕES LEGAIS À TRANSFORMAÇÃO

Nesse aspecto, vele destacar o voto condutor do **Eminente Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO**, na Apelação Cível 93288/RJ (95.02.27205-6), donde se destaca o significativo trecho: “ *Como o art. 53 do ADCT, bem como o art. 4º da Lei que o regulamenta (8.059/90), não fazem restrição ao tipo de benefício previdenciário caracterizador da hipótese excepcional, não há como se distinguir entre benefícios previdenciários do regime geral, pagos pelo INSS, dos demais casos, como o benefício previdenciário pago á autora na qualidade de servidora estatutária aposentada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sendo mais benevolente a lei nova deve ser indubitavelmente aplicada, tendo em vista que não subsiste a vedação generalizada de percepção de quantia paga pelos cofres públicos a qualquer título. Se o legislador – tanto o constituinte como o ordinário não fez distinção quanto á fonte de pagamento do benefício previdenciário, nem o regime deste, quer se trate de regime contributivo ou não, é defeso ao intérprete fazer este tipo de distinção, a qual, para ser aplicada, deveria vir expressa no texto legal*” grifamos

Destarte, a proibição de que fala o Eminente Desembargador, só existe no texto legal acerca das aposentadorias especiais de atividades perigosas, como citado anteriormente, insalubres ou penosas. **A Lei não proíbe, em momento algum, a transformação da aposentadoria de aeronauta na de ex-combatente.**

Por derradeiro, cumpre atacar o último ponto, para alguns, obstaculizador da transformação, qual seja, a impossibilidade da combinação dos dois regimes para a obtenção de benefício mais vantajoso. A jurisprudência vem nos socorrer :

**EMENTA – Administrativo. Militar. Ex-combatente.
Revisão do ato de reforma.**

I- Conforme sentença de primeiro grau, o direito do autor em obter a pensão espacial acha-se devidamente assegurado no art. 53 do Ato das Disposições Transitórias.

II- Apresentando o ex-combatente da FEB, anos depois de licenciado, quadro demencial, tem direito a amparo do Estado.

III- Licenciado como soldado, tem direito a reforma como 3º sargento, com proventos da graduação imediata e mais os direitos constantes do art. 53 e incisos do ADCT.

IV- Apelação a que se nega provimento, em decisão unânime” (TRF 2ª Região. Ac. 91.02.15041-7/RJ Re. Juiz Celso Passos, 3ª Turma. Decisão: 26.04.95, DJ de 22/08/95, p. 53.068)

Como se pode observar do entendimento acima exposto, **foi considerada legal a combinação de regimes a fim de que se obtenha o mais vantajoso**, mais benéfico. Haja vista que o servidor militar “*in casu*” é regido pelo Regime Jurídico dos Servidores Militares e teve sua pensão transformada nos termos do art. 53 do ADCT, que é regime previdenciário, portanto, distinto. Valendo, por analogia, tal transformação, ao caso em tela, optando os aeronautas pelo regime mais vantajoso.

Destaca-se ainda, a AVOCATÓRIA MINISTERIAL, no processo nº 35584/4.600/RJ/CRPS 0464198/92 e o parecer do Consultor Geral da União, JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA, cujo teor resultou na seguinte EMENTA: “ **As condições que embasaram a concessão de aposentadoria de aeronauta, permitem sua transformação em aposentadoria de ex-combatente.**”

“EMENTA: Provada a qualidade de ex-combatente mediante certidões do Ministério da Aeronáutica. Condições que embasaram a concessão do benefício de aeronauta permitem a transformação pretendida”

5. CONCLUSÃO

Por derradeiro, ainda que se admita a legalidade da aludida Portaria Ministerial revisora, é claro que, em homenagem aos princípios do direito

MARCELO ROQUE ANDERSON MACIEL AVILA
ADVOGADO

adquirido, da anterioridade, e da irretroatividade das leis, é de salientar-se que, como toda norma, ou toda lei, deve ela aplicar-se ao futuro. Ou seja, obstar as transformações de aposentadorias apenas e tão somente, a partir de sua edição, sem atingir situações já consumadas. Com certeza, nestas condições, a partir da Portaria Ministerial não poderão ser promovidas transformações desse jaez. Sem contudo, que ela possa atingir aos que já tiveram o benefício concedido. É essa a proteção perseguida.

Rio de Janeiro, 11 de junho de 1997