

31/08/2010

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 456.689 SERGIPE

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA
AGTE. (S) : ZACARIAS IZIDORO CARDOSO
ADV. (A/S) : SIZENANDO AZEVEDO FARO E OUTRO (A/S)
AGDO. (A/S) : UNIÃO
ADV. (A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA: AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 53, II, ADCT. PENSÃO ESPECIAL E PROVENTOS DE REFORMA MILITAR. CUMULAÇÃO. CONCEITO DE EX-COMBATENTE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. LEI 5.315/67. PRETENSÃO DE JULGAMENTO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL E POSTERIOR REMESSA DOS AUTOS À ORIGEM PARA APRECIÇÃO DA MATÉRIA ORDINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADOS 283, 456 E 513 DA SÚMULA/STF.

Embora esta Corte já tenha reconhecido a possibilidade de percepção cumulativa de benefício previdenciário e da pensão especial prevista no art. 53, II, ADCT, verifico que, no presente recurso, não restou efetivamente caracterizada a qualidade de ex-combatente para o fim pretendido. Trata-se de matéria infraconstitucional, cujo exame é inviável pela via extraordinária.

Quando se alega error in iudicando, ofende a competência recursal extraordinária a devolução dos autos à origem para que ultime o julgamento, mediante apreciação da matéria legal.

Primeiramente, porque compete ao Superior Tribunal de Justiça dar a última palavra nessa hipótese (art. 105, III, CF 88). Se não o faz, preclui a matéria ordinária, inviabilizando o conhecimento do recurso extraordinário (Enunciado 283 da Súmula/STF).

Em segundo lugar, quando tem por escopo a reforma de julgado inferior, o remédio extraordinário não constitui "recurso de cassação". Por isso, se não houvesse óbices preliminares, seria desta Corte a competência para examinar a questão constitucional, *incidenter tantum*, e julgar a própria causa, nos limites da impugnação (Enunciados 456 e 513 da Súmula/STF).

Agravo interno a que se nega provimento.

A C Ó R D ã O



RE 456.689-Agr / SE

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator.

Brasília, 31 de agosto de 2010.



JOAQUIM BARBOSA - Relator

31/08/2010

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 456.689 SERGIPE

RELATOR : **MIN. JOAQUIM BARBOSA**
AGTE. (S) : ZACARIAS IZIDORO CARDOSO
ADV. (A/S) : SIZENANDO AZEVEDO FARO E OUTRO (A/S)
AGDO. (A/S) : UNIÃO
ADV. (A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator):

É este o teor da decisão com a qual neguei seguimento ao recurso extraordinário (fls. 318/319):

"DECISÃO: Em face das considerações constantes da petição de fls. 311-314, e com base no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil e no art. 317, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, reconsidero a decisão agravada (fls. 306), tornando-a sem efeito.

Passo ao reexame do recurso extraordinário. Trata-se de recurso extraordinário, interposto de acórdão prolatado por Tribunal Regional Federal, que versa sobre direito de ex-combatente receber de forma cumulativa a pensão especial prevista no inciso II do art. 53 do ADCT e os proventos de aposentadoria do militar.

O Tribunal de origem, analisando a apelação interposta, assim se pronunciou (fls. 232):

'CONSTITUCIONAL EX-COMBATENTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI Nº 5.315/67. CUMULAÇÃO COM PROVENTOS DE MILITAR. INDEFERIMENTO.

1. O conceito de ex-combatente foi ampliado pela jurisprudência a partir da edição da Lei nº 5.315/67, albergando aqueles que participaram de missões de

RE 456.689-Agr / SE

vigilância e segurança do litoral brasileiro durante a 2ª Guerra Mundial.

2. Hipótese em que restou comprovada a participação do autor em operações de guerra na Itália.

3. De ordinário, a pensão especial conferida a ex-combatente da 2ª Guerra Mundial é passível de ser cumulada com benefício previdenciário, nos termos do art. 53, II, do ADCT e art. 4ª da Lei 8.059/90, uma vez que os benefícios são de natureza diversa.

4. Em se tratando de servidor militar, no entanto, o fato de ter ele participado do teatro de operações da Itália durante a Segunda Guerra Mundial já lhe proporcionou benefício dentro da própria carreira castrense, o que configuraria, caso fosse concedida a pensão requerida, um bis in idem.'

A parte recorrente alega ofensa ao art. 53, II, do ADCT.

O recurso não merece acolhimento, uma vez que o acórdão recorrido decidiu a controvérsia com base na Lei 5.315/1967. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o Tribunal de origem, seria necessário o reexame da legislação infraconstitucional, o que é inviável no recurso extraordinário, uma vez que a alegada ofensa à Constituição, se existente, seria indireta ou reflexa. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

'DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MILITAR. EX-COMBATENTE. CONCEITO. PENSÃO ESPECIAL. MATÉRIA DE ORDEM INFRACONSTITUCIONAL.

1. A possibilidade de concessão da pensão especial inserta no art. 53, inciso II, da Constituição Federal exige o esclarecimento do conceito de ex-combatente, o que só é possível mediante a interpretação da Lei 5.315/67. Portanto, a questão posta é de índole

RE 456.689-AgR / SE

infraconstitucional, não autorizando a apreciação do recurso extraordinário.

2. Agravo regimental improvido.' (RE 540.298-AgR, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 12.12.2008)

No mesmo sentido, AI 660.012-AgR, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 13.03.2009; RE 581.905, rel. min. Cezar Peluso, DJe 22.05.2009; RE 592.930, rel. min. Marco Aurélio, DJe 17.11.2008; AI 734.006, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJe 15.12.2008; e RE 566.996, rel. min. Cármen Lúcia, DJe 13.08.2008.

Do exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário."

Dessa decisão interpõe-se agravo interno em que se alega não haver impedimento à análise, por esta Corte, somente da questão constitucional de fundo. Assim, pede a agravante que se examine apenas a possibilidade de ex-combatente receber, de forma cumulativa, a pensão especial prevista no art. 53, II, do ADCT e os proventos de aposentadoria militar. Após, argumenta a agravante que os autos devem ser remetidos ao órgão de origem para que complete o julgamento, mediante aplicação da legislação ordinária.

Mantenho a decisão agravada e submeto o recurso à apreciação da Turma.

É o relatório.

RE 456.689-Agr / SE

V O T O**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):**

Sem razão a agravante.

Trata-se de agravo regimental contra decisão monocrática pela qual neguei seguimento ao recurso extraordinário, uma vez que a matéria em debate exigiria o prévio exame de legislação infraconstitucional (fls. 318/319).

Na espécie, a parte agravante sustenta que, por ter participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, faria jus à percepção, cumulativa, de dois benefícios: um primeiro, proveniente de sua condição de militar reformado, e outro, com base no art. 53, II, ADCT.

O Tribunal de origem, analisando a apelação interposta, assim se pronunciou (fls. 232):

'CONSTITUCIONAL EX-COMBATENTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI Nº 5.315/67. CUMULAÇÃO COM PROVENTOS DE MILITAR. INDEFERIMENTO.

1. O conceito de ex-combatente foi ampliado pela jurisprudência a partir da edição da Lei nº 5.315/67, albergando aqueles que participaram de missões de vigilância e segurança do litoral brasileiro durante a 2ª Guerra Mundial.

2. Hipótese em que restou comprovada a participação do autor em operações de guerra na Itália.

3. De ordinário, a pensão especial conferida a ex-combatente da 2ª Guerra Mundial é passível de ser cumulada com benefício previdenciário,

RE 456.689-AgR / SE

nos termos do art. 53, II, do ADCT e art. 4º da Lei 8.059/90, uma vez que os benefícios são de natureza diversa.

4. Em se tratando de servidor militar, no entanto, o fato de ter ele participado do teatro de operações da Itália durante a Segunda Guerra Mundial já lhe proporcionou benefício dentro da própria carreira castrense, o que configuraria, caso fosse concedida a pensão requerida, um bis in idem."

Dessa decisão, a parte ora agravante interpôs recurso extraordinário, sustentando que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitiria a pretendida cumulação, consoante a fórmula empregada no art. 53, II, da Carta Federal, cujo teor é o seguinte:

"Art. 53. 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:

(...)

II - pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, que poderá ser requerida a qualquer tempo, sendo **inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários, ressalvado o direito de opção.**" (grifei

Não desconheço que a jurisprudência desta Corte admite, na esteira do art. 53, II, ADCT, que a pensão especial devida a ex-combatente possa ser cumulada com benefício de natureza previdenciária. Confirmam-se os seguintes julgados:

RE 456.689-AgR / SE

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EX-COMBATENTE. PENSÃO ESPECIAL. CUMULAÇÃO COM PROVENTOS DE APOSENTADORIA. ART. 53, II, DO ADCT. 1. A jurisprudência do Supremo é no sentido de que "[r]evestindo-se a aposentadoria de servidor público da natureza de benefício previdenciário, pode ela ser recebida cumulativamente com a pensão especial prevista no art. 53, inc. II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, devida a ex-combatente" [RE 236.902, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 1.10.99]. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 483101 AgR, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 02.03.2007)

EMENTA: - Ex-combatente. Pensão especial. Cumulação com proventos da aposentadoria de servidor público. - Ambas as Turmas desta Corte, nos RREE 236.902 e 263.911, têm entendido que "revestindo-se a aposentadoria de servidor público da natureza de benefício previdenciário, pode ela ser recebida cumulativamente com a pensão especial prevista no art. 53, inc. II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, devida a ex-combatente". Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 293214, rel. min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 14.12.2001)

Disso, porém, não decorre o provimento do recurso.

É que, na hipótese em comento, verifico a existência de óbice a impedir o exame do mérito da causa.

Com efeito, para o deferimento da cumulação almejada, constitui premissa inafastável a efetiva caracterização da agravante como "ex-combatente", nos termos do diploma ordinário pertinente.

RE 456.689-Agr / SE

Tal qualidade, entretanto, restou duvidosa **para os fins pretendidos**, pois o Tribunal a quo entendeu que

"em se tratando de servidor militar (...) o fato de ter ele participado do teatro de operações da Itália durante a Segunda Guerra Mundial já lhe proporcionou benefício dentro da própria carreira castrense, o que configuraria, caso fosse concedida a pensão requerida, um bis in idem"

Note-se que tal restrição não está contida no art. 53, II, do ADCT, mas em seu regramento legal, a Lei 5.315/67, cujo artigo 1º preceitua o seguinte:

"Art. 1º Considera-se ex-combatente, para efeito da aplicação do artigo 178 da Constituição do Brasil, todo aquêl que tenha participado efetivamente de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial, como integrante da Fôrça do Exército, da Fôrça Expedicionária Brasileira, da Fôrça Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Marinha Mercante, e que, no caso de militar, haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente."

No caso, por ser o requerente militar reformado, o exame do pleito não se esgota na interpretação do art. 53, II, ADCT.

RE 456.689-AgR / SE

Assim, para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o Tribunal a quo, seria necessário examinar disposições infraconstitucionais, o que é vedado em recurso extraordinário.

No mesmo sentido, conferir as ementas abaixo:

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE. LEI N. 5.315/67: DEFINIÇÃO DE EX-COMBATENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. **A controvérsia que demanda a análise da legislação infraconstitucional não viabiliza o processamento do recurso extraordinário.** Ofensa constitucional indireta. Precedentes. (AI 660012 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 13.03.2009)

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MILITAR. EX-COMBATENTE. CONCEITO. PENSÃO ESPECIAL. MATÉRIA DE ORDEM INFRACONSTITUCIONAL. 1. A possibilidade de concessão da pensão especial inserta no art. 53, inciso II, da Constituição Federal exige o esclarecimento do conceito de ex-combatente, o que só é possível mediante a interpretação da Lei 5.315/67. Portanto, **a questão posta é de índole infraconstitucional**, não autorizando a apreciação do recurso extraordinário. 2. Agravo regimental improvido. (RE 540298 AgR, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 12.12.2008)

Nem se pretenda, como o quer a agravante, a manifestação desta Corte apenas sobre o fundamento constitucional do recurso, com posterior remessa dos autos ao Tribunal de origem para exame das questões legais.

RE 456.689-Agr / SE

Neste caso, por conter o acórdão duplo fundamento, caberia à parte discutir a matéria infraconstitucional na sede própria - o Superior Tribunal de Justiça -, mediante recurso especial. Não tendo sido este conhecido (fls. 294-296), torna-se inviável a rediscussão da matéria, seja pelo órgão de origem, seja pelo Supremo Tribunal Federal, que não tem competência para tanto.

Nessa linha, confira-se o seguinte precedente:

E M E N T A: ACÓRDÃO EMANADO DE TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU E QUE POSSUI DUPLO FUNDAMENTO (CONSTITUCIONAL E LEGAL): IMPRESCINDIBILIDADE, EM TAL CASO, DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL (STJ) E DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO (STF) - RECURSO IMPROVIDO. - Se o acórdão emanado de Tribunal de segundo grau assentar-se em duplo fundamento (constitucional e legal), impõe-se, à parte interessada, o dever de interpor tanto o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça quanto o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, sob pena de, na ausência do apelo extremo, a parte recorrente sofrer, por força de sua própria omissão, os efeitos jurídico-processuais da preclusão pertinente à motivação de ordem constitucional. Se tal ocorrer, a existência de fundamento constitucional inatacado revelar-se-á bastante, só por si, para manter, em face de seu caráter autônomo e subordinante, a decisão proferida por Tribunal de segunda instância. - O acórdão do Superior Tribunal de Justiça somente legitimará o uso da via recursal extraordinária, se, nele, se desenhar, originariamente, a questão de direito constitucional. Surgindo esta, contudo, em sede jurisdicional inferior, a impugnação, por meio do recurso extraordinário, deverá ter por objeto a decisão emanada do Tribunal de segundo grau, pois terá sido este, e não o Superior Tribunal de Justiça, o órgão judiciário responsável pela resolução "incidenter

RE 456.689-Agr / SE

tantum" da *controvérsia de constitucionalidade. Precedentes. (RE 409973 Agr, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 26.03.2010)*

Ademais, segundo abalizada doutrina¹, **quando tem por fundamento error in iudicando**, o remédio extraordinário não constitui "recurso de cassação". Vale dizer, o **objeto** do recurso extremo não se confunde com a questão constitucional, que apenas é apreciada *incidenter tantum*. Interposto o extraordinário, transfere-se ao Supremo o julgamento **da própria causa, nos limites da impugnação** (Enunciados 456 e 513 da Súmula/STF).

Portanto, se não houvesse óbices ao conhecimento do recurso extraordinário, seria desta Corte, e de nenhuma outra, a competência para julgar integralmente a demanda recursal.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.



¹ Cf. NAGIB, Miguel Francisco Urbano. A Competência Recursal Extraordinária do STF e do STJ. *Revista de Direito do Estado*, n. 7, jul.-set., 2007, *passim*; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 600; ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 763/764.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 456.689

PROCED. : SERGIPE

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

AGTE.(S) : ZACARIAS IZIDORO CARDOSO

ADV.(A/S) : SIZENANDO AZEVEDO FARO E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Negado provimento ao agravo regimental. Decisão unânime. Ausente, licenciado, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. **2ª Turma**, 31.08.2010.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador