FUNCIONÁRIO PÚBLICO — CONCURSO — LEI RETROATIVA — DIREITO ADQUIRIDO

— O ato jurídico é subtraído ao império da lei posterior precisamente para que não seja prejudicado pela sua aplicação o direito que emergiu daquele ato e que por seu intermédio se tornou adquirido ou se incorporou ao patrimônio do indivíduo.

— Beneficiando candidatos que em concurso alcançaram nota inferior ao limite inicialmente estabelecido, a lei nova não fere direito adquirido.

— A lei poderá aplicar-se ao passado, atribuindo a fato ou ato jurídicos, efeitos novos, desde que tais efeitos não prejudiquem o patrimônio de ninguém.

— Interpretação do art. 141, § 3.º, *da Constituição.*

PARECER

I

Em 1943 realizaram-se concursos para ingresso no magistério secundário e normal do Estado de São Paulo. De acôrdo com a lei então vigente (decreto-lei n. 12.932, de 9-9-1942), art. 25, § 2.º, o candidato que obtivesse de três ou mais examinadores a média mínima de 7 era considerado habilitado.

A Assembléia Legislativa de São Paulo, porém, votou o projeto n. 375, que considerava habilitados os candidatos que houvessem obtido a média 5 no concurso realizado em 1943. Vetado pelo Governador, a Assembléia rejeitou o veto, transformando-se o projeto n. 375 na lei n. 188, de 18 de novembro de 1948. O artigo 1.º desta lei dispõe:

"Os candidatos que se submeteram a concurso de títulos e de provas, realizado em 1943, nos têrmos do decreto-lei n. 12.932, de 9-9-1942 e que tenham alcançado média mínima cinco (5) com três (3) ou mais examinadores, ficam, por fôrça desta lei, aprovados e considerados habilitados no referido concurso".

O art. 2.º da mesma lei assegurava aos que houvessem alcançado a média 5 o direito de escolha das cadeiras que restarem vagas após as remoções que se efetuarem nos têrmos da lei n. 164, de 30 de setembro de 1948.

II

E', portanto, indubitável que os candidatos que alcançaram no concurso de 1943 a média 5 adquiriram, por fôrça da lei n. 188, de 18 de novembro de 1948, o direito de serem providos nas vagas que se verificarem depois de efetuada a escolha feita pelos candidatos de primeiro concurso de remoção, nos têrmos da lei n. 164, de 30 de setembro de 1948.

A arguição de que a lei n. 188 é inconstitucional por ser retroativa me parece de todo em todo inconsistente.

O art. 141, § 3.º, da Constituição prescreve:

"A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Ora, a lei n. 188 não prejudica nenhum direito adquirido. E' uma lei que ao invés de prejudicar, beneficia os candidatos que, de acôrdo com a lei vigente em 1943, não poderiam ser nomeados por não haverem obtido a média 7, que era a mínima exigida para a habilitação no concurso então realizado. A lei n. 188 considera, porém, habilitados os candidatos que houvessem alcançado naquele concurso

a média cinco. Qual o direito adquirido que a lei n. 188 teria prejudicado? Ela teria prejudicado direito adquirido tão sòmente na hipótese de que ainda houvesse candidatos com a média 7 no concurso de 1943 e a cujo aproveitamento não se houvesse dado prioridade sôbre os candidatos com média cinco, beneficiados pela lei n. 188. Se, porém, os candidatos com média 7 já foram aproveitados, não haverá ninguém que possa invocar interêsse legítimo ou prejuízo de direito contra a aplicação da lei n. 188. Ao invés de resultar da aplicação da lei n. 188 prejuízo de direito adquirido, a sua não aplicação é que importará em prejudicar o direito adquirido dos candidatos que houveram alcançado a média cinco no concurso de 1943. Êsses candidatos, com efeito, adquiriram, desde a promulgação da lei n. 188, o direito de serem providos nas cadeiras vagas, depois de exercido, em relação a elas, o direito de prioridade assegurado aos candidatos do primeiro concurso de remoção a se realizar na vigência da lei n. 164, de 30 de setembro de 1948.

E' também proibida a aplicação retroativa da lei a ato jurídico aperfeiçoado ou consumado sob a vigência de lei anterior.

A proibição, porém, de aplicar a lei nova a ato jurídico que ela já encontra aperfeiçoado ou consumado de acôrdo com a lei anterior é, no fundo, destinada a proteger o direito adquirido. Por que, efetivamente, o ato jurídico perfeito não pode ser prejudicado por lei posterior? É, precisamente, porque o ato jurídico perfeito já produziu, no momento em que foi efetuado, o efeito de que era capaz nos têrmos da lei sob cuja vigência se aperfeiçoou ou consumou. Se já perfeito no momento da introdução da nova lei, esta não pode destruir o direito por êle criado, nem reviver direito que êle extinguiu. A proibição constitucional de aplicar a nova lei aos atos jurídicos perfeitos já se acha contida na proibição anterior, relativa ao direito adquirido, ou é apenas uma redundância destinada a reforçar a inviolabilidade do direito adquirido.

Clóvis Bevilaqua com a sua lucidez habitual, não deixa dúvida quanto à razão ou ao fundamento de se excluir da aplicação da nova lei o ato jurídico que ela encontra perfeito ou acabado nos têrmos da lei anterior:

"Ato jurídico é o ato lícito, que tem por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modiifcar ou extinguir direitos (art. 81). É um dos elementos criadores do direito. Os outros entram na categoria geral dos fatos jurídicos.

Já ficou dito que o direito adquirido pressupõe um fato capaz de produzí-lo, segundo as determinações da lei. Os outros fatos jurídicos não têm uma forma especial a que se deva acomodar a atividade humana. Sòmente para o ato jurídico estabelece o direito condições de validade, porque é êle o modo pelo qual a vontade humana se manifesta jurìdicamente, para criar, modificar ou extinguir direitos, e a lei deve determinar como essa vontade pode produzir tais efeitos.

O direito quer que o ato jurídico perfeito seja respeitado pelo legislador e pelo intérprete na aplicação da lei, precisamente porque o ato jurídico é gerador, modificador ou extintivo de direitos. Se a lei pudesse dar como inexistente ou inadequado o ato jurídico, já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, o direito adquirido dela oriundo desapareceria por falta de título ou fundamento.

Assim a segurança do ato jurídico perfeito é um modo de garantir o direito adquirido pela proteção, ao seu elemento gerador" (Clóvis Bevilaqua, Comentário n. 5 ao art. 3.º da *Introdução do Código Civil*).

O que a Constituição assegura, portanto, ao determinar que o ato jurídico perfeito continuará a ser regido pela lei do tempo em que se consumou, é, precisamente, o efeito jurídico daquele ato, isto é, as transformações por êle operadas nas relações jurídicas que constituem o seu conteúdo, seja cri-

ando, seja modificando, transferindo ou extinguindo direito.

O que resulta do ato jurídico perfeito é, precisamente, a aquisição de um direito, ou a pretensão fundada a uma prestação, ou a modificação ou a extinção de direito anterior a determinada prestação.

O ato jurídico perfeito é subtraído ao império da lei posterior precisamente para que não seja prejudicado pela sua aplicação o direito que emergiu daquele ato e que por seu intermédio se tornou adquirido ou se incorporou ao patrimônio do indivíduo.

Ora, do concurso realizado em 1943 não resultou direito adquirido senão para os candidatos que alcançaram a média mínima, que era, de acôrdo com a lei então vigente, a nota 7. Se a lei n. 188 houvesse disposto que só poderiam ser aproveitados os candidatos de nota superior a 7, teria evidentemente efeito retroativo com prejuízo de direito adquirido. Dispondo, porém, que os candidatos que, por haverem alcançado a média cinco, não tinham, de acôrdo com a lei do tempo do concurso, direito à nomeação, passariam a ser considerados habilitados para a nomeação, a nova lei, embora retroativa por atribuir no ato do concurso um efeito que êle não tinha segundo a lei então vigente, não prejudica, entretanto, nenhum direito adquirido, limitando-se, ao contrário, a atribuir à nota cinco a fôrça geradora de efeitos jurídicos em favor dos candidatos que a houvessem obtido.

A Constituição não determina, com efeito, que a lei não deve ser retroativa. O que ela prescreve é que a lei não poderá retroagir em prejuízo de direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada. Retroativa em princípio, a lei não poderá, entretanto, alterar as situações jurídicas definitivamente constituídas, retirando do patrimônio público ou privado direito que a êle se tenha incorporado em virtude de fato ou de ato jurídico, ao qual a lei do tempo do seu evento ou da sua realização atribuisse a fôrça de gerar aquêle efeito.

Em suma, a Constituição, no § 3.º do art. 141, exclui de sob a incidência da lei posterior os direitos adquiridos sob a vigência da lei anterior, e subtraindo ao império daquela o ato jurídico perfeito, o que ela objetiva é resguardar da sua incidência prejudicial precisamente o direito que se origine daquele ato, ou que é adquirido por fôrça dêle, ou o fruto que o beneficiário do ato jurídico perfeito já colheu e incorporou ao seu patrimônio.

Ora, beneficiando os candidatos que não alcançaram a nota 7, a lei n. 188 não prejudica nenhum direito adquirido e, por conseguinte, a sua aplicação ao concurso de 1943 não incorre na proibição constitucional, que abre ao princípio geral da retroatividade uma única excessão, ao vedar que a lei posterior prejudique o direito adquirido sob a vigência da lei anterior.

Proibindo o prejuízo da retroatividade, a Constituição não pode ser interpretada como excluindo igualmente da ação retroativa da lei o benefício, a vantagem, ou o favor.

Dispondo que a lei não prejudicará o direito adquirido, o que, em resumo, a Constituição prescreve é que a lei é em princípio retroativa, excluída tão sòmente a retroatividade prejudicial ao direito adquirido; se da sua aplicação não resulta prejuízo a direito adquirido, ela se aplicará integralmente ao passado, podendo, portanto, atribuir a fato ou ato jurídico efeitos novos, desde que tais efeitos não prejudiquem o patrimônio de ninguém.

Ora, foi precisamente o que fêz a lei n. 188. Nenhum dos candidatos ao concurso de 1943 foi por ela prejudicado; ela não anulou, em detrimento de nenhum patrimônio, os efeitos que a lei vigente ao tempo do concurso atribuía a êste ato. Ela se limitou a favorecer os candidatos que não haviam alcançado a média mínima que a lei então vigente considerava como condição para que os candidatos pudessem adquirir direito à nomeação.

Não prejudicou, portanto, direito adquirido ou ato jurídico perfeito.

Não há ninguém que possa alegar interêsse legítimo (no caso, prejuízo de direito) para se opôr à aplicação integral da lei n. 188.

III

O decreto-lei federal n. 1.190, de 1939, exigia o diploma de licenciado por Escola de Filosofia para o provimento das cadeiras do ensino secundário. O decreto-lei federal n. 8.777, de 1946, limitou-se, porém, a exigir o registro no Ministério da Educação para que o indivíduo pudesse exercer o magistério secundário, sem estabelecer qualquer distinção entre estabelecimentos de ensino oficiais e particulares. É claro, pois, que o decreto-lei n. 8.777 sendo posterior ao de n. 1.190, derrogou dêste último a disposição relativa à prioridade ou exclusividade conferida aos licenciados em filosofia. Hoje os professôres registrados estão em pé de igualdade com os licenciados em filosofia, constituindo o registro um título equivalente ao dipolma conferido pelas Faculdades de Filosofia.

IV

O art. 2.º da lei n. 188 assegura aos candidatos que hajam alcançado a média 5 (cinco) no concurso de 1943 o direito de escolha de vagas, respeitada a prioridade dos candidatos do primeiro concurso de remoção que se realizar nos têrmos da lei n. 164, de 30 de setembro de 1948:

"Os candidatos habilitados nos têrmos do disposto no artigo anterior (isto é, os candidatos que hajam obtido a média mínima 5 no concurso de 1943), bem como os habilitados no concurso realizado nos têrmos do decreto-lei n. 7.664, de 20 de maio de 1936 e não nomeados, serão chamados para escolher vagas, 15 (quinze) dias após a escolha feita pelos candidatos do primeiro concurso de remoção que se realizar nos têrmos da lei n. 164, de 30 de setembro de 1948, e de acôrdo com a ordem de classificação de suas notas".

Segundo transparece da consulta, embora já se tenha realizado o concurso de remoção a que se refere o art. 2.º da lei n. 188, e os candidatos nêle habilitados tenham escolhido as vagas, os candidatos que no concurso de 1943 alcançaram a média mínima cinco (5) e que a lei n. 188 considera habilitados, atribuindo-lhes o direito de escolha das vagas não preenchidas pelos candidatos à remoção, ainda não foram convocados pela repartição competente para exercerem o direito que lhes é assegurado pelo artigo 2.º da lei n. 188.

Temem, portanto e fundadamente, que ainda não foram convocados nos têrmos do art. 2.º da lei n. 188 por ser propósito da Administração descumprir a lei n. 188, concorrendo para robustecer a suspeita, o fato de se processar presentemente um concurso para provimento de vagas nos estabelecimentos oficiais de ensino secundário.

Diante disto indagam qual o remédio judiciário a que poderão recorrer para resguardo e efetivação do seu direito.

8. Parece-me que o mandado de segurança é o remédio adequado, não sòmente pela natureza da questão, como pela evidente urgência que existe em evitar que o direito assegurado pela lei n. 188 possa exercer-se com oportunidade, ou enquanto existem vagas ou estas não sejam preenchidas mediante a escolha de candidatos que estão presentemente se submetendo a concurso.

A questão relativamente ao aproveitamento dos candidatos que alcançaram a média mínima 5 (cinco) no concurso de 1943 não é de alta indagação. Consideram-se de alta indagação apenas as questões de fato, quando não possam ser resolvidas senão mediante produção e exame de provas. O mandado de segurança não comporta, por sua natureza, a solução de questões de fato, quando estas constituem o fóco da controvérsia. As únicas provas a

serem apreciadas no mandado de segurança são as pré-constituídas ou que se oferecem desde logo ao exame do Juiz.

As questões puramente jurídicas, ainda que sejam objeto de controvérsia doutrinária e sôbre a sua solução não seja uniforme a jurisprudência, não podem ser invocadas como exclusivas do mandado de segurança. A função do Juiz consiste, precisamente, em declarar o direito e presume-se que o Juiz disponha dos meios de investigação teórica e prática do direito.

Se as questões meramente de direito pudessem ser consideradas como impróprias de serem apreciadas em mandado de segurança, por motivo da sua complexidade ou de variações da doutrina e da jurisprudência, não se poderia compreender como as mesmas poderiam ser resolvidas em qualquer outra ação, pois tanto naquele como nesta o Juiz dispõe para resolvê-las dos mesmos recursos ou processos de investigação.

As únicas questões inadequadas ao mandado de segurança são aquelas para cuja solução se demandem investigações que só possam ser levadas a têrmo mediante a colaboração de outras pessoas — como, p. ex.: prova testemunhal ou exame pericial. Ora, a questão jurídica tem de ser resolvida tão sòmente pelo Juiz, cuja função consiste precisamente em resolvê-la por si mesmo, ou sem o concurso ou a colaboração de outras pessoas.

Ora, no presente caso não há controvérsia sôbre a matéria de fato. A questão controvertida é tão sòmente a de direito, isto é, a questão de saber se a lei n. 188 deverá ser aplicada ou se procede a arguição de inconstitucionalidade, que contra ela se articula ou se presume será em ocasião oportuna articulada pelo Govêrno de São Paulo.

É o meu parecer, S. M. J.

Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 1949. — *Francisco Campos*, Prof. na Fac. Nacional de Direito.