FUNCIONÁRIO PÚBLICO — APOSENTADORIA — ATO ADMINISTRATIVO — ANULAÇÃO — DIREITO ADQUIRIDO

— A administração não pode rever critérios jurídicos, ferindo direitos adquiridos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Júlio Capobianco *versus* Municipalidade de São Paulo
Agravo de petição n.º 201.645 — Relator: Sr. Desembargador ANDRADE JUNQUEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição n.º 201.645, da comarca de São Paulo em que é agravante Júlio Capobianco, sendo agravada a Municipalidade de São Paulo: Acordam em Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, por votação unânime, dar provimento ao recurso, pagas as custas na forma da lei.

Trata-se de recurso interposto de decisão que denegou segurança impetrada pelo ora recorrente contra o Secretário da Justiça e Negócios Internos da Prefeitura desta Capital.

Alegou o impetrante que foi aposentado com fundamento no art. 178, *c*, da Constituição Federal de 1967, regulamentado pela Lei n.º 5.315, do mesmo ano, denominada lei de guerra, contando então 25 anos de serviço público.

Subindo o processo de aposentadoria à apreciação do Tribunal de Contas do Município, decidiu ele que a aposentadoria era infringente da lei de guerra, pelo que o impetrante deveria reassumir as suas funções.

A autoridade coatora, dando cumprimento à decisão do Tribunal de Contas, anulou o ato da aposentadoria do impetrante, determinando reassumisse o cargo imediatamente.

Alega o impetrante a ilegalidade do ato, porquanto a sua aposentadoria foi outorgada pela autoridade competente não poderia ser revista por um órgão inexistente à época de sua concessão.

A autoridade apontada como coatora prestou informações, no sentido da denegação da segurança, porquanto a aposentadoria do impetrante foi invalidada por justo motivo, uma vez que não comprovou o seu tempo de guerra com certidão expedida pelo Ministério do Exército, como o exige a lei e a portaria ministerial n.º 19/GB, de 18 de janeiro de 1968.

A sentença, acolhendo a argumentação da autoridade apontada como coatora, denegou a segurança.

Inconformado, o recorrente agravou de petição, pleiteando a concessão da segurança.

O recurso foi processado com regularidade. Mantida a decisão, subiram os autos, opinando a Procuradoria da Justiça pela concessão da segurança.

É o relatório.

Dá-se provimento ao recurso para conceder a segurança.

O recorrente foi aposentado pela municipalidade pelo fato de haver sido contado a seu favor o tempo de guerra, perfazendo, assim, 25 anos de serviço público.

O ato da aposentadoria está revestido de todas as exigências e formalidades legais, tendo sido expedido pela autoridade competente.

O recorrente já estava há dois anos no gozo da aposentadoria quando o Tribunal de Contas decidiu declarar a nulidade do ato, pelo fato de a prova da participação efetiva na Segunda Guerra Mundial não ter sido feita mediante certidão expedida pelo Ministério do Exército, contemporânea do pedido, mas, sim, por assentamentos contemporâneos do serviço prestado na zona de guerra.

A sentença de primeira instância denegou a segurança, porque a prova da participação efetiva na guerra deveria ser feita com certidão expedida pelo Ministério do Exército, contemporânea da aposentadoria, ao passo que os documentos exibidos pelo impetrante, como prova da participação efetiva, datam de 1945, 1946 e 1958.

Assim exposta a questão, não há dúvida de que a segurança há de ser concedida.

O impetrante foi aposentado por ato datado de 6.9.1968 (fls.).

Para a aposentadoria do impetrante, a autoridade competente louvou-se no art. 178, *c*, da então Constituição Federal, que assegurou ao ex-combatente da Segunda Guerra Mundial o direito à aposentadoria, com proventos integrais, aos 25 anos de serviço efetivo, assim como na documentação exibida pelo impetrante e considerada válida autoridade competente, tanto assim que esse tempo de serviço foi computado no seu prontuário (fls.).

O benefício constitucional já estava regulamentado no âmbito federal (Lei n.º 5.315, de 1967), cujo art. 1.º dispôs que se considera ex-combatente, para o efeito de aplicação do aludido art. 178 da Constituição, "todo aquele que tenha participado efetivamente de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial, como integrante da Força do Exército, da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Marinha Mercante".

O § 1.º dispôs que "a prova da participação efetiva em operações bélicas será fornecida aos interessados pelos Ministérios Militares"; e o § 2.º dispôs que além da fornecida pelos Ministérios Militares, "constituem, também, dados de informações para fazer prova de ter tomado parte efetiva em operações bélicas": a) no Exército:... II — o certificado de que tenha participado efetivamente em missões de vigilância e segurança do litoral, como integrante da guarnição de ilhas oceânicas ou de unidades que se deslocaram de suas sedes para o cumprimento daquelas missões".

Portanto, a autoridade municipal, interpretando tais dispositivos legais, e tendo em consideração a documentação exibida pelo impetrante, constante de certidões fornecidas pelo Ministério do Exército, Quartel General da 2.ª Região Militar, comprobatórias de que o impetrante foi convocado para o serviço ativo do Exército e que, uma vez convocado foi classificado na Guarnição de Niterói, aí exercendo a função de Comandante das Torres de 75mm; e posteriormente, foi transferido para o 6.º GMAC, com sede em Santos, onde recebeu elogio pelo cumprimento das missões que lhe foram confiadas, concorrendo, "além de suas missões normais para o êxito da vigilância atribuída à Unidade, dentro do Subsetor Santos de Vigilância do Litoral" (fls.); e o próprio Ministério da Guerra, como era denominado então o atual Ministério do Exército, certificou que o impetrante "no período compreendido entre 22.1.1945 e 8.5.1945 servia em Unidades abrangidas pelo Decreto-lei n.º 10.490-A, de 25.9.1942, que define

e delimita a zona de guerra" (fls.); a autoridade municipal, levando em consideração toda essa documentação, chegou à conclusão de que o impetrante fazia jus ao enquadramento no dispositivo constitucional que permitia a aposentadoria com 25 anos de serviço.

É evidente que, se erro houve, nessa interpretação do texto legal e da documentação exibida pelo impetrante, esse erro foi de direito, pelo que não poderia outra autoridade, em data posterior à aposentadoria, rever o critério jurídico da autoridade antecedente que concedera a aposentadoria.

Além disso, não houve erro algum na interpretação do texto legal; no regime de direito em que vivemos, a lei tem absoluta superioridade sobre quaisquer outras normas administrativas destinadas a fazê-las cumprir; na sua regulamentação, o Poder Executivo não pode "criar direitos ou obrigações novas, que a lei não criou; ampliar, restringir, ou modificar direitos ou obrigações constantes de lei; ordenar ou proibir o que a lei não ordena nem proíbe; facultar ou vedar por modo diverso do estabelecido em lei; extinguir ou anular direitos ou obrigações que a lei conferiu; criar princípios novos ou diversos; alterar a forma que segundo a lei, deve revestir um ato; atingir, alterando-o por qualquer modo, o texto ou o espírito da lei" (Vicente Rao, *O Direito e a Vida dos Direitos*, n.º 225).

A Lei n.º 5.315, de 1967, no seu art. 1.º, § 2.º, dispôs que "além da fornecida pelos Ministérios Militares, constituem, também, dados de informação para fazer prova de ter tomado parte efetiva em operações bélicas", "o certificado de que tenha participado efetivamente em missões de vigilância e segurança do litoral, como integrante da guarnição de ilhas oceânicas ou de unidades que se deslocaram de suas sedes para o cumprimento daquelas missões".

Portanto, não é só a prova fornecida pelo Ministério do Exército, posterior à Lei n.º 5.315, que deve ser acolhida pela administração, pois a própria lei admite que a prova seja feita por certificado nas condições do § 2.º; ora, a autoridade municipal não era obrigada a conhecer dos termos da aludida portaria, que sequer foi transcrita no despacho que anulou a aposentadoria do impetrante; e mesmo que a conhecesse, não estava impedida de, analisando a prova feita pelo impetrante, deliberar sobre o direito deste em valer-se dos benefícios da lei de guerra.

Esse critério da autoridade que outorgou a aposentadoria, perfeitamente defensável face à lei, não pode justificar a anulação do ato, tão-somente porque, anos depois, tal critério foi substituído pelo de outra autoridade, que dele discordou.

A administração pública pode anular o ato eivado de nulidade manifesta, mas não o relativamente nulo, pois este "subsiste em toda a sua eficácia, impondo-se, enquanto não anulado, ao reconhecimento de todos. O ato em tais condições não é, propriamente, um ato inválido, uma vez que se impõe, pela sua eficácia, ao reconhecimento de todos que o não podem tratar como ineficaz ou insubsistente, dando lugar, quando muito, à reparação dos interesses legítimos por ele preteridos ou prejudicados" (Francisco Campos, *Direito Administrativo*, p. 60).

Como ensinou o Prof. Miguel Reale, invocado pelo impetrante, "é evidente que havendo elementos probatórios a serem aferidos, isto é, se a questão envolve a prévia determinação jurídica da matéria controvertida de fato, não há possibilidade de ser a nulidade decretada unilateralmente pela própria administração, pois, se lhe fosse dado fazê-lo, estaria emitindo uma decisão de cunho jurisdicional, e não meramente administrativo, atingindo de plano situações jurídicas constituídas ao abrigo do ato impugnado" (*Revogação e*

Anulamento do Ato Administrativo, p. 70).

No mesmo sentido o ensinamento de Mário Masagão (*Curso de Direito Administrtaivo*, p. 150), e de Vicente Rao, afirmando este "no que diz respeito aos atos administrativos, a tese de sua revogabilidade absoluta está, hoje, totalmente abandonada. Um limite, entre outros, se reconhece e impõe à faculdade da Administração de alterar os seus atos anteriores, o limite, isto é, do respeito aos direitos já existentes, aos fatos e atos jurídicos dos quais esses direitos, ou situações subjetivas, resultaram em favor das pessoas" (ob. cit., vol. 1, p. 452).

Por todo o exposto, sem cuidar do mérito da participação do impetrante em missões especiais dentro da zona de guerra, insuscetível de apreciação em mandado de segurança, mas considerando simplesmente que à administração não era dado anular o ato da aposentadoria do impetrante, concede-se a segurança impetrada.

São Paulo, 14 de dezembro de 1971. Andrade Junqueira, Presidente e Relator. Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Des. Newton Hermano e Pacheco de Mattos.