FUNCIONÁRIO PÚBLICO — APOSENTADORIA — DIREITO ADQUIRIDO — MANDADO DE SEGURANÇA

— O funcionário público adquire direito a aposentadoria com a satisfação de seus pressupostos ainda que a requeira após o advento de lei nova que os modifique.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Maurício Marchese Neto *versus* Secretário de Educação
Mandado de segurança n.º 196.455 — Relator: Sr. Desembargador CORDEIRO FERNANDES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança número 196.455, de São Paulo, sendo impetrante Maurício Marchese Neto e impetrado o Secretário da Educação.

1. Maurício Marchese Neto, diretor do Instituto de Educação Oscar Villares, de Mococa, contando mais de 30 anos de serviço efetivo — aos 15.3.68 — requereu aposentadoria, com fundamento no art. 92, da Constituição do estado, de 9.7.1947, art. 177, § 1.º, da Constituição Federal de 1967, e art. 13 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de Estado, de 1967.

Todavia, não obeve, ainda, o devido despacho.

Daí a impetração de mandado de segurança, com fundamento no dispositivo constitucional que consagra o princípio do direito adquirido.

A autoridade apontada como coatora prestou informações, alegando, preliminarmente, que a declaração do impedido de aposentadoria não fora despetrante não é verdadeira, pois o seu pachado, ainda, não por omissão do secretário da educação, mas porque, em tramitação normal, aguardava parecer da consultoria jurídica. Por outro lado, segundo as informações, "oito meses para exame formal e legal do pedido e conseqüente despacho não é muito, frente a quase três anos que o interessado levou para manifestar o próprio pedido".

Quanto ao mérito, sustenta a autoridade apontada como coatora que o pedido de aposentadoria do impetrante foi apresentado somente aos 7.6.70, "momento em que não mais vigoravam" os artigos invocados, em "virtude da Emenda Constitucional n.º 1, de 17.10.1969, válida a partir de 30.10.1969, que deu nova redação à Constituição Federal, e que não manteve o dispositivo questionado, como podemos ver da simples leitura do artigo 194, que repetiu, somente, o *caput* do art. 177 da Constituição de 1967".

Ouvida, a Procuradoria-Geral opinou pela concessão do *writ*.

2. Justo é o receio de lesão por parte do impetrante, máxime em face das informações prestadas pela própria autoridade apontada como coatora, que revelam, de modo indisfarçável, a intenção de negar a pleiteada aposentadoria.

3. Na hipótese, arma-se a seguinte equação: antes do respectivo decreto, mas configurados todos os requisitos para a sua concessão, existe direito adquirido ou uma simples expectativa de direito em relação à aposentadoria?

Surge em foco o venho tema do conflito de leis no tempo.

A propósito, observam Espínola e Espínola Filho: quer os que atribuem à nova norma eficácia retroativa, quer os que afirmam a irretroatividade como norma geral, reconhecem todos que, nos conflitos de leis no tempo, o que se

deve observar, essencialmente, é o respeito aos direitos adquiridos.

Ocorre, contudo, que avultam as dificuldades quando se pretende conceituar e delimitar o que seja direito adquirido.

Lassale, por exemplo, procurou imprimir tintas filosóficas em sua construção, a qual, na entanto, sofreu crítica de Gabba, para quem se considera adquirido o direito: a) que é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que esse fato se realizou, embora a ocasião de o fazer valer não se tivesse apresentado, antes da vigência de uma lei nova a ele concernente; e b) que, nos termos da lei sob cujo império ocorreu o fato de que se originou, entrou, imediatamente, a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.

O terreno é áspero e seria fastidioso prolongar no assunto, emaranhado de encruzilhadas.

Todavia, a respeito, não é possível olvidar a concepção de Roubier, para quem a teoria dos direitos adquiridos não dá solução para o problema; e prefere a situação jurídica como expressão mais adequada à determinação da eficácia da lei nova.

Esclarecendo o que se deve considerar como situações jurídicas anteriormente constituídas, escreve Roubier: "As leis que governam a constituição de uma situação jurídica não podem atingir, sem retroatividade, as situações jurídicas anteriormente constituídas. Daí resulta que uma situação jurídica validamente estabelecida segundo a lei então em vigor não pode ser considerada irregular em virtude de uma lei posterior; ou, em outros termos, a validade desta situação, segundo a lei do dia de sua criação, não pode ser posta em xeque por uma lei posterior. Porque importa a duração da criação da situação jurídica. desde que esta criação tenha ocorrido antes da lei nova. A formação da situação jurídica — além de outras — pode apresentar-se, também, sob a forma de um estado contínuo (prescrição aquisitiva). A respeito, pode-se afirmar que, uma vez terminada esta formação, uma lei nova — que não mais a permitir — não poderá ser aplicada às situações completamente criadas sob a lei precedente, sem que haja retroatividade. Por exemplo, a prescrição aquisitiva é uma situação que não se estabelece senão com uma posse de longa duração; enquanto esta prescrição está em curso, enfrenta-se uma situação em curso de formação e o problema do efeito de uma lei nova se refere à questão do efeito imediato da lei. Todavia, quando esta prescrição está terminada, então não pode ser mais posta em dúvida por uma lei posterior ao seu término, sem que haja retroatividade.

Pouco importa o modo de criação da situação jurídica, quer se trate de um fato material ou de um ato jurídico.

Pouco importa, também, que as situações jurídicas em causa se apresentem sob a forma de direitos subjetivos ou sob a forma de situações jurídicas objetivas.

O que o direito transitório protege é o próprio fato aquisitivo, cuja eficácia jurídica não pode ser eliminada por uma lei diversa daquela sob a qual ocorreu o fato" (cf. Paul Roubier. *Le Droit Transitoire*. 2.ª ed., 1960, n.º 41, pág. 185 e seg.).

4. Magistral é a lição de Reynaldo Porchat, ao fazer a distinção entre direito adquirido e faculdades e expectativas.

Como adverte Gabba, observa Porchat, "direitos concretos e adquiridos são somente aqueles que, dentro da esfera do poder facultado pelas leis concernentes às pessoas e às coisas, visam a um determinado e vantajoso efeito, por essas leis contemplado de modo explícito ou implícito, e surgem nos indivíduos, ou por virtude da operosidade humana, ou por virtude direta da própria lei, em seguida a fatos e circunstâncias nos modos e condições por ela preestabelecidas".

A faculdade é anterior ao direito adquirido, e simples meio para o adquirir.

E expectativa é a mera esperança de um direito que, pela ordem natural das coisas, e de acordo com uma legislação existente, entrará provavelmente para o patrimônio de um indivíduo quando se realiza um acontecimento previsto.

Distingue-se, assim, do direito adquirido, porque este já entrou para o patrimônio da pessoa.

A lei nova não pode, portanto, ferir direitos adquiridos.

E nota Porchat, com muita adequação que, no Brasil, desde o Império, não é permissível, por disposição constitucional, a lei retroativa.

Entre nós, de acordo com a verdeira doutrina, não se tem permitido aquilo que algumas legislações permitem e de que tanto abusou a legislação romana.

É sumamente importante, adverte Savigny, que se possa ter uma confiança segura na autoridade das leis existentes.

E não haveria nenhuma segurança para os cidadãos, se os seus direitos pudessem, a cada passo, ser postos em questão ou suprimidos peal vontade do legislador. O interesse geral não é senão a resultante dos interesses individuais (Planiol).

5. Cuidando, especificamente, do problema que deu origem à presente causa, existe, entre nós, o magistério de Francisco Campos: "O direito à aposentadoria se adquire no momento em que se integram os elementos exigidos por lei para que o funcionário faça jus a sua concessão. Quando se cumprem todas as condições para que o funcionário possa aposentar-se configura-se para ele o direito adquirido à aposentadoria; não imposta que ele não exerça desde logo esse direito. O exercício do direito não cria o direito; este, ao contrário, é que autoriza, legitima e torna possível o seu exercício. Se o funcionário, reunidos os requisitos da aposentoria, pode reclamar do estado a sua concessão, é porque, com o evento do termo ou das condições prescritas em lei, ele adquiriu o direito de fazer valer contra o estado o crédito que aqueles elementos de fato fizeram nascer em seu favor. O direito à aposentadoria nasce, portanto, no momento em que se verificam todos os elementos de que a lei faz depender a sua concessão.

Qualquer lei nova, que venha a alterar as condições de aquisição do direito à aposentadoria, ou a diminuir as suas vantagens, já encontra constituída entre o funcionário e o estado uma relação jurídica em plena maturidade. É um fruto que pode ser desde logo colhido.

Os fatos consumados sob a vigência de uma lei continuam a produzir sob a vigência da lei posterior os efeitos que lhes eram atribuídos por aquela. Nisto consiste o direito adquirido. Se a aposentadoria depende tão-somente de se cumprir um determinado lapso de tempo no exercício da função, cumprido o tempo, o funcionário adquiriu, *ipso facto*, o direito à aposentadoria, nos termos e com as vantagens asseguradas na lei então em vigor. Lei posterior que viesse a atribuir ao mesmo fato efeitos diversos, ou lhe recusasse a potencialidade de produzir os efeitos que segundo a lei do tempo em que se consumou era apto a produzir, estaria pretendendo, precisamente, a retroatividade que a nossa Constituição declara ilegítima". E mais: "O direito à aposentadoria não resulta do processo administrativo destinado à verificação de se, efetivamente, se cumpriram as condições legais da sua concessão". "O processo administrativo pelo qual se procede ao reconhecimento de um direito não cria esse direito: revela tão-somente a sua existência ou inexistência. Se conclui pela existência do direito, este, como é óbvio, não passa a existir por força do seu reconhecimento pela administração; a administração o reconhece precisamente porque verificou que ele já existia com

anterioridade ao processo do seu reconhecimento."

Nem se pode argumentar com a regra segundo a qual "a aposentadoria produzirá efeitos a partir da publicação do respectivo decreto no órgão oficial".

O que se pretende regular, aí não é a questão do momento em que é adquirido o direito à aposentadoria, mas tão-somente a situação funcional do servidor.

Em suma, "o funcionário que reúne todos os requisitos para a aposentadoria goza, em relação ao seu direito à inatividade, de uma situação jurídica definitivamente constituída" (cf. Francisco Campos. *Direito Administrativo*. vol. II/129 e seg).

Não discrepa a lição de Agostinho Alvim, em seus excelentes e modernos *Comentários ao Código Civil*. 1.º vol., pág. 39 e seg., ao tratar do art. 6.º da Introdução ao Código Civil.

Desde logo, observa o ilustre autor que, presentemente, tal é o prestígio de Gabba, como propugnador da teoria subjetiva, e o de Roubier, como defensor da teoria objetiva, que para designar tais correntes, fala-se, abreviadamente, Gabba e Roubier.

A seguir, nota que a teoria mais importante, para nós, é a de Gabba — teoria do direito adquirido — e procura decompor e explicar a sua noção de direito adquirido, distingindo-o da mera expectativa.

Quando o efeito com que se conta, ou que se espera, não entrou ainda para o patrimônio do titular, diz-se que há expectativa.

E exemplifica: alguém espera aposentar-se com 30 anos de serviço, e conta já 29. Sobrevém uma lei, segundo a qual são necessários 35 anos para a aposentadoria. Esta lei o atingirá, porque ele ainda não havia adquirido o direito de aposentar-se. Tinha uma expectativa.

Se, porém, ele já tivesse completado os 30 anos de serviços, já teria adquirido o direito. E ainda que continuasse a servir por vontade, isso não o impediria de, a qualquer momento, requerer a aposentadoria.

6. Agora, a jurisprudência.

O pretório excelso, após brilhantes debates, dando exato entendimento ao enunciado na *Súmula* n.º 359, firmou em aresto da lavra do eminente Ministro Luiz Gallotti: "se, na vigência da lei anterior, o impetrante preenchera todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência, não haver requerido a aposentadoria, não o fez perder o seu direito, que já estava adquirido. Um direito já adquirido não se pode transmudar em expectativa de direito, só porque o titular preferiu continuar trabalhando e não requereu a aposentadoria antes de revogada a lei em cuja vigência ocorrera a aquisição do direito. Expectativa de direito é algo que antecede a sua aquisição; e não pode ser posterior a esta" (*RTJ*, volume 33/255).

Na mesma trilha seguiu o acórdão da Primeira Câmara Civil desta Corte, que concedeu um *writ* impetrado pelo juiz Edmar Carvalho Lima e foi confirmado pelo STF (cf. *Boletim de Jurisprudência da Biblioteca do Tribunal de Justiça de São Paulo*. vol. 8/168, e *RTJ*, vol. 48/392).

E, mais recentemente, o pretório excelso, ao confirmar aresto desta Câmar, inserto na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça*. volume 8/182-5, ratificou o seu entendimento anterior de que, efetivamente, existe direito adquirido em relação à aposentadoria, "pela satisfação de todos os seus pressupostos, antes da lei que os alterasse ainda que exercitado após seu advento" (*RTJ*, vol. 54/486).

7. Por derradeiro, o argumento de que o art. 194 da Emenda Constitucional n.º 1 manteve somente o *caput* do art. 177, da Constituição 1967 é, sem dúvida, irrelevante.

Na verdade, em primeiro lugar, o art. 177 estava dentro das Disposições Transitórias e, assim, não teria sentido a sua reprodução da Emenda Cons-

titucional, para assegurar direitos adquiridos.

Em segundo lugar, o § 1.º do art. 177 continha, na verdade, duas partes, a saber: "O servidor que já tiver satisfeito (1.ª), ou vier a satisfazer, dentro de um ano (2.ª), as condições necessárias para a aposentadoria nos termos da legislação vigente na data desta Constituição, aposentar-se-á com os direitos e vantagens previstos nessa legislação".

O dispositivo constitucional aludiu, pois, em primeira plana, aos que já haviam satisfeito os requisitos necessários para a aposentadoria, nos termos da legislação vigente, e, a seguir, incluiu os que, dentro de um ano, viessem, também, a satisfazê-los.

A primeira parte desse dispositivo era, na realidade, supérflua, porque a Constituição de 1967 consagrara, de modo inequívoco, na sua Declaração de Direitos, no capítulo Dos direitos e garantias individuais, o princípio do direito adquirido (art. 150, § 3.º).

A segunda parte do dispositivo é que, efetivamente, constituiu uma novidade, um acréscimo, criando um direito futuro.

Daí a verdadeira razão de ser o § 1.º.

Por seu turno, a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, consubstanciou, igualmente, no seu art. 153, § 3.º, o princípio de que a lei não prejudicará o direito adquirido.

Portanto, é inegável que, pelo simples motivo de que a Emenda Constitucional não reproduziu uma Disposição Transitória da Constituição de 1967, não poderia desaparecer um direito individual legitimamente adquirido, com base na Constituição.

A propósito, ainda, do art. 177, § 1.º, da Constituição de 1967, escreveu, com muita propriedade, Pontes de Miranda: desse dispositivo não se pode "tirar que os beneficiados pela ressalva tenham de pedir a aposentadoria imediatamente após serem satisfeitos os pressupostos, ou logo após o dia final do prazo".

Ademais, a distinção entre aquisição do direito e o seu exercício, como ora é feita, só poderá beneficiar a administração pública, consoante bem salientou o pretório excelso no julgamento transcrito na *RTJ*, vol. 54/486.

Somente se se cuidasse de matéria relativa à substância da estrutura social e política do estado ou se houvesse disposição expressa constitucional no sentido da não incidência do princípio do direito adquirido, no caso, é que se poderia acolher a argumentação da autoridade apontada como coatora.

Mesmo, porque, como professa Benoit Jeanneau, deão da Faculdade de Direito e Ciências Econômicas de Poitiers, o objeto de uma constituição, é duplo: de uma parte arranja, dispõe sobre o exercício do poder; a este título é uma *règle du jeu;* e, de outra parte, consagra os princípios que devem guiar a ação dos poderes públicos; sob este ponto-de-vista é uma filosofia e tal é o significado das declarações de direitos.

E o princípio do respeito ao direito adquirido constitui, sem dúvida, entre nós, uma das categorias integrantes da concepção filosófica que inspirou a Constituição.

8. Isto posto: Acordam, em Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça, rejeitar a preliminar, por votação unânime, e conceder a segurança, por maioria de votos. Custas na forma da lei.

São Paulo, 31 de agosto de 1971. Dimas de Almeida, Presidente. Cordeiro Fernandes, Relator. Almeida Bicudo, vencido, com a seguinte declaração de voto: 1. Maurício Marchese Neto, diretor do Instituto de Educação Oscar Villares, pediu aposentadoria por contar mais de 30 anos de serviço público e, não obtendo despacho qualquer, requereu este mandado de segurança fundado nos art. 92 da Constituição Estadual de 1947, 177, § 1.º, da Constituição da República de 1967, e 13 do Ato das Disposições Transitó-

rias da Constituição do Estado, promulgada em 1967. Em síntese, foi o seguinte o meu voto:

2. A Constituição paulista de 1947 autorizava a aposentação com vecimentos integrais desde que o funcionário contasse 30 anos de efetivo exercício. Mas em setembro de 1967, quando o impetrante completou 30 anos de serviço público, não mais vigia essa Carta política, e a promulgada a 13.5.1967, então em vigor, só concedia a aposentadoria voluntária após 35 anos de serviço público.

3. Embora não contasse 35 anos de efetivo exercício, o requerente encontrava amparo legal à pretensão no art. 177, § 1.º, cuja disposição foi reproduzida no art. 13 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição, também precitado, assim redigido: "O servidor que já tiver satisfeito, ou vier a satisfazer, dentro de um ano, as condições necessárias para a aposentadoria nos termos da legislação vigente na data desta Constituição, aposentar-se-á com os direitos e vantagens previstos nessa legislação."

4. Mas o impetrante desinteressou-se da aposentadoria. Quando a requereu, em junho de 1970, já estavam em vigor as atuais Constituições da União e de São Paulo, ambas de outubro de 1969, que expressamente exigiam 35 anos de serviço público para o deferimento da aposentadoria voluntária. Acresce que estas duas leis eliminaram a exceção prevista nos referidos art. 177, § 1.º, e 13.

5. A douta maioria entende que, surgido o conflito entre a atual Constituição e as leis pretéritas, a Magna Carta deve respeitar os direitos adquiridos à sombra destas leis. Aplicado o entendimento ao caso, Maurício Marchese Neto ainda pode aposentar-se com apenas 30 anos de serviço porque, por ocasião do advento da nova Consttiuição, já ocorrera a aquisição do direito à aposentação somente com aquele tempo de serviço.

6. Estaria de pleno acordo com a lição se se tratasse de lei revogada por outra lei de igual categoria, pois uma situação jurídica validamente estabelecida, segundo a lei então em vigor, evidentemente não pode ser considerada irregular em virtude de lei posterior. Mas no caso concreto, a lei posterior é a Constituição da República Federativa do Brasil, e esta prevalece soberanamente sobre qualquer lei. Por isso mesmo, a partir de 1967, a aposentadoria com 30 anos de serviço somente seria possível em virtude da exceção aberta no art. 177, § 1.º.

7. Acontece que os autores da Emenda Constitucional n.º 1, de 17.10.1969, mantiveram vários dispositivos da Carta Política de 1967 e estabeleceram emendas aditivas, modificativas e supressivas, como se lê nos *considerandа*. Conservaram a regra da aposentadoria voluntária "após 35 anos de serviço" (art. 101, n.º III), mas cancelaram a exceção prevista no art. 177, § 1.º, da Constituição anterior. Omitido o art. 177, § 1.º, que permitia a aposentação aos 30 anos de serviço público tanto aos que já haviam satisfeito esse requisito, nos termos da legislação anterior, como, também àqueles que, dentro de um ano, viessem a satisfazê-lo, tornou-se absoluta aquela norma. Nenhuma disposição a ameniza.

8. Como é sabido, o direito constitucional se implanta na base de todo o direito positivo e, na hierarquia das leis, a supremacia é da Constituição. Destarte, até uma norma se direito privado, nela figurando, passa a ter caráter de direito constitucional, de irredutibilidade às demais leis. As disposições constitucionais têm aplicação imediata e irrestrita, abrangem o presente e o futuro, atingem as situações em curso e, por vezes, atuam em sentido retroativo. Pode uma Constituição criar direito diverso do até então existente; lei fundamental e suprema que é, vai alcançar e ferir o passado. A essa regra só se admite exceção quando expressamente consignada na

própria Constituição, como nos casos em que o seu cumprimento fica dependendo de promulgação de lei ordinária.

9. Portanto, depois da promulgação da Constituição de 1969, mantida a exigência de 35 anos de serviço público e omitida a exceção estabelecida no artigo 177, § 1.º, da Carta Política anterior, nenhum servidor poderá aposentar-se com tempo inferior àquele. Por conseguinte, Maurício Marchese Neto não pode alegar justo receio de lesão a direito seu, líquido e certo, amparável pelo *writ*. Estas as razões por que nego a segurança impetrada. Participaram do julgamento, com votos vencedores, na preliminar e no mérito, os Des. J. M. Arruda e Carmo Pinto.