MILITAR — SERVIÇO DE GUERRA — DIREITO ADQUIRIDO

— O direito preexistente, incorporado ao patrimônio do servidor público, não desaparece pelo não exercício.

— Com a aposentadoria não se cria o direito, apenas surge a oportunidade para o seu exercício.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Estado de São Paulo *versus* Pedro Bueno dos Santos e outro
Recurso extraordinário nº 75.609 — Relator: Sr. Ministro
DJACI FALCÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso.

Brasília, 7 de agosto de 1973. *Oswaldo Trigueiro,* Presidente. *Djaci Falcão,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Djaci Falcão: A decisão do presente recurso tem o seguinte teor:

"Vistos, relatados e discutidos estes autos de MS nº 197.108, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes Pedro Bueno Santos e Antônio Armando Sabelli, sendo impetrado o Ex.mo Sr. Secretário de Estado dos Negócios da Justiça.

Acordam, em Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, conceder a segurança, nos termos do pedido.

1. Pedro Bueno dos Santos e Antônio Armando Sabelli, respectivamente Capitão e 2.º Tenente da Polícia Militar do Estado de São Paulo, requereram à Comissão da Lei de Guerra que lhes fosse reconhecido o benefício da Lei n.º 5.135, de 7.1.49.

Deferida a pretensão, conforme publicação feita no D.O. de 26.9.70, houve recurso de ofício, para o Secretário da Justiça, consoante as disposições do art. 2º, nº III, alínea *a,* do Decreto estadual nº 47.776, de 23.2.67.

O Ex.mo Sr. Secretário da Justiça, por 18.11.70, respectivamente, houve por bem dar provimento ao recurso de ofício da Comissão de Lei de Guerra, e em conseqüência, indeferiu os pedidos, na conformidade do despacho proferido no Processo nº 92.621/70 e publicado no *D.O.* de 26.9.70, segundo o qual as vantagens previstas nas chamadas leis de guerra não podiam ser mais deferidas, após a vigência da atual Constituição Federal que no art. 102, § 2º, veda, sem exceção alguma, atribuírem-se aos funcionários públicos inativos vantagens superiores às percebidas na atividade.

Insurgem-se os impetrantes contra esse ato administrativo por entenderem que o dispositivo constitucional invocado aplica-se para o futuro, não servindo para fundamentar o despacho denegatório que atinge o direito adquirido que foi respei-

tado. Em abono de sua argumentação, citam os impetrantes inúmeros casos em que o Governo da União continua concedendo a vantagem da Lei de Guerra.

Assim, sustentando a existência de lesão de direito líquido e certo, impetram o presente mandado de segurança para o efeito de serem asseguradas aos impetrantes as vantagens indicadas na Lei estadual nº 5.135, de 7.1.49.

O impetrado prestou as informações que foram requisitadas, sustentando o ponto de vista de que se encontra revogada tôda a legislação relativa à chamada Constituição Federal, não aproveitando, aos impetrantes, a concessão da vantagem aos militares na esfera federal.

A Procuradoria-Geral da Justiça opina pela denegação da segurança, por entender que a ressalva do art. 93, § 8º, da Constituição Federal, não favorece aos impetrantes.

2. De início, cabe salientar que não há dúvida quanto ao fato de terem os impetrantes participado em zona de guerra, pois os pedidos dos impetrantes foram deferidos pela Comissão de Guerra, que reconheceu fazerem jus ao benefício outorgado pela Lei nº 5.135, de 1949, e o Ex.mo Sr. Secretário não contesta o preenchimento daquela condição, indeferindo os pedidos somente por entender que as chamadas leis de guerra que no estado atribuíam promoções ou melhoria de vencimentos a servidor público no ato da aposentadoria estavam revogadas desde a vigência da atual Constituição Federal.

Assim, os impetrantes não precisavam instruir o presente pedido com a documentação tendente a comprovar a participação efetiva em serviços de guerra, durante o período de 22.7.42 a 7.5.45, pois essa circunstância não foi posta em dúvida pela Impetrado, não tendo razão, portanto, a douta Procuradoria-Geral da Justiça, quanto à instrução da inicial e, ademais, trata-se do ato impugnado publicado no *Diário Oficial*, conforme vem mencionado na peça inaugural sem que o Impetrado tenha posto em dúvidas aqueles dados.

3. No mérito, a segurança merece ser concedida.

O Ex.mo Sr. Secretário da Justiça somente indeferiu a pretensão dos impetrantes por entender que as chamadas leis de guerra que no estado atribuíam promoções ou melhoria de vencimentos a servidor público no ato da aposentadoria estavam revogadas desde a vigência da atual Constituição Federal.

Todavia, como já foi decidido pela eg. Primeira Câmara Civil deste Colendo Tribunal, na AC nº 196.822, conforme o v. acórdão publicado no volume 17, p. 320, da *Revista de Jurisprudência* deste eg. Tribunal, versando sobre a interpretação das chamadas leis de guerra, o entendimento adotado pela digna autoridade impetrada não pode merecer agasalho, porque: "As leis de guerra não foram revogadas pelo art. 102, § 2º, da atual Constituição Federal. A norma constitucional aplica-se para o futuro, respeitado o direito adquirido."

Assim, demonstrada a prestação efetiva de serviços de guerra, tinham os impetrantes direito às vantagens estabelecidas na Lei nº 5.135/49.

Esse direito incorporou-se ao patrimônio dos impetrantes e a circunstância de não terem requerido a aposentadoria antes de entrar em vigor a atual Constituição não implica perder o direito que já adquiriram anteriormente.

A Constituição Federal respeita o direito adquirido (art. 153, § 3º).

A vantagem concedida pelas chamadas leis de guerra somente é deferida quando o funcionário civil ou militar passa para a inatividade. A Emenda Constitucional

nº 1 repetiu o disposto no art. 101, §§ 1º e 2º, da Constituição de 1967, sem, contudo, mencionar a exceção para os funcionários públicos e contida no art. 177, § 1º. A omissão dessa ressalva não significa que a Constituição atual veio suprimir o direito do funcionário civil adquirido na vigência das leis de guerra. A vantagem continua em vigor em relação ao servidor militar (art. 93, § 8º).

Conforme foi salientado no v. acórdão citado, "se todos são iguais perante a lei (art. 150, § 1º), a Constituição não poderia criar distinção entre servidor militar e civil para atribuir àquele uma vantagem e negá-la a este, quando ambos se apresentam em pé de igualdade perante a lei. Daí a razão por que o art. 102, § 2º, não tem sentido absoluto admitido pela digna autoridade impetrada. Ele dispõe para o futuro" (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça,* 17/321).

De salientar que, no caso, a aposentadoria não é elemento integrante do direito pleiteado. Se o servidor civil ou militar tomou parte ativa em operações de guerra, situação reconhecida por quem de direito, adquire o benefício que lhe outorga a Lei de Guerra. Ele passa a usufruir o direito quando se aposenta. A aposentadoria não cria o direito, mas apenas dá oportunidade para o seu exercício. A relação jurídica entre o servidor e o estado já se encontrava criada quando foi promulgada a Constituição Federal de 1969.

Conseqüentemente, desde que a Constituição respeitou o direito adquirido, não se pode afirmar que as leis de guerra estão em conflito com a normatividade constitucional.

E como foi reconhecido também pelo acórdão citado, a União continua a conceder a seus servidores a mesma vantagem e a mesma orientação seguiu o Governo do Estado ao baixar o Decreto nº 52.347, de 30.12.69, acrescentando ao art. 526 do Decreto nº 42.850, de .... 30.12.63, que dispõe sobre a concessão de vantagens aos funcionários civis que prestaram serviço em zona de guerra, o seguinte item: "III — Diferença entre a sua referência e a imediatamente superior, se ocupante de cargo isolado de referência correspondente à inicial da tabela respectiva."

O direito surgiu pelo reconhecimento pelo estado aos que participaram efetivamente em operações de guerra e, assim, na configuração do direito adquirido, tem aplicação o entendimento esposado pelo Pretório Excelso no RE nº .. 70.313, em que dispôs: "Direito adquirido. Desde que a recorrente completou os requisitos exigidos pelo lei antiga durante a sua vigência, claramente se configura o direito adquirido, que a lei nova não poderia ferir, sem ofensa à própria Constituição. Recurso Extraordinário conhecido e provido."

Por esses motivos, concede-se a segurança nos termos do pedido.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 13 de junho de 1972. (*a*) *Cardoso Rolim,* Presidente. (*a*) *Moreno Gonzalez,* Relator" fls. 55-9).

Irresignada, a Fazenda Estadual manifestou recurso com base no art. 119, III, *a* e *c,* da Lei Magna, sob alegação de ofensa ao art. 102, § 2º, do referido diploma (fls. 65 e 66). Admitido pelo despacho de fls. 72 e 73, tramitou regularmente (fls. 74, 75 e 76 a 79).

A Procuradoria-Geral da República pronunciou-se pelo não provimento do recurso (fls. 85 e 86).

VOTO

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator): A toda evidência descabe o recurso ex-

tracrdinário, desde que o aresto se limitou a respeitar o direito adquirido (art. 153, § 3º), considerando inaplicável à espécie a regra do art. 102, § 2º, da Lei Maior. Com efeito, se o recorrido satisfazia a todos os requisitos exigidos para a aposentadoria com determinada vantagem, pela lei anterior, e durante a sua vigência, claro que se apresenta como titular de direito adquirido. Oi direito preexistente, incorporado ao patrimônio do servidor público, não desaparece pelo simples motivo do seu exercício na vigência de uma Constituição que, se de um lado veda proventos de inatividade superiores à remuneração percebida pelo servidor em atividade (art. 102, § 2º), por outro, resguarda o princípio universal do direito adquirido (art. 153, § 3º).

Afigura-se-me, fora de dúvida, a existência de um direito adquirido. Com a aposentadoria não se cria o direito, apenas surge a oportunidade para o seu exercício. Aliás, esta é a diretriz desta Corte.

Ante o exposto, não conheço o recurso.

EXTRATO DA ATA

RE nº 75.609 — SP — Rel., Ministro Djaci Falcão. Rcte., Estado de São Paulo (Adv., Michel Temer Lulia). Redos., Pedro Bueno dos Santos e outro (Adv., Raif Kurban).

Decisão: Não conhecido, unanimemente.

Presidência do Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Rodrigues Alckmim, e o Dr. Oscar Corrêa Pina, Procurador-Geral da República, substituto. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Luiz Gallotti, Presidente. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aliomar Baleeiro.