# PARECERES

## *FUNCIONÁRIO PÚBLICO — MILITAR — EX-COMBATENTE — APOSENTADORIA — CONTRIBUIÇÃO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL — INTERPRETAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL — DIREITO ADQUIRIDO*

*— Os requisitos para a aposentadoria do ex-combatente são única e exclusivamente aqueles apontados no texto constitucional; outros não podem ser acrescidos por lei ordinária para tornar difícil o gozo do direito que adquiriram, uma vez preenchidos os pressupostos da lei básica.*

PARECER

I

Adail Mendes Cordeiro, oficial da reserva do Exército, antigo integrante da Força Expedicionária Brasileira, contando mais de 25 anos de serviço e sendo contribuinte e segurado do Instituto Nacional de Previdência Social, com base no art. 153, § 3º, da Constituição (direito adquirido) e no art. 197 do mesmo texto fundamental (Emenda nº 1, de 1969) que assegurou aposentadoria com proventos integrais aos contribuintes da previdência social, desde que contassem aquele tempo de serviço, propôs perante o Juízo da 5ª Vara da Justiça Federal de São Paulo uma ação ordinária, visando a obtenção desse benefício, na inatividade, e que lhe foi negado na esfera administrativa.

Contestando a ação alegou o INPS que a Lei nº 5.698, de 31 de agosto de 1971, reformulou as condições para a aposentadoria por forma diversa da estabelecida na Lei nº 4.297, de 1963; entre os requisitos para obtenção do benefício estabeleceu um período de carência de trinta e seis meses, ao qual o interessado não satisfez. As contribuições relativas a esse prazo não tinham sido ainda afetivadas, pelo interessado, quando do advento da lei nova (Lei nº 5.698, de 1971).

II

A ação foi julgada procedente, por sentença de 17 de maio de 1974. Disse, em sua parte conclusiva, o MM. Juiz:

"Por outro lado, a aposentadoria postulada encontra amparo em norma constitucional que, prevalecendo *erga omnes*, torna insubsistente disposição de lei ordinária limitativa de seu alcance. De fato, a Constituição Federal de 1967 veio assegurar aos contribuintes da previdência social, nas condições do Autor, a aposentadoria com pensão integral aos vinte e cinco anos de

serviço, sem cogitar de período de carência de que tratava a Lei nº 4.297 (art. 178, letra *d*). A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, convaleceu esse direito, sem qualquer restrição (art. 197 *c*)".

Depois de acentuar que a Lei nº 5.315, de 12.9.67, e o Decreto nº 61.705, de 13.11.67 que regularam a aplicação do preceito Constitucional citado silenciaram sobre a exigência de um período de carência (Lei nº 4.297) reporta-se a sentença a voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Márcio Ribeiro, proferido no Tribunal Federal de Recursos (Ap. Civ. nº 31.085-SP) em 10.4.72 segundo o qual os textos ordinários, não poderiam "acrescentar à aposentadoria já asseguarada na própria Constituição, *qualquer requisito que a Carta não contém*".

Assim, prossegue a sentença:

"Portanto, o direito do Autor à aposentadoria, nos termos em que a requer, não depende do preenchimento do período de carência de que trata a Lei nº 4.297. Esse requisito é irrelevante, visto como a lei ordinária não pode se sobrepor à Constituição, que assegura a aposentadoria com pensão integral, atendidas apenas as condições relativas à qualidade de ex-combatente e ao tempo de serviço. E essas condições, preenche-as o Autor, plenamente, como o demonstram à saciedade, as provas dos autos".

III

Sobre a legitimidade da pretensão do Autor e da juridicidade da sentença (pendente de recurso) me foi solicitado parecer.

A tese esposada na decisão judicial envolve o princípio de hermenêutica, segundo o qual, nos regimes de constituição escrita e rígida, esta prevalece soberanamente sobre a lei ordinária.

A declaração de inconstitucionalidade, construção da jurisprudência norte-americana e que entre nós foi inscrita em todas as constituições republicanas, visa a armar o Poder Judiciário da competência indeclinável de expungir do direito positivo, elaborado pelo Congresso Nacional, na sua função ordinária, todo e qualquer texto que possa infringir os preceitos constitucionais, se antes o Presidente da República, através de veto, não tiver alcançado o mesmo objetivo (Constituição, art. 59). E o pronunciamento do Poder Judiciário, por sua instâncias, em casos concretos, ganhou maior amplitude através da representação do procurador-geral da República (art. 119, I, *e*).

O confronto entre a lei ordinária e a Constituição envolve não só "a sua letra como o seu espírito" (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 3. ed. 1941, p. 271, nº 380). Desde que verificado qualquer conflito prevalece o texto da lei suprema.

Na mesma ordem de pensamento é ainda Carlos Maximiliano quem adverte:

*"Quando o estatuto fundamental define as circunstâncias em que um direito é exercido,* ou uma pena é aplicada, esta especificação *importa proibir implicitamente qualquer interferência legislativa para sujeitar o exercício do direito a condições novas* ou estender a outros casos a penalidade" (ap. cit., p. 369, nº 375).

Francisco Campos sustentou, em parecer, a mesma tese:

"O legislador ordinário não poderá restringir o alcance dos benefícios concedidos pelo legislador constituinte. Esta afirmação se funda na supremacia da Constituição sobre a lei simplesmente ordinária" (*Direito administrativo*, ed. 1958, v. 1 p. 394).

A hipótese estudada pelo saudoso jurisconsulto foi a da regulamentação por lei

ordinária da concessão de vantagens, pela Constituição do Estado de São Paulo (art. 30 do Ato das Disp. Trans., de 9.7.47) aos que participaram da revolução constitucionalista de 1932. Nem a cláusula "na forma de lei", contida no texto constitucional, de "caráter exclusivamente processual", poderia entender-se como uma franquia para que o legislador ordinário pudesse "restringir o alcance do benefício" (op. cit. p. 383 e segs.). Há, portanto, na tese sustentada, perfeita consonância com o caso ora em exame.

Sobre a supremacia da Constituição, princípio cardeal de nossa organização política, lembra Cláudio Pacheco (*Tratado das Constituições brasileiras*, 1958, v. 1 p. 99) que "se os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, *a Constituição e nunca essa resolução ordinária governará o caso a que ambos se aplicam*".

De fato, se fosse permitido ao legislador ordinário estabelecer novos requisitos aos contidos no texto constitucional, este poderia ser esvaziado em seu conteúdo a substância, como um sistema de vasos comunicantes. E como o legislador ordinário não tem peias no tempo para dar execução (medidas processuais) ao preceito constitucional estaria aberto o campo para os desvios, extensões e as restrições do pensamento do legislador constituinte. Evidentemente a tese da franquia em favor do legislador ordinário leva ao absurdo e deve ser repelida, por óbvias razões, máxime, em regime, como o nosso, de constituição escrita e rígida, sob o controle judicial, em qualquer instância, ou originariamente, mediante representação, ante o Supremo Tribunal Federal.

Em decisões recentes o Supremo Tribunal Federal decidiu, a próposito da exata interpretação do preceito constitucional que assegurou benefícios aos ex-combatentes. Repudiou dispositivos de constituições estaduais que a pretexto de dar-lhe execução, haviam ampliado os referidos favores. Assim ficou assentado na representação nº 824 do Espírito Santo (em .... 10.6.70) e na representação nº 851, de Mato Grosso (em 25.11.71) nos termos dos acórdãos publicados, respectivamente, na *Revista de direito Administrativo,* v. 104, p. 153 e v. 110 p. 95.

É oportuna, a propósito, do caso em exame, a lição de Francisco Ferrara:

"O jurista há de ter sempre diante dos olhos o escopo da lei, quer dizer, *o resultado prático que ela se propõe conseguir*" (*Interpretação e aplicação das leis.* Trad. de Manoel A. D. de Andrade, 2 ed. 1963, Coimbra).

No caso em exame, o dispositivo constitucional, por sua letra e por seu espírito é auto-executável; o seu "resultado prático", ou seja o amparo aos ex-combatentes, se obtém com a aplicação imediata do texto, independentemente de novos requisitos, quer no sentido de restringir ou de ampliar o seu alcance.

## IV

Aspecto relevante no caso, que a sentença também ressaltou, foi o do "direito adquirido" à aposentadoria, uma vez preenchidos os requisitos básicos, a salvo de lei ou dispositivos regulamentares, baixados posteriormente.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se nesse sentido e modificou, para que não houvesse dúvidas, a redação da súmula nº 359, que ficou assim escrita:

"Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se

pela lei vigente ao tempo em que o militar ou servidor civil reuniu os requisitos necessários".

Disse a propósito o Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Gallotti, Relator (Emb. no Rec. Ext. nº 72.509, sessão plena de 14.2.73) que "uma coisa é a aquisição do direito; outra, diversa, é o seu uso ou exercício. Não devem ser as duas confundidas. E convém ao interesse público que não sejam, porque assim *quando pioradas pela lei* as condições da aposentadoria, se permitirá que aquele eventualmente atingido por ela, em vez de o fazerem imediatamente, em massa, como costuma ocorrer, com grave ônus para os cofres públicos, continuem trabalhando" (*Revista de Direito Administrativo*, v. 114, p. 182).

Em acórdão recente (Rec. Ext. nº .. 73.189, de 29.3.73), Relator o Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Gallotti, sendo motivo de controvérsia o art. 177, § 1º, da Constituição de 1967 (Emenda nº 1, art. 194) repetiu o que afirmara em sessão plenária de 18.3.65 (Rec. de Seg. nº 11.395, in *Rev. Trim. de Jurisprudência*, v. 33, p. 395) que o preceito constitucional amparava mesmo aqueles servidores que tendo satisfeito os requisitos para a obtenção da aposentadoria não a tivesse requerido imediatamente. E isto porque, um direito adquirido não se pode transmutar em expectativa de direito..." (*Revista de Direito Administrativo*, v. 115, p. 184-7).

A tese firmada nos acórdãos citados é válida no caso em exame. Não é demais repetir que a própria administração federal vem proclamando: "É evidente, atento ao espírito da Constituição que quis amparar *excepcionalmente* o ex-combatente ..." (DASP, parecer de 15.5.70, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 102, p. 384).

A propósito da conceituação do direito adquirido, depois de dar-lhe os contornos, reporta-se Carlos Maximiliano a julgado norte-americano, segundo o qual considera-se retroativo "todo estatuto que restringe ou tira direitos adquiridos sob as leis existentes ou *cria uma nova obrigação, impõe um novo dever*, introduz caso de incapacidade a respeito de transações ou considerações já passadas" (*Comentários à Constituição brasileira*, 4. ed. 1948, v. 3 p. 49).

Ainda o mesmo autor, em obra especializada, define "como qualidade intrínseca do *direito adquirido* o proporcionar *utilidade* ao seu titular; constituir prerrogativa *privada*, contendo vantagem *particular* e tornando-se um elemento da personalidade do indivíduo" (*Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*, 1946, p. 43).

A lição tem inteira pertinência no caso em exame.

Em acórdão recente, o Tribunal Federal de Recursos decidiu favoravelmente pretensão de ex-combatente, segurado do INPS. Concluiu o Colendo Tribunal que lei ordinária não poderia restringir o gozo da aposentadoria do interessado, uma vez preenchidos os requisitos constitucionais. Reportando-se a sentença de primeira instância (que foi confirmada) advertiu o eminente Relator Ministro Esdras Gueiros:

"Considerando que se trata, portanto, de um direito adquirido do impetrante, assegurado pela Constituição Federal;

Considerando que não podem ser destruídos por uma lei nova os direitos adquiridos, que fazem parte do patrimônio de uma pessoa". (Ag. em Mandado de Seg. nº 72.225-GB, decisão de 6.8.73, da 3ª Turma, pub. na *Revista do Tribunal Federal de Recursos*, nº 42 (abr.-jun. — 1974, p. 87-93).

## V

Assim exposta a controvérsia, não há como fugir à tese sustentada pelo interesado e já acolhida pela sentença de 1ª instância. Os requisitos para a aposentadoria de ex-combatente são única e exclusivamente aqueles apontados no texto constitucional citado; outros não podem ser acrescidos, para tornar difícil o gozo do direito que adquiriram, uma vez preenchidos os pressupostos da lei básica. A lei ordinária editada, posteriormente, há de ser interpretada como de caráter instrumental ou processual mas nunca com força de criar obstáculos, ou entraves ao pleno gozo do benefício da aposentadoria, cumprido o prazo de 25 anos de serviço, a par da condição de ex-combatente.

Ante o exposto a sentença referida merece ser confirmada na instância superior, por haver, ao que me parece, bem situada a questão e decidido de perfeito acordo com a norma constitucional.

É o que me parece. S.M.J.

Rio de Janeiro, julho de 1974. *Carlos Medeiros Silva,* Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.