— Magistrado que completara, na atividade, os requisitos à aposentadoria com acréscimo faz direito a esse benefício, nos termos do art. 177, § 1º, da Constituição de 1967, embora revogado, à data da inativação.

— Promoção a desembargador, depois da integração dos requisitos, não extingue o direito adquirido.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Estado de São Paulo *versus* Raul da Rocha Medeiros Júnior
Recurso Extraordinário nº 74 541 — Relator para o acórdão: Sr. Ministro SOARES MUNOZ

ACÓRDÃO

Vistos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, por maioria de votos e na conformidade das notas taquigráficas, conhecer em parte do recurso, e, nessa parte, dar-lhe provimento.

Brasília, 26 de maio de 1981. — *Antonio Neder*, Presidente. *Soares Muñoz*, Relator p/o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Neder (Relator): O egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu a segurança que o nobre desembargador aposentado Raul da Rocha Medeiros Júnior impetrou contra certo ato do ilustre secretário da Justiça daquele estado, e o fez pelo acórdão de fls. 53-62, redigido nestes termos:

"Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 204 308, da comarca de São Paulo, em que é impetrante Raul da Rocha Medeiros Júnior, sendo impetrado o Exmo. Sr. Secretário de Estado dos Negócios da Justiça:

Acordam, em 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por votação unânime, conceder a segurança.

O desembargador recém-aposentado Dr. Raul da Rocha Medeiros Júnior impetra a presente segurança contra o Exmo. Sr. Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, porque não teve incluído nos proventos de sua aposentadoria o acréscimo de 10%, que, a seu tempo, foi concedido pelo art. 3º, parágrafo único, da Lei estadual nº 8 553, de 30 de dezembro de 1964.

Sustenta que não obstante tal preceito tenha sido revogado pelo art. 101, § 3º, da Constituição da República de 1967, de acordo com o qual 'em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade' (e no mesmo sentido a Constituição Federal emendada de 1969, art. 102, § 2º; Constituição estadual de 1967, art. 92, X; Constituição estadual emendada de 1969, art. 92, X), o certo é que o art. 177, § 1º, da Constituição Federal de 1967 ressalvou que: '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.' Por se tratar de disposição transitória, não foi reproduzida na vigente Constituição Federal.

A segurança visa sejam recalculados os proventos de aposentadoria, com a inclusão daquele acréscimo de 10%, com direito à percepção dos atrasados, vencidos anteriormente ao ajuizamento do *writ*, a partir de 2 de outubro de 1971, e procedendo-se administrativamente ao imediato pagamento dos atrasados vencidos posteriormente ao ingresso em juízo do mandado, tudo na forma do art. 1º, *caput* e § 3º da Lei nº 5 021, de 9 de junho de 1966.

À ação foi dado o valor de Cr$ 500,00. E a inicial veio instruída com os documentos de fls. 11-26.

A digna autoridade impetrada prestou as informações a fls. 34-44, e que podem ser resumidas em que: a) apega-se o impetrante à intenção do legislador, mas esta é sempre imprecisa; b) suprimindo a vantagem em questão, como o fizeram, os ministros militares manifestaram a intenção de não conservá-la; c) trata-se de exceção ao princípio consubstanciado no art. 101, § 3º, da Constituição do Brasil de 1967, e que foi suprimida pela vigente; d) direito adquirido só é oponível a lei ordinária, não a Constituição; e) a aposentadoria rege-se pela lei vigente na época de sua concessão; f) se o impetrante tivesse adquirido algum direito, teria sido o de se promover ao cargo imediatamente superior àquele que exercia quando a vantagem foi suprimida. A Procuradoria-Geral da Justiça emitiu o parecer a fls. 46-7 e, após a análise supra, concluiu pela denegação da segurança, tendo por procedente a derradeira objeção.

É sabido que uma constituição qualquer, quando sucede a uma outra anterior, estabelecendo novo magno ordenamento jurídico, este com caráter permanente para o futuro presumivelmente duradouro, há que resolver inevitáveis problemas de direito intertemporal, surgidos de situações exigindo imediata disciplina, porém, com caráter especial e passageiro. 'Dado esse caráter de transitoriedade não seria admissível tratá-las no texto do ato da ordem legislativa, nem promiscuí-las com o articulado efetivo deste, pois, uma vez atendida a situação ou o caso especial, o dispositivo deixa de interessar: é absorvido pelo tempo ou pela consumação do fato previsto'. Daí por que as 'disposições efêmeras devem ser articuladas, sempre, sob o título disposições transitórias ou disposições provisórias, na parte final do ato da ordem legislativa, não em continuação ao articulado desta, e, muito menos, nele intercaladas' (v. Hesio Fernandes, *Técnica legislativa,* p. 121-2).

Acontece, porém, que os constituintes, além de terem que resolver aquelas situações de puro direito intertemporal, freqüentemente querem resolver outras questões, pretéritas, concedendo meros favores pessoais, que a lei ordinária poderia dar, e outros que a lei ordinária não poderia conceder, porque feririam a igualdade perante a lei e outros princípios. Surge assim, a par do mandamento constitucional permanente, a norma constitucional extraordinária, antagônica, mas efêmera.

Daí por que, na vigência da Constituição de 1946, a jurisprudência deixou dirimido que o art. 185 resolveu *ad futurum,* ao passo que o art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias daquela Constituição resolve situações pretéritas, não sofrendo o limite do estatuído pela norma permanente (v. Alcino Pinto Falcão, *Repert. encicl. do direito brasileiro,* v. 2, p. 422-3).

Semelhantemente, quando da Constituição de 1967, o art. 101, § 3º, estabeleceu uma regra de que 'em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade', mas logo a seguir, no corpo da mesma constituição, no título V, 'Das Disposições Gerais e Transitórias', inseriu a exceção àquela regra, ao dispor que '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 nesta legislação' (art. 177, § 1º).

É que 'as normas transitórias têm, como visto, o mesmo valor jurídico das normas constitucionais permanentes. Quer isso dizer que são normas constitucionais. Têm, em regra, eficácia plena e aplicabilidade imediata. Mas sua eficácia é transitória e sua aplicabilidade se exaure com o desapa-

recimento da situação excepcional regulada. Abrem elas exceções a princípios consubstanciados nas normas permanentes da constituição, mas só no caso concreto'. Exemplo frisante: as normas do art. 99 e seu § 1º da Constituição de 1967 e as do art. 177, § 2º, de suas Disposições Transitórias (José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais,* p. 192).

Assim sendo, na vigência, ainda, daquela Constituição de 1967, antes de emendada, esta colenda Corte, pela sua egrégia Terceira Câmara Civil, deu, a funcionário público, aposentadoria com provento aumentado de 20%, não aplicando a regra do art. 101, § 3º, porque dando à espécie prevalência à regra extraordinária, também constitucional, do art. 177, § 1º (*Revista de Direito Público, 8*:269).

Acontece que o Congresso Nacional, constituinte de 1967, não teria introduzido, na Constituição de 1967, todo o espírito da Revolução de 1964, daí sobrevindo a Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, pela qual os ministros militares, usando das atribuições conferidas por atos institucionais, reeditaram aquela Constituição e a mantiveram na sua maior parte.

Os *consideranda* daquela emenda não deixam dúvida a respeito dos dispositivos inalterados, entre eles o art. 101, § 3º. Todavia, a enumeração não alcançou os artigos das Disposições Gerais e Transitórias, e que eram os arts. 173 a 189.

Contudo, a emenda constitucional se fez com suas próprias Disposições Gerais e Transitórias, as constantes dos arts. 181 a 200. E então 'o art. 181, que abre o derradeiro título da atual lei suprema, retrata a influência do movimento de 31 de março de 1964, que se situou num nível superior à ordem jurídica então existente, exarando atos institucionais e os respectivos atos complementares e alterando, em profundidade, a estrutura constitucional do país' (Rosah Russomano, *Anatomia da Constituição,* p. 335).

Embora o preâmbulo dos ministros militares tenha silenciado quanto às disposições gerais e transitórias da Constituição de 1967, não é menos exato que nelas introduziram alterações supressivas, aditivas ou apenas modificativas. Basta que se compare a redação do art. 178 das Disposições Gerais e Transitórias de 1967, com a do art. 197, das mesmas Disposições da Constituição emendada em 1969. Ocorreram aí restrições e ampliações aos direitos constitucionais extraordinários ou de exceção, concedidos aos civis ex-combatentes da Força Expedicionária Brasileira.

De conseqüência, a emenda não se restringiu às normas permanentes, mas também às temporárias de exceção. E então, se a do art. 177, § 1º, da Constituição de 1967 não foi reproduzida, isto não significa que tenha sido revogada, à luz dos critérios exegéticos da *mens legis* ou da intenção daqueles ministros militares. E isto porque 'os direitos assegurados pela Constituição antiga prevalecem, na vigência da nova, nos pontos em que esta não revogou aquela' (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito,* p. 385).

De relembrar-se, então, o princípio da continuidade da ordem jurídica precedente naquilo em que atende ao princípio da compatibilidade com a nova ordem constitucional.

Nem uma constituição simplesmente emendada pode ser equiparada a uma constituição anterior, para os fins de estudo da relação entre a constituição vigente e as normas da constituição anterior. Assim, a Constituição de 1946 é constituição anterior à de 1967, mas esta é a Constituição vigente, que passou a vigorar com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

O disposto no art. 177, § 1º, da Constituição de 1967 é uma regra de direito substancial. Seu caráter transitório indica que regula situações individuais e específicas, de sorte que, uma vez aplicadas e esgotados os interesses regulados, se exaurirá. Mas o tempo efetivamente decorrido não foi suficiente a que a norma não tenha sua eficácia plena. Da mesma forma, a estabilidade concedida nos termos do mesmo artigo, § 2º, não é possível sustentar que, por não ter sido reproduzido na Emenda de 1969, tenha sido revogado, ou se tenha já exaurido. As itera-

tivas ações a propósito ainda ajuizadas comprovam o contrário.

Pode parecer, à primeira vista, que os §§ 1º e 2º do art. 177 da Constituição de 1967 tenham sido revogados, do fato de que o art. 194 da redação atual daquela Constituição somente correspondente à do *caput* daquele artigo.

E anote-se que a matéria dos parágrafos não tem entre si nenhuma relação, nem com o *caput* do artigo.

E o benefício que aqueles parágrafos concederam apanhou todos os beneficiários como que 'fotografados' na data da promulgação da Constituição, inclusive os que dentro de um ano viessem a satisfazer as condições necessárias para a aposentadoria. Surgiu daí um direito constitucional adquirido, não importa que as estabilidades ainda estejam sendo administrativamente reconhecidas, e que muitas aposentadorias ainda não tenham sido requeridas.

Nessas condições, se se trata de dispositivos constitucionais auto-aplicáveis — assim sempre se entendeu no Judiciário — e deles já tantos se beneficiaram, não havia necessidade de serem reproduzidos na nova redação, porquanto os beneficiários estavam com um direito adquirido, e não com uma simples expectativa de direito.

Já o mesmo, a propósito, não aconteceu quanto aos ex-combatentes da FEB, para os quais a nova redação constitucional somente revogou a 'promoção, após interstício legal e se houver vaga'.

Além disso, 'tecnicamente, uma lei que seja contrária à Constituição posterior representa a revogação da primeira e não a sua inconstitucionalidade. Disposições transitórias, como o próprio nome indica, têm efeito passageiro' (Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, v. 1, p. 30).

Não há, porém, a rigor, Constituição posterior à de 1967, que foi tão-só emendada.

Nem há que falar-se em inconstitucionalidade do art. 177, §§ 1º e 2º, da Constituição de 1967, à luz do art. 194 da mesma Constituição emendada em 1969. Nem em revogação, que haveria que ser expressa.

'A maioria das cartas constitucionais, contudo, não traz regra ab-rogativa, ou semelhante, das normas constitucionais precedentes. Nesse particular, aplica-se, em sua inteireza, o princípio da compatibilidade horizontal, no que tange àquelas que conflitem com as normas constitucionais sucessivas: *lex posterior derogat priori*. Prevalece, também, o princípio de que a lei posterior que regula novamente a mesma matéria revoga a anterior. Isso se verifica, mesmo quando as normas anteriores não sejam incompatíveis' (José Afonso da Silva, op. cit. p. 209-10).

Mas já se viu que regra e exceção não eram incompatíveis. Esta visava situação pretérita. E a matéria não foi regulada novamente.

E o problema então é o de saber qual a situação das normas não incompatíveis e cuja matéria não tenha sido objeto da nova regulamentação constitucional, no caso, a mesma Constituição, com a nova redação decorrente da emenda constitucional ocorrida.

'Corre uma doutrina de que essas normas permanecem em vigor, não na sua qualidade de normas constitucionais, mas como lei de caráter ordinário.' 'Desgarram-se da Constituição, em que estavam encaixadas, e por isso que permanecem em vigor.' 'A Revolução não fez mais do que desconstitucionalizá-las' (id. ibid.).

Mas, no caso, a Constituição de 1967 não foi derrubada, nem os §§ 1º e 2º do seu art. 177 foram desconstitucionalizados, porque são normas de direito destinadas a vigência transitória ou temporária, criando, desde logo, direitos adquiridos.

E a constituição em exame, com a redação primitiva de 1967, ou a emendada de 1969, respeita o direito adquirido (art. 153, § 3º).

E o conceito legal de direito adquirido é aquele que 'o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aquele cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem' (Lei de Introdução, art. 3º, § 1º).

E não é nova a boa doutrina de que a aposentadoria é regida pela lei que estiver em vigor à época em que o funcionário adquiriu o direito à inatividade, significando

em princípio, que leis posteriores não podem, com prejuízo do aposentado, modificar seus direitos (Olavo Tabajara, *O funcionário público*, p. 16).

Essa doutrina, por certo, é que inspirou a norma excepcional do art. 171, § 1º, da Constituição de 1967, diante da legislação ordinária que acabava de ser revogada, pela norma permanente do art. 101, § 3.º.

Daí por que ilustre comentarista, estudando a questão dos proventos da aposentadoria, observou que a determinação de que, em caso nenhum — excetuada a da revisão por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, e decorrente da modificação dos vencimentos dos funcionários em atividade — os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade, aquela observação dissolve os problemas suscitados sob a Constituição anterior, quando a lei ordinária instituía a aposentadoria-prêmio, indo ao arrepio do art. 191, § 2º, da própria Constituição (de 1946). 'A Constituição atual, porém, visando a proteger o servidor que tivesse exercido suas funções e atingido — ou praticamente atingido — as condições necessárias para a aposentadoria satisfazendo-as, assim, dentro de um ano, a partir de sua promulgação, determinou que se poderia apresentar, nos termos da legislação vigorante àquela época, usufruindo dos direitos e vantagens previstos nessa legislação. Tornou, pois, ainda atuantes, para aquele fim, os preceitos acima mencionados' (Rosah Russomano, op. cit. p. 176-7).

Inteiramente despiciendo que o ora impetrante, ao tempo do direito adquirido, ainda não fosse desembargador. Assistia-lhe o direito de aguardar uma promoção tão relevante, quando poderia ter aguardado o término de um qüinqüênio, o que tudo resultaria em apreciável melhoria dos futuros proventos de aposentadoria. Nenhuma lei condicionou o direito adquirido a um pedido de aposentadoria imediato, ou dentro de certo prazo.

Com tais fundamentos, concedem a segurança, nos termos do pedido.

Custas, como de direito."

2. A esse acórdão interpôs recurso extraordinário o estado de São Paulo, que se fundou no art. 119, III, *a* e *d*, da Constituição.

Quanto ao primeiro fundamento, sustenta o impugnante que o acórdão local contrariou o § 2º, do art. 102, da Constituição, e negou vigência ao § 2º, do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, como também ao art. 1º da Lei nº 5 021 de 9 de junho de 1966.

E no tocante ao segundo fundamento, afirma o impugnante que o acórdão recorrido se acha em divergência com o que o Supremo Tribunal proferiu no RE nº 68 498.

O recurso foi impugnado, fls. 74-6, mereceu parecer favorável do Ministério Público local, fls. 80-1, foi admitido, fls. 83-5, razoado, fls. 87-90, e contra-arrazoado, fls. 92-9, tudo nestes termos: (lê).

3. A egrégia Procuradoria-Geral da República emitiu o seguinte parecer sobre o caso, fls. 106-8:

"1. A v. decisão recorrida (fls. 53) assegurou ao impetrante o direito a proventos superiores aos vencimentos que percebia na atividade. Teve em conta o fato de que, no prazo deixado pelo art. 177, § 1º, da Constituição de 1967, o interessado preenchera os requisitos para aposentadoria conforme a legislação anterior, e, portanto, não o prejudica o fato de não haver requerido a aposentadoria naquele prazo.

2. O recorrente, porém, insiste em que o entendimento pontificado não diz respeito às alterações constitucionais, contra as quais não vinga a invocação de direito adquirido — fls. 68.

3. Sobre a controvérsia, pendem de julgamento do Plenário desse Pretório Excelso os Mandados de Segurança n.os 19 920 e 19 933, relatados, respectivamente, pelos eminentes Ministros Djaci Falcão e Thompson Flores.

4. Ali, como aqui, o pronunciamento desta Procuradoria-Geral é no sentido de que, ao imediatismo da incidência das regras constitucionais somente se opõem as exceções abertas pela própria Constituição. Logo, se o texto emendado não ressalvou, em 1969, as situações que se tinham ressalvado em 1967, é certo que, a partir daí, todas as aposentadorias passaram a ser regidas

pelo princípio geral da vedação de proventos superiores à retribuição percebida na atividade. O direito adquirido que, no caso, consagra a antiga jurisprudência, somente tem peso quando a revogação da lei anterior, em cujo regime o servidor tenha preenchido os requisitos da aposentadoria, tenha-se dado por lei de igual hierarquia; nunca, porém, quando a revogação decorra de preceito constitucional, desprovido de qualquer exceção, como acontece ao art. 102, § 2º, Emenda nº 1, de 1969.

5. A par dessa matéria constitucional, o recurso profliga o acórdão, também na parte que deferiu direito a importâncias vencidas anteriormente à impetração. Por isso, ainda que venha a ser vencido quanto à primeira questão, o provimento parcial do apelo se impõe, para limitar a executoriedade do mandado de segurança às prestações vencidas após a impetração. Na verdade, se o art. 1º da Lei nº 5 021/66 é claro na demarcação do pagamento em causa, vetando a essa via judicial especialíssima o proteger prestações anteriores ao ajuizamento do pedido, mais indiscutível se tornou a sua compreensão, segundo o acórdão no RE nº 68 498, invocado em comprovação da divergência pretoriana.

6. Daí o parecer pelo total provimento do recurso, quanto à primeira questão suscitada, se bem que sugerindo o seu sobrestamento, até que o egrégio Plenário se pronuncie sobre a tese, naqueles casos lembrados; ou pelo seu provimento parcial, se acaso remanesça a segunda questão invocada."

4. É o relatório

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Neder (Relator): 1. O nobre Desembargador Raul da Rocha Medeiros Júnior aposentou-se em 2 de outubro de 1971, fls. 11.

No cálculo de seus proventos não se incluiu o acréscimo previsto no parágrafo único, do art. 3º, da Lei estadual nº 8 553, de 30 de dezembro de 1964, assim redigido, fls. 3:

"Os membros da magistratura e do ministério público, ao se aposentarem, a pedido, por invalidez, ou compulsoriamente, terão seus proventos calculados com base nos vencimentos e vantagens dos cargos de padrão imediatamente superior aos de que forem ocupantes.

Parágrafo único. No caso deste artigo, os proventos dos desembargadores (...vetado...) e dos ministros do Tribunal de Contas, calculados sobre os vencimentos e vantagens dos respectivos cargos, serão acrescidos de 10%."

O fundamento da exclusão do acréscimo é o de que a referida norma que o instituiu foi revogada pelo § 3º, do art. 101, da Constituição de 1967, texto primitivo, norma constitucional que proibia fossem os proventos fixados em quantia superior à que o funcionário público recebia como remuneração quando se achava em atividade.

Ao conceder a segurança nos termos em que a concedeu, isto é, pelo argumento de que o nobre impetrante se achava protegido pelo art. 177, § 1º, da Constituição de 1967, texto primitivo, visto que teria ele adquirido, em antes de aposentar-se, o direito inscrito nessa regra transitória, e ao conceder nesses termos a segurança quando era certo, na ocasião, que se achava extinta desde 15 de março de 1968 a vigência do art. 177, § 1º, do texto primitivo da Carta Política de 1967, isso por força de sua combinação com o seu art. 189, está bem de ver que o egrégio Tribunal *a quo* relegou ao esquecimento a então vigente regra do § 2º, que integra o art. 102, da Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969, isto é, que a contrariou, porquanto, ao ser publicado, em 2 de outubro de 1971, o ato de aposentadoria do nobre Desembargador Raul da Rocha Medeiros Júnior, não vigorava o art. 177, § 1º, da Constituição de 1967, texto primitivo, e vigorava o § 2º, do art. 102, da Constituição de 1967 emendada em 1969, cujo texto não reproduz a mencionada regra temporária.

Se a Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969 manteve, no § 2º, do seu art. 102, a proibição constante do § 3º, do art. 101, do seu texto primitivo, e suprimiu a exceção inscrita no art. 177, § 1º, do seu texto transitório, regra esta de vi-

gência temporária, não se tem como aplicá-la no caso do nobre recorrido, que se aposentou em 1971, quando ela não vigorava.

Se a questionada vantagem fosse concedida, não ao aposentado, e sim ao magistrado que se achasse no exercício do seu cargo, ela seria uma vantagem incorporável aos vencimentos do juiz por força do art. 113, III, da Constituição, e poderia integrar os proventos.

Sucede que se trata de acréscimo aos *proventos do aposentado,* proventos que, nos termos do § 2º, do art. 102, da vigente Carta Política, estão limitados pelo quanto da remuneração percebida pelo magistrado em antes de aposentar-se.

2. O acórdão impugnado argumentou que o nobre Desembargador Medeiros Júnior adquiriu, no caso, o direito questionado.

Trata-se de um argumento que não tem procedência.

Direito adquirido ele teria se a vantagem lhe fosse concedida pelo fato de achar-se no exercício do cargo.

O certo, porém, é que tal vantagem foi concedida somente ao magistrado que obteve aposentadoria.

Seu destinatário é o juiz *aposentado,* sua concessão coincidiu com o ato de *aposentadoria* e o seu quanto é acrescido aos *proventos.*

Seria reconhecível o direito adquirido se o nobre Desembargador Medeiros Júnior fosse aposentado até o dia 15 de março de 1968, como previsto no § 1º, do art. 177, do texto primitivo da Constituição de 1967, combinado com o seu art. 189, porque até aquele dia era de se lhe reconhecer o direito às vantagens outorgadas na legislação anterior à referida norma, inclusive a do parágrafo único, do art. 3º, da Lei paulista nº 8 553, que é de 1964.

Desde, porém, que se aposentou em 2 de outubro de 1971, clara é a conclusão de que não adquiriu nenhum direito à supracitada vantagem, pois o art. 177, § 1º, que lhe poderia conferir esse direito, não vigorava mais.

Procede, pois, o argumento de que o acórdão paulista vulnerou o § 2º, do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que define o direito adquirido.

3. Ocorre, ainda, que o acórdão impugnado concedeu ao nobre impetrante da segurança o direito de receber as quantias vencidas em antes do ajuizamento da sua impetração, contrariando, assim, os termos claros do art. 1º da Lei nº 5 021, de 9 de junho de 1966, norma que permite somente o pagamento das prestações vincendas, como se lê no seu texto, fls. 71:

"O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data de ajuizamento da inicial."

4. Conheço do recurso e lhe dou provimento para cassar a segurança e determinar que o recorrido restitua aos cofres do estado as quantias que lhe foram pagas por força da indevida concessão do *writ.*

Custas, pelo recorrido.

VOTO (PRELIMINAR)

O Sr. Ministro Rafael Mayer: Sr. Presidente, a construção feita por V. Exª tem rigor lógico, porque o ponto nuclear estaria em que o direito se constituiu à sombra de uma norma em vigor. Mas a jurisprudência desta Corte é muito mais ampla e benéfica, considera que há uma eficácia desta norma até a Emenda Constitucional de 1969, e, até esta data, se teria constituído um direito do impetrante, que já era desembargador, com direito à aposentadoria, consumado nesse período de vigência.

Há mais o seguinte: esta interpretação mais ampla se verificou, inclusive, no plano federal. Reconheceu-se não somente na jurisprudência judicial como na administrativa.

Tendo em vista esse entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal e esses casos, não somente judiciais como administrativos, *data venia* de V. Exª, não conheço do recurso.

EXTRATO DA ATA

RE nº 74 541-SP. Rel.: Ministro Antonio Neder. Recte.: estado de São Paulo (Adv.: Amilton Alves Costa). Recdo.: Raul da Rocha Medeiros Júnior (Advs.: Theotônio Negrão e outro).

Decisão: pediu vista o Ministro Soares Muñoz, após os votos dos Ministros Relator e Clóvis Ramalhete, que conheceram e deram provimento, e do Ministro Rafael Mayer que não conheceu do recurso (1ª Turma, 28.4.81.)

Presidência do Sr. Ministro Antonio Neder. Presentes à sessão os Srs. Ministros Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Rafael Mayer e Clóvis Ramalhete. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Toledo.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Soares Muñoz: O Desembargador Raul da Rocha Medeiros Júnior aposentou-se por ato de 1º de outubro de 1971, com 40 anos de efetivo exercício, consoante se vê do *Diário Oficial* do estado de São Paulo, edição de 2 do mencionado mês e ano (fls. 11).

Não há dúvida, portanto, de que, antes do advento da Constituição Federal de 1967, já reunira o direito de inativar-se de conformidade com a legislação anterior, inclusive com os acréscimos estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8 533, de 30 de dezembro de 1964, do estado de São Paulo, vale dizer, com os proventos calculados com base nos vencimentos e vantagens do cargo de padrão imediatamente superior ao de que fosse ocupante e, se desembargador, com o acréscimo de 20%.

A circunstância de o recorrido não ter requerido sua aposentadoria na vigência do § 1º do art. 177 da Constituição de 1967, dispositivo esse não reproduzido na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não afastou o direito pretérito à aposentadoria, como também não o afasta o fato de o postulante ter sido promovido a desembargador em 1969.

Consoante salientou o eminente Ministro Eloy da Rocha, nesta 1ª Turma, no julgamento do RE nº 74 540-SP:

"Decidiu o Supremo Tribunal Federal, nos ERE nº 72 509, de 14.2.73, como resumido na ementa do acórdão (*RTJ, 64*:408-14): 'Aposentadoria. Direito adquirido. Se, na vigência da lei anterior, o funcionário preenchera todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência, não haver requerido a aposentadoria não o faz perder o seu direito, que já havia adquirido. Embargos recebidos. Alteração da Súmula nº 359, para se suprimirem as palavras *inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária.*'

Por outro lado, assentou a jurisprudência desta Corte que direito adquirido, resultante da regra transitória do art. 177, § 1º, da Constituição de 1967, não se extinguiu com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 — RE nº 74 284, de 28 de março de 1973 (*RTJ*, 66:211-21); RE nº 74 534, de 28.3.73 (*Ementário da Seção de Jurisprudência, 915*:2); RE nº 73 189, de 29.3.73 (*RTJ*, 65:435-9), todos do Pleno.

Não conheço do recurso" (*RTJ*, 75:481).

O acórdão recorrido, no entanto, vulnerou o art. 1º da Lei nº 5 021, de 9 de junho de 1966, condenando o estado nos termos do pedido formulado na inicial que inclui a percepção de vantagens atrasadas a partir do dia seguinte ao da aposentadoria, anteriores, assim, ao ajuizamento do *mandamus* ocorrido a 25 do mesmo mês e ano.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso extraordinário para excluir as vantagens correspondentes ao período que vai de 2 a 24 de outubro de 1971, mas não determino a devolução delas, em face da jurisprudência reiterada da Corte (RREE n.os 80 913; 88 110; 63 635; 73 455; 68 020; 69 178; 66 833 e EDcl 85 445).

É o voto que profiro, pedindo vênia ao eminente Ministro Antonio Neder e aditando ao do eminente Ministro Rafael Mayer o mencionado provimento parcial da inconformidade.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Rafael Mayer: Sr. Presidente, retifico o meu voto para acompanhar o do eminente Ministro Soares Muñoz, conhecendo do recurso, em parte, e nesta parte lhe dando provimento.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Clóvis Ramalhete: Sr. Presidente, retifico o meu voto para acompanhar o do eminente Ministro Soares Muñoz, conhecendo do recurso, em parte, e nesta parte dando-lhe provimento.

EXTRATO DA ATA

RE nº 74 541-6-SP. Rel.: Ministro Antonio Neder. Recte.: estado de São Paulo (Adv.: Amilton Alves Costa). Recdo.: Raul da Rocha Medeiros Júnior (Advs.: Theotônio Negrão e outro).

Decisão: pediu vista o Ministro Soares Muñoz, após os votos dos Ministros Relator e Clóvis Ramalhete, que conheceram do recurso e lhe deram provimento, e do Ministro Rafael Mayer que não conheceu do recurso. (1ª Turma, 28.4.81.)

Decisão: pediu vista o Ministro Cunha Peixoto, após o voto do Ministro Relator que conheceu do recurso e lhe deu provimento, e dos votos dos Ministros Soares Muñoz, Rafael Mayer e Clóvis Ramalhete, que conheceram do recurso em parte e nesta parte lhe deram provimento. (1ª Turma, 12.5.81.)

Presidência do Sr. Ministro Antonio Neder. Presentes à sessão os Srs. Ministros Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Rafael Mayer e Clóvis Ramalhete. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Toledo.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Cunha Peixoto: O Desembargador Raul da Rocha Medeiros aposentou-se por ato de 1º de outubro de 1971, com 40 anos de efetivo exercício, consoante se vê dos autos.

Portanto, não há dúvida de que antes do advento da Constituição de 1967 já reunira os direitos à inatividade, nos termos do art. 3º da Lei nº 8 533, de 30 de dezembro de 1964, do estado de São Paulo.

Requereu sua aposentadoria com o acréscimo de 20% determinado por essa lei e, negado seu pedido, impetrou, com êxito, mandado de segurança.

O eminente Ministro Antonio Neder, não lhe reconhecendo direito adquirido, conheceu do recurso e lhe deu provimento, enquanto os eminentes Ministros Rafael Mayer, Soares Muñoz e Clóvis Ramalhete não conhecem do apelo.

Meu voto não influirá mais no resultado, mas resolvi pedir vista dos autos porque, embora seguindo a orientação da casa, entendo que a Constituição, mesmo no caso de aposentadoria, reconhecera o direito adquirido e, assim, o recebimento da remuneração superior à atividade não choca com o § 2º, do art. 102 da Carta Magna, concordo, entretanto, na espécie, com o Ministro Antonio Neder.

É que o recorrido tinha direito à aposentadoria ao tempo em que foi promulgada a Constituição de 1967 e, naquela época, fazia jus a essa aposentadoria com os vencimentos do cargo superior, já que não tinha atingido o ápice da carreira.

Posteriormente à Constituição de 1967, foi ele promovido a desembargador. Assim, quando a Constituição de 1967 lhe garantiu o direito à aposentadoria nos termos da Lei paulista nº 8 533, de 1964, ele tinha direito a aposentar-se no cargo de desembargador, e não nesse com o acréscimo de 20%.

O ato de promoção a desembargador já encontrou revogada a mencionada lei paulista e, conseqüentemente, não pode fazer jus a seus benefícios, isto é, à aposentadoria com os vencimentos de desembargador mais o acréscimo de 20%.

Por estes motivos, *data venia* dos eminentes Ministros Rafael Mayer, Soares Muñoz e Clóvis Ramalhete, acompanho o não menos eminente Ministro Antonio Neder, conhecendo do recurso e lhe dando provimento.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Soares Muñoz: Sr. Presidente, o recorrido tinha direito de aposentar-se com as vantagens estabelecidas na legislação anterior à Constituição de 1967, porque, antes da vigência daquela Carta Magna, havia completado 30 anos de serviço.

Ao exercício desse direito a mencionada Constituição (art. 177, § 2º) não impôs

qualquer restrição de natureza temporal. Foi o que ficou decidido nos ERE nº 72 509, cujo acórdão importou alteração da Súmula nº 359, excluindo desse verbete as palavras "inclusive a apresentação do requerimento quando a inatividade for voluntária".

Por igual, não estabeleceu a lei estadual instituidora da vantagem qualquer óbice ao seu deferimento, resultante de o servidor ter sido promovido depois de completado o tempo necessário à aposentadoria voluntária. Descabe, por isso, ao intérprete criar condição que não está na lei, máxime quando esta é estadual e a Justiça local a interpretou, soberanamente, no sentido de que inexiste a restrição (Súmula nº 280).

De outro lado, a omissão da Emenda Constitucional nº 1, em reproduzir o art. 177, § 2º, da Carta de 1967, explica-se pela circunstância de tratar-se de disposição transitória, e não tem o efeito de desconstituir o direito adquirido que se constituiu anteriormente.

Mantenho, pois, o meu voto, *data venia*.

EXTRATO DA ATA

RE nº 74 541-6-SP. Rel.: Ministro Antonio Neder. Recte.: estado de São Paulo (Adv.: Amilton Alves Costa). Recdo.: Raul da Rocha Medeiros Júnior (Advs.: Theotônio Negrão e outro).

Decisão: pediu vista o Ministro Soares Muñoz, após os votos dos Ministros Relator e Clóvis Ramalhete, que conheceram do recurso e lhe deram provimento, e do Ministro Rafael Mayer, que não conheceu do recurso. (1ª Turma, 28.4.81.)

Decisão: pediu vista o Ministro Cunha Peixoto, após o voto do Ministro Relator que conheceu do recurso e lhe deu provimento integral e dos votos dos Ministros Soares Muñoz, Rafael Mayer e Clóvis Ramalhete, que conheceram do recurso em parte, e, nesta parte, lhe deram provimento. (1ª Turma, 12.5.81.)

Decisão: conheceu-se, em parte, do recurso, e, nessa parte, se lhe deu provimento, nos termos do voto do Ministro Soares Muñoz, vencidos os Ministros Relator e Cunha Peixoto, que conheceram do recurso e lhe deram provimento integral. (1ª Turma, 26.5.81.)

Presidência do Sr. Ministro Antonio Neder. Presentes à sessão os Srs. Ministros Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Rafael Mayer e Clóvis Ramalhete. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Toledo.