

APOSENTADORIA, DIREITO PATRIMONIAL

CÉSAR AUGUSTO MIMOSO RUIZ ABREU

*Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses**

1 – A APOSENTADORIA E AS REFORMAS – TRÊS SITUAÇÕES DISTINTAS - INTANGIBILIDADE DAS APOSENTADORIAS CONSUMADAS

A anunciada Reforma Administrativa, que começa pela Reforma Constitucional, no que toca aos aposentados, precisa ser examinada também – ou sobretudo – sob o enfoque das garantias individuais, dada a natureza patrimonial da aposentadoria, a teor de autorizada doutrina, nacional e alienígena. Pois bem, vista a aposentadoria, seus pressupostos e efeitos, sob o impacto da lei nova que as Reformas consubstanciam, especialmente o Substitutivo Moreira Franco, três situações podem e devem ser consideradas: a) a expectativa do direito à aposentadoria, enquanto não reunidos os requisitos necessários; b) o direito adquirido à aposentadoria, já reunidos os requisitos necessários; c) a aposentadoria consumada, ou em vias de consumação, isto é, requerida e decretada, ou simplesmente requerida.

* Síntese do estudo elaborado pela Associação dos Magistrados Catarinenses a propósito dos proventos da inatividade.

Três as situações de fato, três os fundamentos de direito, que as regem. No primeiro caso, a expectativa, por si só, não gera direito intocável que obstaculize o legislador ordinário ou constitucional. No segundo, uma vez reunidos os requisitos para a aposentadoria, a lei nova para pior, emanada do legislador ordinário, não afeta as situações jurídicas já constituídas, que continuam regidas, em todos os termos e efeitos, pela lei antiga, embora revogada, ou derogada, tenha o titular do direito requerido ou não a jubilação; nesses casos, todavia, se constitucional a lei nova, e ainda não apresentado o requerimento de jubilação, outra é a situação, pois diante desta, os chamados direitos adquiridos não prevalecem, salvo em casos especiais que a jurisprudência do STF assinala e consagra (RE 84.728, 2ª T, e outros). Então, a lei constitucional nova passa a incidir. E aqui não importa distinguir se a constituinte é originária (outorga direta do povo), ou derivada (legislador ordinário travestido de constituinte). Provenha de uma e outra o processo inovador, os efeitos são os mesmos. Agora, no terceiro e último caso, isto é, se já consumada a aposentadoria, favorecidos os direitos pertinentes pelo inciso IV, § 4º, do art. 60, CF (Cláusula pétrea), interessando ao direito de propriedade, só são tangíveis pelo poder constituinte originário. É que as garantias individuais, quaisquer delas, são imunes ao legislador ordinário que pelo processo de emenda, sem mandato específico, auto-veste-se no constituinte. E a esta, à aposentadoria consumada, a despeito de ainda não decretada, equipara-se a aposentadoria requerida antes do advento da lei nova, quando reunidos os requisitos necessários, tanto que uma vez concedida, a jubilação e seus efeitos retroagem à data do requerimento (protocolo).

2 – OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PERTINENTES

O raciocínio posto em evidência leva em conta que os direitos inerentes à aposentadoria consumada – e a consumir-se, já requerida –, representados pelos proventos, são de natureza patrimonial, interessando, portanto, ao direito de propriedade, que é uma garantia individual, CF, art. 5º, *caput*, e inc. XXII, por isso intocáveis pelo legislador ordinário, CF, art. 5º, XXXVI, inclusive

quando travestido de constituinte sem prévio e específico mandato popular, haja vista o que dispõe o art. 60 da Constituição, em destaque o seu § 40, inc. IV.

Com efeito, se o direito de propriedade é uma garantia individual, CF, art. XXII; se a aposentadoria e seus efeitos, os proventos, são de natureza patrimonial, portanto inerentes ao direito de propriedade, vedado é o trânsito de emenda constitucional que os afete, se para os abolir ou mesmo minimizar. Assim, a reforma constitucional em curso deve limitar-se aos não aposentáveis (titulares, de mera expectativa do direito à aposentadoria), e aos não aposentados, isto é, aos que, embora aposentáveis, por omissão ou interesse diverso, não tenham apresentado requerimento de aposentadoria. De seus efeitos, entretanto, ficam excluídos os já aposentados e os que, por já terem requerido a aposentadoria, a eles se equiparam, tal como assinala, assentada na boa doutrina, a Súmula 359, do STF, em sua redação primitiva (Roberto Rosas, *Direito Sumular*, RT, 2ª, ed., 1981, p. 159). A situação pessoal destes últimos, entretanto, deve ficar – e fica – inteiramente ressaltada, ineficaz em relação a eles a reforma que sobrevier, visando piorar a situação preexistente, se os pretender atingir.

Esclareça-se, é bom fazê-lo, que a modificação da Súmula 359, do STF, consagrando o princípio do direito adquirido em favor dos aposentáveis, formulado ou não, o requerimento (RTJ, 83/804), cristalizou esse direito, não só em relação ao legislador ordinário, mas também, em certos casos, com vistas ao próprio legislador constitucional (poder constituinte derivado).

3 – A NATUREZA PATRIMONIAL DA APOSENTADORIA, CUJOS PROVENTOS, PECUNIARIAMENTE ESTIMÁVEIS, ELA ENSEJA – RUGGIERO/SARRIA

A natureza patrimonial da aposentadoria, e dos seus efeitos, os proventos, ora assinalada, é amplamente difundida na doutrina, seja nacional, seja alienígena. De fato.

Ensina Roberto de Ruggiero *Instituciones de Derecho Civil*, trad. Para o espanhol por Serrano Suñer e Santa-Cruz Teijeiro, p. 179 e 332, *apud* Leopoldo Braga, in *A garantia do Ato Jurídico Perfeito...*, p. 33, Borsoi, Rio, 1978) que todas as leis de Direito Público são retroativas, *salvo limitações que têm lugar quando de tal lei derive ao particular um direito patrimonial*. E, *são direitos patrimoniais todos aqueles pecuniariamente estimáveis que constituem o patrimônio do sujeito (patrimônio em sentido jurídico), o qual, em alguma ocasião e para certos fins, é considerado (pela lei como uma unidade orgânica (universitas juris) e tratado como um só todo independentemente dos direitos que o compõem*.

A respeito, traz à colação, ainda Leopoldo Braga (ob, cit, p. 59), a asserção de Felix Sarria, *Derecho Administrativo*, 4ª. Ed., tomo I, p. 257/8), segundo o qual *A jubilação adquire assim a categoria de um direito, eventual em seus começos, adquiridos depois, quando se cumprem os requisitos legais para obtê-la...Uma vez adquirido é patrimonial e goza do amparo que as leis acordam à propriedade privada. Forma parte do acervo individual e familiar...Por ser um direito patrimonial perfeito, pensamos que ele não pode ser desconhecido nem cerceado por leis posteriores à sua aquisição, porque estas não hão de aplicar-se retroativamente, já que não são de ordem pública*.

4 – INTOCABILIDADE, SALVO EXPROPRIAÇÃO – ANALOGIA COM A SENTENÇA JUDICIAL – O PENSAMENTO DE CONTRERAS/BIELSA

Prossegue, no mesmo sentido, o citado autor (p. 64/65), anotando o pensamento do Prof. Guilermo Varas Contreras, da Universidade Católica do Chile (*Derecho Administrativo*, 2ª ed., p. 337/9/80/81), que assim se expressa: *... a jubilação, retiro ou montepio, representa e constitui para o beneficiário direito incorporado a seu patrimônio, tendo, portanto, a propriedade perfeita desse direito, do qual não pode ser privado, no todo ou em parte, senão mediante a expropriação*.

E mais adiante, exemplificando, volta a enfatizar o eminente mestre chileno: *Porém quando o Presidente da República, no exercício de sua faculdade constitucional, concede ao empregado a jubilação, ou melhor dito, declara em favor deste um direito estabelecido na lei, essa declaração tem, em certo sentido a força e a analogia de uma sentença judicial e, desde esse momento, o direito do empregado é irrevogável.*

E é de Bielsa, a afirmação (*apud* L. Braga, ob. cit., p. 67, in *Estudios de Derecho Publico I – Derecho Administrativo*, § 19, p. 516 a 529): *...a jubilação do que há feito aportes legais não pode ser reduzida arbitrariamente, pois se trata de um direito patrimonial adquirido, e, como tal, esse direito goza da proteção constitucional da propriedade.*

5 – A DOUTRINA NACIONAL – CRÉDITO CONTRA O ESTADO

Então, a conclusão que se impõe, ainda invocando o intensamente ilustrado entendimento de L. Braga (ob. cit., p. 73) é que *os ..., direitos e vantagens decorrentes da aposentadoria ... são de caráter eminentemente patrimonial e, assim, o seu titular ou beneficiário, desde o momento em que os adquire, se coloca – ipso facto e ipso jure – numa situação subjetiva individual equivalente à do titular de um crédito contra o Estado.* Para fazer essa afirmação o autor invoca o magistério de: Francisco Campos (*Direito Administrativo – Pareceres*, II/131/136 as 138; José Cretela Junior, *Dicionário de Direito Administrativo*, 23/24; Eduardo Pinto Pessoa Sob^o., *Repertório Enciclopédico*, verbete Aposentadoria, Vol. 4^o, p. 42; Abreu de Oliveira, *Aposentadoria no Serviço Público*, p. 239; Brandão Cavalcanti, *Tratado de Direito Administrativo*, 2^a, ed. III/330; Clovis Bevilacqua, *C. Civil Comentado*, 5^a ed., 99/100.

6 – EM DESTAQUE, O PENSAMENTO DE RUI BARBOSA – RENDA CONSTITUÍDA E INDESTRUTÍVEL

Mas é de Rui Barbosa (citado por Corsíndio Monteiro da Silva, in *O Regime de Acumulação de Cargos na Constituição de 1988 e as idéias de Rui*, p. 26/27, *apud* Des. Honildo Amaral de Mello Castro, *Comentários e Críticas à Reforma da Previdência...*, p. 16), as asserções abaixo:

...o aposentado, o jubilado, o reformado, o pensionista do Tesouro são credores da Nação, por títulos definitivos, perenes e irretroatáveis...

...a aposentadoria, a jubilação, a reforma, são bens patrimoniais, que entraram no ativo dos beneficiários, como renda constituída e indestrutível para toda a sua vida...

7 – PERDA DA APOSENTADORIA – CASSAÇÃO, EXPROPRIAÇÃO, CONFISCO

Noticiam os jornais (OESP, 22-10-96, p. A6 *Destques*) que Deputados, no processo de votação da Reforma Administrativa, fazem *lobby* para assegurar aos atuais parlamentares o direito de acumular aposentadorias. Isto significa que, vedada a cumulação de proventos ao menos quando somados uns e outros, ultrapassem o teto, os titulares de aposentadorias baseadas nas leis anteriores, ordinárias ou constitucionais, podem perdê-las, com ou sem opção, é o que estaria preconizando o legislador constituinte de 1996 (*grosso modo*, o mesmo de 1988).

Diante disso, indaga-se, dado que essa indagação tem sido geralmente feita: a cassação da aposentadoria, quando ocorre, tem por pressuposto a prática de falta grave. É, portanto, uma pena! Que ilícito teriam praticado os funcionários que fazem jus a mais de uma aposentadoria? Mais zelosos consigo próprios e com a família, permitida a acumulação na atividade, trabalham mais, é isso? Ou por que ousaram cooperar, lecionando ou medicando, a despeito dos aviltados salários do magistério e do SUS?

Por outro lado, advertem outros que essa cassação assim imotivada, emergente da vontade discricionária do legislador, caracterizaria confisco, especialmente se considerada a natureza patrimonial da aposentadoria. O confisco, sabe-se, é vedado pela Constituição, CF, art. 150, IV. Posto no Título que trata do Sistema Tributário Nacional, mesmo porque inerente ao fisco (confiscar é apreender em proveito do fisco), nem por isso é autorizado quando outros forem os fundamentos, a teor do sentido usual da expressão. Vedado o confisco pela via tributária, vedado é por quaisquer outras vias, salvo como pena, como é o caso do produto do roubo, do instrumento do crime, do contrabando, etc. E penas não são aplicáveis aos casos de acumulações lícitas. Tornadas ilícitas, posteriormente, por força das Reformas, é o que estas induzem, não pode o legislador aplicar retroativamente a norma. É o que impõe o respeito ao princípio universal de que não há pena sem lei anterior, *nulla poena sine lege*, posto na Constituição como uma das garantias constitucionais, CF, art. 5º, XXXIX.

Não é à toa, por isso, relembra-se, que o Prof. Guillermo Varas Contreras, atrás citado (item 5), identifica, como expropriação, a privação dos direitos inerentes à aposentadoria.

8 – CONCLUSÕES

Portanto, examinada a Reforma Constitucional, em relação aos já aposentados, ousa-se asseverar que o art. 31 do Projeto de Reforma Administrativa, na redação do Substitutivo do Deputado Moreira Franco, *Mensagem* n° 886/95, há de sofrer o impacto de tais princípios e normas, informativos da espécie, resguardados e ressalvados por inteiro os direitos dos atuais servidores aposentados, civis e militares, inatingíveis as respectivas situações, quantas e quais sejam as aposentadorias que, por acumulação legal, tenham conquistado, mesmo que, somados os proventos acumulados, excedam o teto estabelecido na própria Carta ou que venha a ser instituído.

E não se trataria de privilégio nem de *Abuso adquirido* apodossado com que se costuma humilhar e apequenar, senão tripudiar, os servidores públicos. Isto significa estado de direito, ordem jurídica, simplesmente. O estado direito impõe que nas relações de trabalho, público ou privado, a ordem jurídica tenha duas mãos, a que exige e a que compensa. Quando apenas uma é assinalada, a ordem jurídica está sacrificada, e quem a comanda é o arbítrio.

E a ordem jurídica em país sério deve ser estável, complementa-se. Ordem jurídica estável, na expressão usual, é amadurecimento sócio-político, é civilização, é respeito à pessoa humana, que não pode ser surpreendida no ocaso da vida por inovações que a inquietem, e lhe retirem a paz que um passado de dedicação e trabalho haja consolidado.