

DOCTRINA

DIREITO ADQUIRIDO E APOSENTADORIA DE MAGISTRADOS PARECER

CARLOS THOMPSON FLORES

Ministro aposentado e ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal

I - A CONSULTA

Visando a dirimir dúvidas, encaminhou-me ilustre advogado consulta, acerca da possibilidade de emitir parecer sobre a seguinte questão de direito que, por escrito, me formulou:

Magistrado que, antes do advento de lei que alterou o regime de aposentadoria, preencheu todos os seus pressupostos na conformidade da lei anterior; ainda que não exercitado o seu direito, pode ser alcançado pelo novo regime de aposentadoria, inclusive mais gravoso?

II - O DIREITO APLICÁVEL

Entre nós, desde os primórdios do regime republicano, a aposentadoria dos juízes, no dizer de Castro Nunes, constitui um desdobramento do conceito mesmo da vitaliciedade, motivo pelo qual mereceu, no plano da União, tratamento especial, inclusive com disciplina legislativa própria (*In Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Forense, Rio, 1943, pp. 100 e 131, nota 16).

Com propriedade, sublinhou o eminente Ministro Castro Nunes, *verbis*:

“Foi dêsse ponto de vista que examinei no Tribunal de Contas as aposentadorias dos ministros Jesuíno Cardoso e Thompson Flores, para lhes aplicar a lei especial de 1924 sôbre aposentadoria dos ministros do Supremo Tribunal Federal. E assim decidimos, porque, dada a equiparação, no tocante às garantias da função, dos ministros da Côrte de Contas aos da Côrte Suprema, tal equiparação

se estenderia ao tratamento legal da aposentação, considerada esta como desdobramento da vitaliciedade, nos termos expostos (v. meu voto na Rev. Forense, v. 76, p. 595).”

(*In Op. Cit.*, p. 100, nota 21)

É o quê, da mesma forma, se extrai da lição do Ministro Mário Guimarães, em sua obra já clássica, O Juiz e a Função Jurisdicional, Forense, Rio, 1958, p. 152, *verbis*:

“87. O art. 95, da Constituição Federal, depois de enumerar e definir as diversas garantias asseguradas, por lei, aos magistrados, consigna:

“1º) A aposentadoria será compulsória aos 70 anos de idade ou por invalidez comprovada, e facultativa após 30 anos de serviço público, contados na forma da lei.

2º) A aposentadoria, em qualquer desses casos, será decretada com vencimentos integrais”.

Ai se regulamentam, como se vê, as duas formas de aposentadoria – a compulsória e a facultativa. A compulsória não é garantia. É limitação imposta à garantia de vitaliciedade. Dela tratamos no nº 84.

São garantias a aposentadoria facultativa e o direito a vencimentos integrais, comum a ambas, conferido no § 2º. E neste ponto, favoreceu a Constituição à classe dos magistrados, pois que os funcionários, quando aposentados compulsoriamente, somente gozam de vencimentos integrais se contam mais de 30 anos de serviços públicos (art. 191, nº II, § 2º).”

O Professor Burke Shartel, em alentado estudo doutrinário, intitulado “Pensions for Judges”, publicado na Michigan Law Review, v. XXVII, 1928-1929, p. 134 e seguintes, relata os hodiernos princípios adotados pelos diversos Estados-membros da Nação Americana, merecendo, também naquele país, a aposentadoria dos juízes disciplina legislativa específica, embora diverso o modelo que adota.

No Brasil, desde 1979, a Lei Orgânica da Magistratura, por força do mandamento constitucional, regula as garantias e prerrogativas da magistratura, inclusive a aposentadoria, complementando, no que couber, a Constituição.

A propósito, em julgado antigo, datado de 18.01.1955, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a lei não pode limitar a magistrados que se aposentarem em certo exercício o aumento de seus proventos, pois o benefício há de ser proveitoso a todos os juízes que estiverem na situação dos que foram com ele contemplados (RE nº 23.053, rel. Ministro Hahnemann Guimarães, *in* Arquivo Judiciário, v. 116/141).

A matéria como visto, é palpitante e convém fiquem, de logo, dirimidas as dúvidas que se apresentam, notadamente o exame da jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, sobretudo o exato sentido do enunciado na Súmula 359.

De fato.

Um dos problemas mais delicados no campo do Direito é, sem dúvida, o da eficácia da lei no tempo.

Acentuam os doutrinadores e afirmam os julgados, sobretudo do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que, se na vigência da lei anterior, o servidor público preencheria 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 sido incorporado ao seu patrimônio.

Assim o reconheceu o Egrégio Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança nº 11.395-PR, em 18.03.1965, do qual foi relator o saudoso Ministro Luiz Gallotti.

Sua ementa é expressiva. Dispõe, *verbis*:

“Direito adquirido. Aposentadoria.

Se, na vigência da lei anterior, o impetrante preencheria todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência, não haver requerido a aposentadoria, não o fêz perder o seu direito, que já estava adquirido.

Um direito já adquirido não se pode transmutar em expectativa de direito, só porque o titular preferiu continuar trabalhando e não requerer a aposentadoria antes de revogada a lei em cuja vigência ocorreria a aquisição do direito. Expectativa de direito é algo que antecede à sua aquisição; e não pode ser posterior a esta.

Uma coisa é a aquisição do direito; outra, diversa, é o seu uso ou exercício. Não devem as duas ser confundidas. E convém ao interesse público que não o seja, porque, assim, quando pioradas pela lei as condições de aposentadoria, se permitirá que aqueles eventualmente atingidos por ela mas já então com os requisitos para se aposentarem

de acôrdo com a lei anterior, em vez de o fazerem imediatamente, em massa, como costuma ocorrer, com grave ônus para os cofres públicos, continuem trabalhando, sem que o Tesouro tenha de pagar, em cada caso, a dois: ao nôvo servidor em atividade e ao inativo.

Recurso provido para conceder a segurança.”

(In RTJ 33/255).

No mesmo sentido, o julgado proferido no RE nº 72.509, também relatado pelo Ministro Luiz Gallotti, na sessão de 14.02.1973 (In Emenário da Seção de Jurisprudência, nº 904/1).

Por ocasião do julgamento do RE nº 67.689-DF, de que fui relator, deliberou a Colenda 2ª Turma do Pretório Excelso, na sessão de 14.11.1969, *verbis*:

“Magistrado. Aposentadoria com 25 anos. Direito a ela adquirido pela satisfação de todos os seus pressupostos, antes da lei que os alterasse, ainda que exercitado após seu advento. Motivação. Precedentes.

Recurso conhecido, mas não provido.”

(In RTJ 54/486).

Nessa oportunidade, ponderei, *verbis*:

“Conheço do recurso, negando-lhe, porém, provimento.

2. Assentou êle no art. 114, III, a e d, da Constituição Federal.

Deduz que o aresto recorrido negou vigência ao art. 150, § 3.º, da Constituição Federal, além de dissentir de julgados de outros tribunais, indicados à f. 120-121, arrolado, ademais, o enunciado na Súmula, cujo verbete mencionou como n.º 389, quando quis, certamente, fazê-lo o de n.º 359.

3. A divergência está evidenciada, especialmente com os julgados que se inserem na R.D.A. 34/209-212; e 40/93-95, ambos do eg. Tribunal Federal de Recursos, justificando, dessarte, o conhecimento do apelo extremo.

4. Entanto, descabe provê-lo.

O recorrido satisfiz, ao tempo em que vigorava a L. est. 6.861-62, todos os requisitos exigidos para inativar-se, com os proventos integrais do cargo.

Certo, ao requerer sua aposentadoria, em vigor já se encontrava a L. 9.125, de 1965, que exigia tempo maior de serviço, 30 anos em lugar de 25.

Irrelevante tal invocação, porque não poderia afetar ao direito já adquirido pelo recorrido, o qual, embora não exercitado, já se incorporara a seu patrimônio, e dele não poderia ser distraído, sob pena de comprometer a garantia individual, respeitada pela Constituição, art. 150, § 3.º.

A propósito assinalou, com propriedade, o plenário desta Corte, ao julgar o RMS 11.395, em 18.3.65, consignando em sua ementa:

“Uma coisa é a aquisição do direito; outra, diversa, é o seu uso ou exercício. Não devem as duas ser confundidas. E convém ao interesse público que não o seja, porque, assim, quando pioradas pela lei as condições de aposentadoria, se permitirá que aqueles eventualmente atingidos por ela mas já então com os requisitos para se aposentarem de acordo com a lei anterior, em vez de o fazerem imediatamente, em massa, como costuma ocorrer, com grave ônus para os cofres públicos, continuem trabalhando, sem que o Tesouro tenha de pagar, em cada caso, a dois: ao novo servidor em atividade e ao inativo.

Recurso provido para conceder a segurança.”

E assim, deu o exato sentido do enunciado na Súmula 359.

Esta, de resto, é a lição dos melhores tratadistas que versaram tema de direito intertemporal — Roubier, Gabba e outros; e entre nós Francisco Campos (Dir. Adm., II, p. 129 e seguintes).

No mesmo prol. julgados outros desta Corte (R.T.J., 47/553-555; 48/392-393; R.D.A. 55/192; Arq. Jud., 113/82).

Deles não discrepa o que se insere na R.T.J. 34/233-235, porque oriundo de pressupostos diversos, especialmente de fato.

5. Assim sendo, não se verificou negativa de vigência do preceito constitucional invocado — art. 150, § 3º, da Constituição Federal. Antes, sua correta aplicação, tudo levando, pois, a que se mantenha o aresto recorrido, de sólida fundamentação.

É o meu voto.”

(In RTJ 54/488-9)

Na mesma linha de pensamento, o voto proferido pelo eminente Ministro Eloy da Rocha no RE nº 74.540-SP, perante a 1ª Turma, em 30.09.1975, *verbis*:

“Decidiu o Supremo Tribunal Federal, nos ERE 72.509. de 14.2.73, como resumido na ementa do acórdão (RTJ 64/408-414): “Aposentadoria. Direito adquirido. Se, na vigência da lei anterior, o funcionário preencher 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 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 17.10.69 — RE 74.284, de 28.3.73 (RTJ 66/211-221), RE 74.534, de 28.3.73 (Ementário da Seção de Jurisprudência, nº 915-2), RE 73.189, de 29.3.73 (RTJ 65/435-439), todos do Pleno.

Não conheço do recurso.”

(In RTJ 75/481)

Essa orientação foi reiterada no julgado proferido no RE nº 74.541-SP, pela Colenda 1ª Turma, em 26.05.1981, relator para o acórdão o eminente Ministro Soares Muñoz.

Diz a ementa do decisório em questão, *verbis*:

“Magistrado. Aposentadoria. Magistrado 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 30.12.64, 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, a aposentadoria não ter sido requerida na vigência do § 1º do art. 177 da Carta de 1967, dispositivo esse não reproduzido na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não afasta o direito pretérito à aposentadoria, como também não o afasta o fato de o postulante ter sido promovido a Desembargador em 1969. Recurso extraordinário conhecido e provido em parte.”

(In RTJ 103/167)

Conforme teve oportunidade de acentuar o Ministro Soares Muñoz, em seu erudito voto, com admirável rigor lógico-jurídico, neste expressivo fragmento, *verbis*:

“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 30.12.64, 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.”

(In RTJ 103/176)

Essa é, de resto, a melhor doutrina dos autores que versaram o direito intertemporal: M. Duranton, in Cours de Droit Civil, Société Belge de Librairie, Bruxelles, 1841, t. 1º, p. 16, nº 75; Gaetano Pace, in II Diritto Transitorio, Casa Editrice Ambrosiana, Milano, 1944, pp. 333/6; Paul Roubier, in Le Droit Transitoire, 2ª Ed., Dalloz, Paris, 1960, p. 185, nº 41; C.F. Gabba, in Teoria Della Retroattività, 2ª Ed., Unione Tipografico Editore, Torino, 1884, v. 2, pp. 130/1; Nicola Coviello, in Manuale di Diritto Civile Italiano – Parte Generale, Società Editrice Libreria, Milano, 1924, pp. 99/100; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, in Princípios Gerais de Direito Administrativo, 1ª edição, Forense, Rio, 1974, v. II, p. 448; Francisco Campos, in Direito Administrativo, Freitas Bastos, 1958, v. 2, pp. 130/1; Limongi França, in Direito Intertemporal Brasileiro, 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, p. 468 e seguintes; Vicente Ráo, in O Direito e a Vida dos Direitos, Max Limond, São Paulo, 1960, v. 1, t. II, pp. 444/5, nº 288; Carlos Maximiliano, in Direito Intertemporal, 2ª edição, Freitas Bastos, 1955, p. 43 e seguintes; Bento de Faria, in Aplicação e Retroatividade da Lei, A. Coelho Branco Fº Editor, Rio, 1934, p. 25; Reynaldo Porchat, in Da Retroatividade das Leis Civis, São Paulo, 1909, pp. 15/22.

Francisco Campos, um dos juristas brasileiros que mais se tem dedicado ao estudo do direito intertemporal, invocando autorizada doutrina, afirmou, *verbis*:

“O direito à aposentadoria e, por conseguinte, o direito aos proventos da inatividade, se adquire no momento em que se integram os elementos exigidos por lei para que o funcionário faça jus à sua concessão. Decorrido o lapso de tempo de exercício no cargo, verificada a invalidez do funcionário ou contra qualquer condição a que esteja sujeito o benefício da aposentadoria, o funcionário adquire o direito à sua concessão nos termos e com as vantagens constantes da lei então em vigor. O direito à aposentadoria, e, em conseqüência, o direito às vantagens ou aos proventos dela decorrentes, transita do estado eventual, ou de expectativa de direito, a direito atual ou adquirido.

No momento em que o funcionário reúne os requisitos exigidos pela lei para que êle possa desfrutar do benefício da inatividade remunerada, estabelece-se entre êle e o Estado uma relação jurídica, de conteúdo concreto e definido, ou se origina em seu favor um direito de crédito contra o Estado, ou o de haver deste, sem o respectivo da prestação de serviço, a continuação do pagamento das vantagens da atividade, se a lei em vigor naquele momento não estipula à inatividade vantagens inferiores às da atividade.

Quando se cumprem todas as condições para que o funcionário possa aposentar-se, configura-se para êle o direito adquirido à aposentadoria; não importa 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.”

(*In Op. cit.*, v. 2, pp. 130/1)

Dessarte, desde o momento em que nascido o direito de conformidade com a lei do tempo, incorpora-se, imediata e permanentemente, ao patrimônio do seu titular, não podendo ser alcançado pela norma jurídica superveniente. É que a lei nova não pode atingir uma situação jurídica constituída, de forma definitiva, sob a vigência da lei anterior.

Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit (Codex, 1, 14, 7).

A explicitação de Léon Duguit é, a respeito, peremptória, *verbis*:

“Une loi nouvelle ne peut modifier une situation juridique subjective; si elle le faisait elle aurait un effet rétroactive et la loi qui le déciderait serait contraire au droit supérieur. Une loi nouvelle modifie toujours une situation juridique objective existant au moment de sa promulgation et en cela elle n’a point d’effet rétroactif. Il faut montrer les applications de cette double proposition.

Une situation juridique subjective existant, une loi nouvelle ne peut y toucher. J’ai expliqué au tome I, p. 307 et s., qu’une situation juridique subjective est une situation spéciale, individuelle et temporaire. Son étendue et sa portée sont déterminées par un acte étranger à la loi; elles se rattachent directement à un acte individuel supposé légal au moment où il est intervenu. Si la loi nouvelle pouvait modifier une situation juridique subjective préexistante, elle toucherait par voie de conséquence l’acte juridique duquel elle dérive et qui était conforme à la loi au moment où il a été fait. La loi nouvelle ne peut donc toucher une situation juridique subjective parce qu’elle ne peut toucher les actes individuels antérieurs à elle. Si elle le faisait elle serait rétroactive et par conséquent contraire à un principe de droit supérieur.”

(*In Traité de Droit Constitutionnel*, 3^a Ed., E. de Bocard, Paris, 1928, t. 2^o, pp. 238/9, § 21a)

Com efeito.

Considero, pois, que o magistrado que satisfaz, ao tempo em que vigorava a legislação anterior que disciplinava o regime de aposentadoria, todos os requisitos para inativar-se, não pode ser alcançado pela legislação posterior sem comprometer o direito já adquirido, sob pena de violação à garantia individual protegida pelo art. 153, §3^o, da Carta Magna.

Essa, ademais, como tantas vezes reiterado, é a jurisprudência velha e revelha do Egrégio Supremo Tribunal Federal, insculpida na Súmula, verbete 359.

Para encerrar o assunto, não me posso furtar de transcrever a lição do eminente Professor Caio Mário da Silva Pereira, por sua perfeita adequação, *verbis*:

“A situação jurídica, já inteiramente constituída nos termos da lei velha, é alcançada pela lei nova, que cogita precisamente dos

seus efeitos. Se estes também se tinham produzido inteiramente, não há, na verdade, problema de direito transitório. Mas, se os efeitos se prolongam no tempo, e a lei nova os encontra já em parte produzidos sob a lei velha, e em parte a produzir ainda, a regra geral é esta: A lei que governa os efeitos de uma situação jurídica não pode, sem retroatividade, atingir os efeitos já produzidos sob a lei anterior.”

(*In Instituições de Direito Civil*, 5ª edição, 2ª tiragem, Forense, Rio de Janeiro, 1978, v. I, p. 149)

III - CONCLUSÃO

Ante o que acaba de ser exposto, resta, simplesmente, responder, objetiva e concretamente, à única questão proposta.

A resposta é: Não. Preenchido pelo magistrado todos os pressupostos para aposentar-se, antes da entrada em vigor de lei que os alterasse, ainda que exercitado após o seu advento, permanece íntegro o direito pretérito nos termos de reiterada jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

É o parecer.

Porto Alegre, outubro de 1984.

CARLOS THOMPSON FLORES

Ministro aposentado e ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal