

As expectativas de direito,
a tutela Jurídica
e o regime estatutário

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Professor das Universidades Federal e Católica
de Minas Gerais — Juiz do T.R.T. da 3.^a Região.

1 — Não se vem enfrentando em profundidade, e em seus precisos desdobramentos, o problema das expectativas de direito.

A lei do menor esforço, que estratifica em soluções apressadas o conteúdo jurídico do asseguramento de efeitos na formação e perfeição dos direitos, retém ponderável área da doutrina e da jurisprudência na consideração clássica da matéria, e segundo a qual a incorporação de bens

jurídicos no patrimônio da pessoa não comporta uma gradativa escalada de apresamento e de fixação.

Esse apresamento e essa fixação, em *ultima ratio*, como pontuação de legitimações na esfera jurídica de cada um, constituem o que se tem por direito e, na formulação individualista do direito adquirido, o direito subjetivo.

O exame simplista de temas de tal natureza reduz-lhe as dobras de estruturação e o analista, longe de atentar para a advertência de LEHMANN-HÜBNER, tomada a RAISER, de que, conceitualmente, não há um tipo unitário de expectativa de direito (Es gibt keinen "Einheitstyp" der Anwartschaft) ⁽¹⁾, esmaece tôda a sua virtualidade eficaz na figura da simples expectativa e daí salta, como a um pólo oposto, para os chamados direitos adquiridos.

Certa corrente doutrinária, de captação socializante, com reagir à formulação clássica, acoima-a de insuficiente, pois entende ser impossível determinar com precisão em que caso há direito adquirido e em que caso há a simples expectativa ⁽²⁾.

Elaborada a doutrina clássica, para atender ao fluxo das relações negociais, em que o escoamento e a comunicação de direitos se permite fiquem muito no domínio daqueles que voluntariamente os possam ou venham a transmitir (e que contam seus tradicionais exemplos no direito sucessório) ⁽³⁾, êsse quase sentido de potestatividade não haveria de corresponder a realidades jurídicas mais complexas, sobretudo as que se agrupam nos regimes jurídicos estatutariamente disciplinados.

Do campo das relações jurídicas simples, geradas em obrigações e direitos unitários e cujas projeções, como expectativas, se exaurem mais prontamente na esfera da autonomia da própria vontade que as articula, chega-se ao *status*, como verdadeira *qualitas juris* em atuação no tráfico jurídico e que se compõe em conteúdos autônomos e homogêneos de relações jurídicas agrupadas.

Extrai-se sua configuração de uma posição da pessoa, em face da incidência de um feixe de normas jurídicas gerais e previamente dispostas ⁽⁴⁾.

1 — LEHMANN-HÜBNER, "Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches", Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1966, 16. Auflage, S. 93.

2 — Cfr., WEIL, Alex, "Droit Civil", Dalloz, Paris, 1968, T. I, pág. 114, n.º 135.

3 — Cfr. RAO, Vicente, "O Direito e a Vida dos Direitos", Max Limonad Editor, São Paulo, 1952, Vol. I, Tomo II, págs. 438/9, nota 302.

4 — Cfr. BRAVO, Federico Castro y, "Derecho Civil de España", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, T. I, págs. 563/564.

Se, como alude JELLINEK, se agarra no indivíduo e constitui em seu perímetro a personalidade (An dem Individuum haftend, die Persönlichkeit konstituierend ⁽⁵⁾), o **status** indica uma reunião de aptidões jurídicas em simetria, que se formam e se movimentam dentro de especiais círculos de ação, para a realização e tutela de interêsses especificamente qualificados e o mais nítido asseguramento da efetividade jurídica ali visada.

Com significar associado a uma classe particular ou grupo ao qual aderem especiais capacidades, vinculações e imunidades (“Status” signifies membership of a particular class or group to which special legal capacities, liabilities, or immunities adhere) ⁽⁶⁾, o **status** importa na ocorrência de uma complexidade de direitos e deveres, cujo tratamento, no que concerne a determinadas garantias jurídicas, não pode prescindir da natureza reflexa que preside o tráfico das posições jurídicas que em seu círculo perceptivo constantemente se movem.

Se pressupõe um conjunto de obrigações e legitimações (zusammengefassten Verpflichtungen und Berechtigungen) ⁽⁷⁾, seu aspecto unitário, sob pena de desfigurar-se, acha-se a todo o momento provido de fundamentais suportes jurídicos, com fôrça centrípeta, que têm por fim garantir, como tutela, a incolumidade dos interêsses explicadores de sua criação pela ordem jurídica. Assim, v. g., o casamento, a condição de funcionário público, de eleitor, de sindicalizado etc.

Nêle, os direitos e deveres entrecruzam-se, mas não se anulam nem se chocam.

Sob o ângulo componencial, que se desenvolve em operações agregadoras ascendentes, a harmonia constitutiva do **status** não exclui a diversidade dos elementos, simples ou complexos, que lhe informam o conteúdo.

Seus supostos básicos compreendem, em um processo de agrupamento, justaposição e interligamento, tanto fatos simples da vida, como fatos complexos, como ainda fatos jurídicos ⁽⁸⁾.

Entrelaçam-se relações jurídicas reveladoras de direitos constituídos e a cada nôvo direito em formação (gestaltendes Recht) se segue uma

5 — JELLINEK, Georg, “System der subjektiven öffentlichen Rechte”, Scientia Verlag Aalen, 2. Auflage, Tübinge, 1964, S. 57. Aqui, desenvolve o autor o tema da renúncia (instituto privatístico) dentro da situação estatutária.

6 — O conceito é de JAMES, Philip, S. in “Introduction to English Law” Butterworths, 5 th. Ed., London, 1962, pág. 97.

7 — Cfr. WOLF, Hans J., “Verwaltungsrecht”, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1967, B. II, S. 386, N. III.

8 — Cfr. PONTES DE MIRANDA, “Tratado de Direito Privado”, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1954, T. I, págs. 4 e ss. e 16 e ss.

posição jurídica sustentada, como projeção e titularidade, pelo anterior direito de onde proveio.

A linha do interesse tutelado exprime, como num todo, uma constelação de legitimações autonomamente integradas no patrimônio jurídico do seu titular e a figura da expectativa simples ou da expectativa de direito (como mera esperança) não pode destacar-se do quadro de direitos e deveres, onde se inserem, sob pena de desfigurar-se o teor das dotações jurídicas conferidas pela norma ao legitimado no regime estatutário.

Falar, pois, em expectativa de direito, quando as legitimações jurídicas se acham encravadas em uma situação unitária de direitos e deveres, traz o risco de uma absorção ou subversão de preceitos que, com o perigo de rompimento da estrutura centralizada em determinado indivíduo — a que chama PAUL ROUBIER *situation juridique* (9) —, a fisionomizam como um todo.

Porque os supostos jurídicos se entrelaçam e o advento de um direito vem implicado na existência e atualidade de outro, a alusão à expectativa de direito, propriamente dita, não atende ao fluxo da carga jurídica protetora que a regra responsável pela criação de bens parcelados contém para o futuro.

Com inteira propriedade, e incisivo, demonstra PONTES DE MIRANDA ocorrer, aí, direito a adquirir direito (10).

Essa incidibilidade, que se deve observar na aplicação de direitos constituídos em cadeia e que entre si se supõem, leva CARLOS MAXIMILIANO a um corolário de correta significação, quando aclara e distingue hipóteses:

“Cumpre, outrossim, distinguir, ensina êsse tratadista, entre expectativas e faculdades, que, originando-se de lei ou de fato de homem, se ligam a precedente direito adquirido; grangeado o direito, adquiridas ficam as faculdades oriundas do mesmo. Assim, a lei nova não pode sujeitar a novas condições nem suprimir faculdade abstrata inerente a certo direito adquirido” (11).

A potencialidade patrimonial, que se resguarda debaixo de sucessivas e gradativamente mais nítidas posições jurídicas do legitimado, é tão

9 — ROUBIER, Paul, “Droits Subjectifs et Situations Juridiques”, Dalloz, Paris, 1963, esp. págs. 52 e ss.

10 — PONTES DE MIRANDA, “Tratado...” cit., t. V, pág. 283, nº 3.

11 — MAXIMILIANO, Carlos, “Direito Intertemporal”, Ed. Freitas Bastos, 2.ª Ed., Rio, 1955, pág. 46, n.º 31.

real em sua tutela e em seus elementos formativos quanto aqueles direitos que lhe servem de base à projeção futura, pois o implemento da parcela expectada só depende do exercício da atividade jurídica empreendida pelo respectivo titular das garantias estatutariamente concedidas.

2 — Aos juristas, via de regra, admite-se incorram em equívocos ou omissões, quando versam o problema dos direitos em prisma de constituição, os direitos em comêço de constituição, os direitos com suportes estabelecidos, mas cujos efeitos, exclusivamente êstes, pendem de um ou mais acontecimentos, um ou mais eventos.

O primeiro cuidado do aplicador, em temas dessa índole, reside em extremar as simples expectativas dos chamados direitos expectados (die Anwartschaftsrechte von den einfachen Anwartschaften), como observa a mais autorizada doutrina alemã ⁽¹²⁾.

Evidentemente, o grau de expectação, como o exprime, aliás, PONTES DE MIRANDA ⁽¹³⁾, mede-se segundo o princípio, consagrado na regra de direito, da intensidade de asseguramento de eficácia ou da mais ou menos extensa incorporação do bem jurídico no patrimônio do legitimado.

Desde a expectativa, o destinatário da tutela jurídica, expende LARENZ conceituando-a, traz uma mais ou menos assegurada perspectiva de acesso a um direito subjetivo (Unter einer Anwartschaft verstehen wir eine rechtlich bereits mehr oder weniger gesicherte Aussicht auf den Anfall eines subjektiven Rechts...) ⁽¹⁴⁾.

Se a maior ou menor segurança de incorporação do bem jurídico no patrimônio do legitimado parte do campo de precisão estabelecido na norma jurídica, significa isto que a norma confere ao titular daquele bem um maior ou menor poder de disposição de seu conteúdo (material) e de preservação ou de defesa da sua efetividade (formal).

É o que se conclui da lição de LEHMANN-HÜBNER, para quem a segurança (na perspectiva de aquisição do direito) depende consideravelmente disso, se só o pré-legitimado pode excluir (destruir) ou prejudicar (impedir) a perspectiva da aquisição (Die Sicherheit hängt weitgehend davon ab, ob der Vorberechtigte allein die Erwerbssicht noch zerstören oder beeinträchtigen kann) ⁽¹⁵⁾.

12 — LARENZ, Karl, "Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts", Verlag C. H. Beck, München, 1967, S. 237.

13 — PONTES DE MIRANDA, ob. cit., t. V, págs. 283 e ss.

14 — Ob. cit., pág. 236.

15 — Ob. cit., pág. 93, d.

Como corolário do preceito, aqui em sua apreensão formal, tem-se que o titular do direito expectado, tal a intensidade de poder jurídico que lhe conferiu o feixe de normas e sua projeção, a ponto de situar em seu exclusivo arbítrio a consecução de todos os efeitos patrimoniais nela previstos, é necessariamente também titular de uma pretensão à consecução do direito pleno, nas palavras de HEINRICH LANGE (Der Anwartschaftsberechtigte ist deshalb nicht nur Inhaber eines Anspruches auf Verschaffung des Vollrechtes, sondern Träger der selbständigen Anwartschaft...) (16).

Incrustado o direito expectado em uma orla complexa de relações jurídicas, sobretudo de natureza continuativa, como pressupõe o regime estatutário, não será dado ao intérprete esgotar sua linha de apropriação jurídica sem atentar para a força reflexa que, partindo do estatuto como um todo, repete-se, sobre ele opera.

A preservação da inconsutilidade do estatuto, como um bloco harmônico e sistemático de direitos e deveres pontuados na pessoa daquele que ingressou em seu regime jurídico, resulta em um direito autônomo, que comunica, a seu titular, poderes de defesa à consecução de direitos parcelários em vias de formação.

Não poderia incorrer em erro, por isso, von THUR ao sustentar que as expectativas carregadas de um certo grau de segurança podem ter-se na conta de direitos subjetivos e se qualificarem de direito expectado (Anwartschaften von einen gewissen Grad der Sicherheit kann man den subjektiven Rechten zuzählen und als Wartrecht bezeichnen) (17).

O implemento à consecução do direito não se subordina a evento estranho à vontade do titular do direito, senão ao decurso do tempo ou a fato também dependente de sua permanência no regime jurídico, a que aderiu.

Tais posições jurídicas são definidas como direitos, ainda que expectados, e não como simples expectativas.

3 — A segurança, porém, desses direitos somente poderia advir da lei.

Ela é que os precisa como adquiridos, como os tuteláveis, como os objetos de defesa em sua consecução.

16 — LANGE, Heinrich, "BGB — Allgemeiner Teil", Verlag, C. H. Beck, 10. Auflage, München, 1968, S. 90/91.

17 — THUR, Andreas von, "Deutschn Bürgerlichen Rechts", Verlag von Duncker & Humblot, Berlin, 1957, 1. Band, S. 182.

É o que se colhe do § 2º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, que é direito que regula direito e que se vaza no seguinte preceito:

“§ 2º — Consideram-se adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.” (*verbis*)

Não há falar, aqui, em eventualidade de direito, segundo a hipótese do art. 121 do Código Civil. Esse dispositivo abre o esmaecido campo das simples expectativas (*einfache Anwartschaft*), como no caso do legatário, ainda vivo o testador, quando sua insegurança é total, à vista do princípio da revogação do testamento, resguardado pelo art. 1.746 do Código Civil.

À expectativa simples ajusta-se a lição de CARLOS MAXIMILIANO, ao acrescentar que:

“Não se confunde com a expectativa a condição nem o termo; pois o interesse que se acha subordinado a qualquer destas duas modalidades constitui direito verdadeiro; a condição retroage licitamente; a expectativa, quanto aos seus resultados, depende da vontade de uma pessoa estranha, o que se não dá com o termo ou a condição.”⁽¹⁸⁾

Depreende-se, pois, que o grave erro da doutrina tem consistido em encarar o direito adquirido como um conceito estático, rígido e não como uma posição jurídica dinâmica, cambiante na intensidade de asseguramento e consecução de um bem, que a ordem jurídica, menos ou mais, localiza em determinada titularidade.

4 — A presença de uma norma jurídica, sobretudo no plano constitucional, que traga expressa referência ao asseguramento de direitos adquiridos, como se acha na Constituição de 1967, ora art. 153, § 3º (Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969), e se achava na Constituição de 1946 (art. 141, § 3º), supõe, na revisão dos direitos dos indivíduos, quer entre si, quer em suas relações com o Estado (como órgãos da administração pública), uma interpretação político-jurídica obstativa de qualquer preceito que venha a ferir, restringir ou eliminar aquela garantia.

Quando se diz interpretação político-jurídica, quer-se com isto estabelecer um postulado geral de defesa dos chamados direitos adquiridos ou daqueles que em curso de formação se lhes assimilem, e

18 — Ob., p. e n.º cits.

que somente poderão sofrer restrições de natureza legal, quando o admitir expressamente, como exceção, aquêles mesmo corpo de leis que, como a Constituição, em caráter fundamental, lhes reconhece plena força jurídica.

STIER-SOMLO, ao mencionar a inexistência de preceito jurídico ou de um princípio jurídico, até à Constituição de Weimar, que fizesse direta menção à garantia dos chamados direitos adquiridos, com sua inclusão em texto expresso, no art. 129, I, Satz 3, daquela Carta ("Die wohlerworbenen Rechte der Beamten sind unverletzlich"), acrescenta que a execução normativa do ordenamento jurídico passou a conter-se dentro de linhas básicas limitadoras, que não poderiam ser inobservadas, pena de ineficácia ou de declaração de inoperância da lei inferior, em face da *lex major*.

Serve-se de aguda contribuição de JELLINEK, para quem as garantias decorrentes de direitos adquiridos significam que os atuais direitos pertencentes ao indivíduo não podem ser estatalmente reduzidos contra a sua vontade (Die Garantie erworbener Rechte heisst daher nur, dass der dem Individuum zustehende aktuelle Rechtsbestand von Staat wegen nicht gegen seinen Willen vermindert werden kann) ⁽¹⁹⁾.

Exemplifica-se com a preservação das condições de ingresso do funcionário público, que, mais benéficas àquela época, não mais poderiam ser modificadas restritivamente.

Dava-se assim com o funcionário público, pela Constituição de Weimar ⁽²⁰⁾, como se dá, no direito constitucional brasileiro, em plano geral, sem que se perca de vista a situação especialmente estruturada no regime estatutário dos funcionários, como tutela da função, em que se veda a lesão a direito adquirido.

A conceituação do direito adquirido, no campo do regime estatutário, há de entender-se compreensiva de todos os desdobramentos da projeção jurídica que a norma visou alcançar. E esta faz comprometer nos círculos dos direitos os chamados direitos expectados, cuja segurança de perfeição a lei situa no próprio arbítrio do interessado e a subordina apenas ao decurso do tempo e a permanência naquele regime.

Muito avisados devem andar o intérprete, o aplicador e, sobretudo, o julgador, para, com não penetrar as sucessivas faces da formação dos direitos, não incorrerem no grave desfiguramento de uma situação jurídica que a lei, em seu sistema, criou como um todo harmônico.

19 — Cfr. STIER-SOMLO, in "Handwörterbuch der Rechtswissenschaft", Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1929, VI Band, S. 937/8.

20 — SOMLO, ob. vol. cit. pág. 938.