**JURISPRUDÊNCIA**

TC nº 72.010.869.98-68

Servidor - mandado de segurança - ato administrativo que concedeu ao interessado caráter provisório - aposentadoria por tempo de serviço - provisoriedade que resulta de averbação de tempo de serviço com base em certidão expedida pelo INSS.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

***Mandado de segurança contra ato administrativo que concedeu ao impetrante, em caráter provisório, aposentadoria por tempo de serviço – Provisoriedade que resulta de averbação de tempo de serviço com base em certidão expedida pelo INSS em cumprimento de liminar concedida em outro "writ", sujeita, portanto, a ficar sem efeito na hipótese de denegação da ordem a final – Inexistência de ilegalidade no ato impugnado – Segurança denegada.***

Vistos, relatados e discutidos estes autos de MANDADO DE SEGURANÇA nº 52.614-0/8, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante BERVAL ANTONIO DELMANTO, sendo impetrado CONSELHEIRO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, denegar a segurança.

1. Ao relatório de fls. 78 a 79, acrescenta-se que o Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgando o presente mandado de segurança impetrado por Berval Antonio Delmanto contra ato do Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria de votos, deu pela carência de ação, em venerando acórdão de que foi relator o Eminente Desembargador JOSÉ OSÓRIO, com a seguinte ementa:

"Mandado de segurança. Aposentadoria provisória. Pretensão a definitiva. Decisão apoiada em certidão obtida por força de liminar. Condição resolutiva. Provisoriedade do ato. Inexistência de violação de direito do impetrante. Carência da segurança" (fls. 97 a 102).

Inconformado, o impetrante interpôs recurso ordinário que foi acolhido em parte pela Colenda Quinta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em venerando acórdão de que foi relator o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, cuja ementa é do seguinte teor:

"Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Contagem de tempo para aposentadoria. Expedição de certidão garantida por força de liminar em outro *writ. Aposentadoria Provisória*. Carência da ação afastada. Julgamento do mérito.

"O impetrante obteve, por decisão liminar concedida em outro *mandamus*, tão-somente a garantia de expedição de certidão de tempo de serviço requerida, mas com base nessa decisão, foi-lhe deferida *aposentadoria provisória*, ato atacado no presente *writ*.

"Carência da ação afastada. Fundamentação no voto vencido.

"Recurso parcialmente provido, com vistas a que a Corte *a quo* julgue o mérito da impetração" (fls. 138 a 144).

Certificado o trânsito em julgado (fls. 147), retornaram os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, para cumprimento desse venerando acórdão, redistribuindo-se o feito, em razão da aposentadoria do relator (fls. 159 a 165).

2. Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato administrativo que aposentou o impetrante, em caráter provisório, tendo em vista a liminar concedida em outro "writ" (fls. 43v. e 62 a 63).

Funda-se a impetração, em suma, em que é ilegal o verbete "provisório" acrescentado ao ato de aposentadoria do impetrante, devendo este assim ser aposentado definitivamente por tempo de serviço proporcional (fls. 2 a 37).

Reconhecido como foi pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, com apoio no voto do Eminente Desembargador e hoje Ministro FRANCIULLI NETTO, "que se encontram presentes as condições da ação, incluída a do interesse processual", tem-se, contudo, no mérito, que não assiste razão ao impetrante.

Com efeito, o caráter provisório atribuído ao ato impugnado é mera conseqüência de ter sido autorizada, nessa mesma oportunidade, a averbação provisória, no prontuário do impetrante, para fins de aposentadoria e disponibilidade, do tempo de serviço prestado como advogado autônomo (cf. fls. 62, item I, letra "b").

Essa averbação, por sua vez, tem caráter provisório porque resulta de certidão expedida pelo INSS em cumprimento de liminar concedida em outro mandado de segurança e que poderá, portanto, ficar sem efeito na hipótese de ser a final denegada a ordem, de acordo com o enunciado n. 405 da Súmula do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que dita averbação não foi objeto de impugnação no presente mandado de segurança, de sorte que não há como reconhecer, como quer o impetrante, que a aposentadoria fundada nesse tempo de serviço averbado provisoriamente seja definitiva.

O ato impugnado, enfim, não criou benefício novo, não previsto em lei; apenas se ateve à situação em que se achava o impetrante, observando assim o princípio da legalidade a que está submetido todo ato administrativo, ao consignar a provisoriedade com que era concedida a aposentadoria.

E daí, pelo que consta, nenhum prejuízo decorre para o impetrante, prejuízo esse, aliás, que sequer foi alegado.

Por tais motivos, denega-se a ordem impetrada.

Participaram do julgamento os Desembargadores NIGRO CONCEIÇÃO (Presidente, sem voto), LUÍS DE MACEDO, VISEU JÚNIOR, DENSER DE SÁ, LUIZ TÂMBARA, BORELLI MACHADO, FLÁVIO PINHEIRO, GILDO DOS SANTOS, VALLIM BELLOCCHI, SINÉSIO DE SOUZA, THEODORO GUIMARÃES, MENEZES GOMES, BARBOSA PEREIRA, RUY CAMILO, MATTOS FARIA, OLIVEIRA RIBEIRO, CEZAR PELUSO, ERNANI DE PAIVA, LAERTE NORDI (com declaração de voto), SOUSA LIMA e SILVEIRA NETTO.

São Paulo, 21 de agosto de 2002.

**SÉRGIO AUGUSTO NIGRO CONCEIÇÃO**
**Presidente**

**PAULO FRANCO**
**Relator**

DECLARAÇÃO DE VOTO
MANDADO DE SEGURANÇA Nº 52.614-0/8
VOTO Nº 16021
SÃO PAULO

Impetrante: BERVAL ANTONIO DELMANTO
Impetrado: CONSELHEIRO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Berval Antonio Delmanto impetrou mandado de segurança contra o Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, pleiteando, com base em liminar obtida na Justiça Federal, a aposentadoria proporcional por tempo de serviço, definitiva e não provisória como constou da decisão impugnada.

O E. Órgão Especial do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, declarou o impetrante carecedor da ação, tendo, na oportunidade, declarado voto vencido o Desembargador Franciulli Netto, hoje ilustre Ministro do C. Superior Tribunal de Justiça.

No voto condutor do Des. José Osório, esta anotado: A certidão de tempo de serviço como advogado autônomo foi obtida pelo impetrante em razão de decisão liminar concedida em mandado de segurança com a ressalva de que não houve contribuição correspondente ao período certificado. Se é verdade que a Constituição Federal não prevê a hipótese de aposentadoria provisória, não menos verdade que a solução dada pelo ilustre impetrado só beneficiou o impetrante, que obteve o possível, dentro da provisoriedade de seu direito, sujeito a uma condição resolutiva, já estando a receber desde logo seus proventos. Se houve equívoco por parte do impetrado, a solução não está em extrair, pura e simplesmente, a parte equivocada se, com isso, se vai sacramentar e dar definitividade a um ato que ainda não se sabe se preenche as condições para tanto.

Já, no voto vencido, o então Desembargador Franciulli Neto sustentou que "se assiste ou não ao impetrante direito líquido e certo, no caso em tela, tal aspecto penetra na esfera daquilo que o preclaro jurista, Victor Nunes Leal, também escudado na lição do mestre Castro Nunes, denomina de problemas de mérito (cf. Problemas de Direito Público, Ed. Forense, 1ª edição, pgs. 463 e ss.)". Por isso, afastou a carência, entendimento que prevaleceu ao julgamento do Recurso Ordinário nº 11.601, quando a E. 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela necessidade do exame do mérito do mandado de segurança.

Significa que, afastada a expressão "provisória", há de se decidir se o impetrante tem direito, como pleiteia, à aposentadoria por tempo de serviço proporcional, em caráter definitivo, apoiado na liminar obtida, que determinou a expedição da certidão que admitiu a contagem de tempo, com a ressalva de eventual ausência de contribuição em qualquer período. Em atenção à condição estabelecida no artigo 200, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Se não está provado o preenchimento do requisito que justificaria a concessão da aposentadoria definitiva, se a expedição da certidão de tempo de serviço foi determinada com a ressalva acima e se não há notícia do julgamento de mérito na Justiça Federal, não tem o impetrante direito líquido e certo à aposentadoria definitiva.

Pelo exposto e com anotações ajustadas à minha convicção, denego a segurança.

LAERTE NORDI