

Ensaio

ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS

SUMÁRIO: 1. Objeto; 2. Histórico; 3. Decisão do STF; 4. Efeito vinculante; 5. Doutrina e jurisprudência em sentido contrário; 6. O aposentado e o cargo antes ocupado; 7. Interpretação restritiva do art. 37, inc. XVI, da CF; 8. Supressão de emenda proibitiva nos trabalhos constituintes; 9. Diversidade de títulos; 10. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e a boa-fé; 11. A situação do militar reformado; 12. Críticas à posição adotada pela Constituição; 13. Conclusão.

1. Objeto

A r. decisão do Excelso STF, proferida no RE 163.204-6, de São Paulo, em que oficiou como relator o preclaro Min. Carlos Velloso, à qual se reportará amiudamente este singelo estudo, a par de constituir-se em pronunciamento histórico contra um dos males que assola o País desde antanho, está inspirando salutares atos administrativos de proibição de acumulação de proventos e vencimentos, para os servidores públicos em geral, fora os casos em que a CF de 1988 permite a adição para os funcionários ou servidores do serviço ativo.

Para não se perder esta assertiva no campo vago das generalizações abstratas, podem ser lembrados os seguintes atos, todos afeiçoados a essa interpretação da norma constitucional.

Assim que conhecida a decisão da Suprema Corte – narra o ilustre magistrado paulista Milton Gordo –, a Comissão Permanente de Acumulação de Cargos do Estado passou a adotá-la. Assim o fez o MP Estadual, mediante a publicação do Ato 49.195, de 14.01.1995, concedendo a seus membros e servidores prazo de opção entre vencimentos e proventos, mantida a proibição de cumular, quando inacumuláveis os cargos ou funções na atividade. Seguiu, conforme consta de seu texto, orientação adotada pelo Procurador-Geral da República, na Portaria 856, de 09.12.1994. No âmbito da Justiça Federal, os tribunais regionais deram cumprimento à Constituição, em consonância com a interpretação do

* In: *Revista dos Tribunais*, ano 85, v. 734, dez. 1996, p.152-164.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

STF, com soluções administrativas diferentes. Assim é que o da 3ª Região resolveu editar ato normativo regulando casos futuros (Proc. 94.03.103103-4 – Seção do Órgão Especial, j. 09/95). O da 2ª Região, reconhecendo no STF o intérprete constitucional da CF, seguiu o acórdão proferido no RE 163.204, respeitando, no entanto, ‘situações definitivamente constituídas antes de sua publicação’ (Res. 06, de 07.07.1995). E o da 1ª Região resolveu, em face das Res. 20/94 e 05/95, conceder a seus membros e servidores prazo de 30 dias para a opção, mantida a proibição de cumular e, ainda, condicionou a posse de aposentados em cargos efetivos a essa mesma opção. (Publicado no DJU de 20.04.1995, p. 22.557)¹.

Perfilhando a tese do RE 163.204-6, de São Paulo, no âmbito do Executivo, veio a lume o Dec. 40.297, de 04.09.1995, do governador do Estado², e, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi expedido o Comunicado 42/95 da E. Presidência, vedando a acumulação, salvo as exceções previstas na própria Constituição, e determinando a opção por uma das remunerações³.

No atual estágio em que se encontra a questão, salvo melhor e mais acurado juízo, a regra a prevalecer, seja para servidores civis aposentados, seja para militares aposentados, é a de que *a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade na forma permitida na CF, art. 37, inc. XVI; art. 95, parágrafo único, inc. I; art. 128, § 5º, inc. II, letra d; e art. 17, §§ 1º e 2º, do ADCT.*

Averiguar alguns aspectos da questão e tecer despretensiosas considerações a esse respeito são o objeto deste trabalho.

2. Histórico

Cumprir tecer um breve esboço sobre a vedação legal e constitucional de acumulações em nosso País.

Proibições legais, a rigor, nunca faltaram, desde os primórdios de nossa colonização, na época em que “para prender malfeitores, evitar malefícios e perseguir vagabundos, para cada vinte vizinhos havia um quadrilheiro”, nome que se dava ao policial⁴.

1. Cf. Voto vencido proferido no MS 441.429/2, Pleno do 2º TACivSP, j. em 13.01.1996.

2. Publicado no DOE de 06.09.1995.

3. Contra ato embasado no Comunicado 42/95, foi impetrado o MS 31.951-0/1 contra o Sr. Presidente do TJSP, julgado pelo órgão Especial, em sessão plenária de 18.09.1995, oficiando como relator o autor deste artigo. Por 15 votos contra 7, foi denegado o *mandamus*.

4. Cf. Milton Duarte Segurado, in *O Direito no Brasil*, Bushatsky, ed. c/ a col. da USP, 1973, p. 125; e Waldemar Ferreira, in *História do Direito Brasileiro*, Saraiva, 1962, I e 232.



O saudoso Pontes de Miranda, depois de dizer que se frustraram todas as tentativas para abolição das acumulações ilegais, comenta que o mal remonta ao século XVII, apontando que há um Decreto de 18.06.1822, no alvorear da nacionalidade, que tentou profligar a pecha, texto que censurou energicamente o desrespeito à Carta Régia de 06.05.1623 e ao Alvará de 08.01.1627, reiterando a proibição de vencer mais de um ordenado em ofícios e empregos “em manifesto dano e prejuízo à Administração Pública”, não sem antes narrar que havia “quem tivesse três, quatro, cinco, seis, sete e, até, oito empregos”, pois ao velho vício sempre se antepunham forças novas na ousadia do abuso⁵.

Verberou a voraz volúpia das acumulações remuneradas o Pe. Vieira, em sermão pregado na Capela Real, em 1655, como ilustra Pinto Ferreira, com apoio em Ivan Lins⁶.

Nem todos que se abalançaram ou foram abaldeados das plagas lusitanas para as terras indígenas eram viventes que poderiam ser chamados exatamente de pessoas da *melhor* ou de *mor qualidade*.

Mas, não se caía no extremo oposto. A emigração em massa não fascinava e não era estimulante, dada a natural dúvida, o medo e o mistério que o Novo Mundo provocava. Nem por isso, ou apesar disso, é lícito pensar que apenas vieram para cá degredados. É um mito, “por pouco convolado em caso julgado, de que somente degredados teriam povoado estas terras”, segundo o primoroso estilo de Waldemar Ferreira, que, em outro passo, transcreve Oliveira Lima, ao assertar que “a colonização levada a cabo por degredados é uma lenda já desfeita”. O Brasil foi, por assim dizer, colonizado⁷, por pessoas das mais diferentes classes sociais. Entre os que eram estigmatizados pelo “ferrete da ignomínia”, havia os que galhardamente ostentavam, como narra Pero Lopes de Sousa, “o brasão da nobreza”. Evidencia, nesse tópico, o grande comercialista e historiador que, no grosso, “os Capitães-mores, de posse de suas cartas de doações, tomando a sério o encargo assumido, transmigrar-se-iam com o elemento humano que pudessem aliciar, conduzindo para suas Capitânicas núcleos que representariam,

5. Cf. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda 1, de 1969*, Ed. RT, 2ª ed., t. III, p. 484-5; na p. 486, o ano do Dec. de 18.06.1822 é mencionado como 1823.

6. Cf. *Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, 1990, 2º vol., p. 379.

7. Cf. José Pedro Galvão de Sousa: “Não existia um estatuto colonial, que colocasse o Brasil em situação de inferioridade jurídica. Além disso, as instituições portuguesas, transplantadas nos trópicos, eram de molde a suscitar entre nós o mesmo sistema de proteção aos direitos e o mesmo regime de liberdades comunais, que vinham sendo praticados no direito histórico lusitano de além-mar. Teve, pois, a obra de colonização portuguesa um sentido superior, realçado ainda mais pela finalidade missionária. Longe de entregar a exploração das novas terras descobertas a companhias de comércio, como faziam a Inglaterra e a Holanda, a Coroa de Portugal tomou a si mesma a tarefa de realizar aquela obra civilizadora de que resultou o nosso grande Império lusitano” (cf. *Introdução à História do Direito Político Brasileiro*, Saraiva, 1962, p. 31).

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

em grau menor, a média da sociedade portuguesa do tempo, com suas virtudes, que foram insígnies, e seus defeitos, com o cerne humano condizentes”⁸.

Exemplares de pessoas de *mor qualidade* havia. Se não fora assim, não fariam sentido algumas normas do Regimento dado ao Ouvidor-geral. Enquanto se lhe atribuía alçada até a morte natural em escravos, gentios e peões cristãos homens livres, de um lado, doutro, em pessoas de *mor qualidade* sua alçada ia até cinco anos de degredo e cinquenta cruzados de multa; no excedente, tinha de dar apelação e agravo.

Como não há presumir a existência num texto legal de palavras vãs (*Verba cum effectu sunt accipienda*)⁹, outra ilação pode ser tirada. Se até as pessoas, de *mor qualidade* cometiam homicídios e furtos, falsificavam o selo del-rei, espalhavam mexericos, levavam à Corte barregã ou eram processados como burlões ou inliçadores, por que não se acadrimarem a uma acumulação aqui, outra acolá? Afinal, eles também precisavam defender a *farinha de mandioca fresca, feita no dia, para os filhinhos*; quer dizer, o *leite das crianças*, como se diria nos tempos hodiernos. Donde se conclui que as “leis” de *tirar vantagem em tudo* e a do *é dando que se recebe* já são coisas da aurora do País. O nepotismo nasceu com o primeiro documento de nossa história. Pero Vaz de Caminha, embevecido, a um tempo, com a formosura de nossas índias¹⁰ e com a terra enorme de tão ricas águas,¹¹ rematou sua famosa carta, rogando a D. Manuel perdão para o genro, degredado em São Tomé: “Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande-me vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro – o que d’Ela receberei em muita mercê”¹².

Veio a República e com ela a Constituição de 1891, que para acabar com o compadrio, nepotismo e favoritismo palaciano, vedou, em seu art. 73, de forma inquestionável, as acumulações remuneradas. Esse rigor – na explicação de

8. Cf. *História do Direito Brasileiro*, Saraiva, 1962, Vol. I, p. 124-126.

9. Cf. Carlos Maximiliano, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Freitas Bastos, 6ª ed., 1957, p. 311.

10. Cf. Leonardo Arroyo, in *A Carta de Pero Vaz de Caminha*, Melhoramentos, 2ª ed., p. 50: “E uma daquelas moças era toda tingida de baixo a cima, daquela tintura e certo era tão bem feita e tão redonda, e sua vergonha (que ela não tinha!) tão graciosa que a muitas mulheres de nossa terra, vendo-lhe tais feições envergonhara, por não terem as suas como ela”. Sobre esse aspecto, escreveu a pena maviosa de Waldemar Ferreira: “... a mulher brasileira (e Pero Lopes de Sousa dissera das tupinambás que ‘eram alvas e mui formosas e não haviam nenhuma inveja às de Lisboa’!) entrou a operar como elemento nacionalizador do estrangeiro; e os portugueses cederam a esse imponderável” (cf. op. e vol. cit., p. 126).

11. Cf. op. cit., p. 63: “querendo-a (a terra) aproveitar, dar-se-á nela tudo; por causa das águas que tem!”

12. Cf. Leonardo Arroyo, op. cit., p. 64.

Ministro Franciulli Netto

Paulo Sarasate – “justificou-se, até certo ponto, em face dos vícios assinalados na Monarquia, a qual, segundo Barbalho, dentro da praxe importada das velhas Cortes, ‘não podia prescindir do favoritismo, do validismo, e, interesseiro como ele é, pôde conseguir conservar aquela sua prerrogativa de arranjar bons vencimentos acumulados de muitos cargos”¹³.

A denominada Velha República não só não espancou os males atribuídos à Monarquia, como também sucumbiu às tentações que se seguiram, alternando-se o rigor primitivo e o extremo oposto, com soluções intermediárias¹⁴.

Como se extrai do magnífico voto do ilustre Min. Carlos Velloso, relator do RE 163.204-6, de São Paulo, citando autorizadas dissertações de Haroldo Valadão e Caio Tácito, a norma severa do Dec. 19.576, de 08.01.1931, restabeleceu a proibição de acumulações remuneradas, regra que persistiu na Constituição de 1934 e nas seguintes, depois de lembrar que, a despeito dos enormes interesses, mesmo no interregno de 1891 a 1930, na Primeira República, o excelso STF, como evidenciou o ilustre publicista Caio Tácito, “em inúmeros acórdãos, declarou, repetidamente, a inconstitucionalidade das acumulações remuneradas”¹⁵.

As fendas permissivas de diplomas legais menores nunca encontraram guarida no Texto Maior. O impedimento das remunerações acumuladas, em síntese, sempre foi a tônica: CF de 1891 (art. 73); CF de 1934 (art. 172); e CF de 1937 (art. 159).

Bem, adveio a Constituição de 1946, trazendo em seu bojo o art. 185, que continha norma literalmente igual à que está inscrita no art. 37, inc. XVI, da Carta Política de 1988, que é o dispositivo que rege a matéria em exame.

O art. 185 da CF de 1946 resultou de emenda de iniciativa do ilustre político e jurista cearense, cujas lições já foram aqui coladas, vindo a calhar seu testemunho mais uma vez, ao invocar a autoridade de Odilon da Costa Manso, então Consultor-Geral da República, que pôs em relevo a disposição do constituinte de 1946 “de defender a moralidade pública e, no mesmo passo, conciliar com ela a discreta necessidade de algumas exceções taxativas, referentes à acumulação”¹⁶.

A Carta de 1988 reproduziu a de 1946, depois de ter a Constituição de 1967 (art. 97, § 3º), emendada em 1969 (art. 99, § 4º), com caráter de excepcionalidade, agasalhado parcialmente a acumulação e estabelecer as condições em que ela poderia ocorrer.

13. Cf. *A Constituição do Brasil ao Alcance de Todos*, Freitas Bastos, 1967, p. 421-422.

14. Cf. Paulo Sarasate, op. cit., p. 422.

15. Cf. *JTJ*, Ed. Lex, 162/283.

16. Cf. Paulo Sarasate, op. cit., p. 422.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

Para que se não tire inferência precipitada, a bem da verdade a CF 67/69 não se desgarrou da tradição ditada pela história republicana, manteve a regra geral da proibição, como muito bem está explicado em r. voto, que contém doura lição, da lavra do ilustre Min. Néri da Silveira. A EC 1, de 1969, no § 4º de seu art. 99, apenas e tão apenas excepcionou a proibição de acumular proventos com vencimentos, que era a regra: “não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto a de um cargo em comissão ou quanto a contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados”. Essa norma representou realmente permissão para a acumulação nos casos explicitados, a que aduz: “e a Constituição atual não contemplou norma idêntica, isto é, não excluiu da vedação situações como as previstas no § 4º do art. 99, da Carta anterior”¹⁷.

Como exceção, nossa Carta Magna anterior necessitou de dispositivo expresso, o que reforça a regra genérica a vedar a acumulação de cargos.

3. Decisão do STF

A ementa oficial do RE 163.204-6, de São Paulo, histórica decisão que serviu de lastro ao ato ora impugnado, está assim redigida:

A acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela CF, art. 37, XVI; art. 95, parágrafo único, I. Na vigência da Constituição de 1946, art. 185, que continha norma igual à que está inscrita no art. 37, XVI, da CF/88, a jurisprudência do STF era no sentido da impossibilidade da acumulação de proventos com vencimentos, salvo se os cargos de que decorram essas remunerações fossem acumuláveis¹⁸.

A ementa desse julgamento, perfilhado por expressiva maioria (contra apenas um r. voto), indicou inúmeros outros precedentes: RE 81.729-SP, ERE 68.480, MS 19.902-DF, 77.237-SP e RE 76.241-RJ.

4. Efeito vinculante

É certo asseverar que esse desate não vincula este E. Tribunal. Menos certo não é, contudo, que ele se impõe pela robustez de seus próprios fundamentos.

Além disso, não impressionam os discursos de não ser o Excelso STF uma típica Corte Constitucional e o de tampouco conter o respeitabilíssimo pronunciamento, que plasmou o ato acometido, eficácia *erga omnes*.

Resposta à primeira objeção: na solução de litígios, mediante recurso extraordinário, ou originariamente em ação direta de inconstitucionalidade, toca

17. Cf. RT 721/307-321.

18. Cf. JTJ, Ed. Lex, 162/273.

ao Excelso STF falar como se a própria Constituição falasse, parafraseando o saudoso Des. Manuel Carlos¹⁹; resposta à segunda objeção: de nada adianta uma lei ou um outro ato formal em sentido contrário.

Depois do julgamento do RE 163.204-6, de São Paulo, o Pretório Excelso, pelos menos em duas oportunidades, reiterou a mesmíssima orientação. De uma feita, em sessão plenária suspendeu liminarmente parte de norma contida no parágrafo único do art. 50 da Constituição do Estado de Alagoas, por votação unânime (cf. ADIn. 1.328-9, de Alagoas, publicado no DOU de 24.11.1995, p. 40.386); de outra, ao julgar o MS 22.182-8, do Rio de Janeiro, relatado pelo ilustre Min. Moreira Alves, j. em 05.04.1995, de cujo v. acórdão foram acima hauridos argumentos do r. voto do ilustre Min. Néri da Silveira.

5. Doutrina e jurisprudência em sentido contrário

Há respeitabilíssimas opiniões doutrinárias em sentido contrário. Sem nenhuma intenção de apresentá-las exaustivamente, dado o estrito âmbito deste estudo, entre as que poderiam ser lembradas, encontram-se as de Hely Lopes Meirelles²⁰, José Afonso da Silva²¹, Celso Antônio Bandeira de Mello²² e Adílson Abreu Dallari²³.

De igual modo, há precedentes recentes de algumas C. Câms. deste próprio E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁴, além da decisão do Plenário do E. 2º TACivSP, todos prestigiando a admissibilidade de acumulação de proventos e vencimentos²⁵.

Salvo melhor e mais acurado juízo, os principais fundamentos da corrente divergente, tanto na doutrina como na jurisprudência, são os seguintes: o aposentado não ocupa mais cargo, pois o ocupado se vagou, no ensejo da aposentadoria; os dispositivos constitucionais que versam sobre a matéria não proíbem a acumulação e devem ser, dessarte, interpretados restritivamente; supressão da proibição quando dos trabalhos constituintes; e o da diversidade de títulos: os proventos são oriundos do trabalho já prestado e os vencimentos

19. Cf. *Apontamentos sobre a Noção Ontológica do Processo*, São Paulo, editado pela RT em 1936 e reeditado pela Julex Livros Ltda. em 1984; a frase original: “o juiz deve falar como se a própria lei falasse”, p. 159.

20. Cf. *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. RT, 15ª ed., p. 375-376.

21. Cf. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. RT, 7ª ed., p. 576.

22. Cf. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, Ed. RT, 2ª ed., p. 89.

23. Cf. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, Ed. RT, 2ª ed., p. 76.

24. Cf. *JTJ*, Ed. Lex, 167/89, 164/71 e 161/68.

25. V. Nota n. 1.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

do agora exercido. Além desses, outros costumam vir à balha, como, por exemplo, o do direito adquirido, o ato jurídico perfeito e o da boa-fé.

Em que pese ao respeito a ser tributado a tão abalizadas posições, procurará este trabalho, a duras penas, demonstrar que existem também argumentos que servem de supedâneo ao entendimento aqui esposado.

6. O aposentado e o cargo antes ocupado

Não colhe o fundamento de que o aposentado não acumula mais cargos, já que o que ocupava se vagou no momento em que passou para a aposentadoria.

Essa assertiva é verdadeira. Mas, estabelecida essa premissa, dela não se extraia corolário falso. Aposentado o servidor, não desaparece de todo o liame que o prendia ao cargo, já que permanecem importantíssimos efeitos residuais.

Um deles, aliás, de capital importância, como o do art. 40, § 4º, da própria Constituição, a abrigar a revisão de proventos, na mesma proporção e na mesma data em que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, estendendo aos inativos os benefícios e as vantagens decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria.

Nem faria sentido reconhecer o elo entre o inativo e os efeitos residuais do cargo que ocupava para certos fins e negá-lo de vez para outros.

Como discorre o saudoso Meirelles Teixeira, “que o funcionário público aposentado permanece funcionário e, como tal, numa situação legal, ou regulamentar, frente ao Poder Público, constitui portanto tese absolutamente pacífica, na doutrina dos melhores publicistas”, entre os quais pontificam, ainda segundo sua preclara lição, Hauriou, Duguit, Jèze e Bonnard²⁶.

Na mesma esteira, a dicção de Haroldo Valadão, transcrita no culto e percuciente voto do ilustre Min. Carlos Velloso:

a aposentadoria e a reforma são dadas, também, num certo cargo ou num determinado posto, sendo o funcionário inativo, professor aposentado da faculdade X, ministro aposentado do tribunal Y, contra-almirante reformado, general reformado etc. É que a aposentadoria e a reforma acham-se, também, ligadas diretamente ao cargo ou ao posto do inativo, como direito ou vantagem dele conseqüente. Os aposentados são funcionários públicos de uma categoria especial, são funcionários inativos²⁷.

26. Cf. *Estudos de Direito Administrativo*, Departamento Jurídico da Prefeitura de São Paulo, 1949, Vol. 1, p. 378.

27. Cf. *JTJ*, Ed. Lex. 162/282.



Nem existe, espera-se²⁸, a figura do funcionário ou servidor inativo, sem ter ocupado, quando em atividade, cargo, posto ou função.

A *ratio legis* centra-se na proibição de remunerações acumuladas de vencimentos, de proventos ou de vencimentos e proventos, salvo as exceções expressas na própria Constituição.

A remuneração é a denominação genérica que abarca tudo aquilo que se paga, incluídos nessa idéia os proventos.

Provento, o que é?

– Diz-se daquilo que o funcionário efetivo, quando aposentado ou em disponibilidade, percebe dos cofres públicos, calculado sobre o vencimento ou *remuneração* (grifo não original) da atividade²⁹.

7. Interpretação restritiva do art. 37, inc. 37, XVI, da CF

É de ser rebatido, sempre com a devida vênia, o fundamento acerca da interpretação restritiva ou estrita do art. 37, inc. XVI, da CF.

Segundo esse modo de pensar, como o dispositivo constitucional não incluiu expressamente a vedação de acumulação de vencimentos com proventos, não pode o intérprete ampliá-la.

Como se viu do apanhado histórico acima, de modo geral, a regra constitucional sempre foi a proibitiva da acumulação, salvo as exceções taxativas, conquanto, volta e meia, florescessem disposições legislativas ordinárias ou atos administrativos acomodatórios, aquelas e estes, no entanto, repudiados por nossa Corte Suprema, quando chamada a apreciá-los.

Se assim é, razão assistiria à tese contrária, desde que a Constituição da República vigente contemplasse explicitamente a possibilidade de acumulação entre proventos e vencimentos, além das exceções nela já inseridas.

Axioma – que corre entre nós e que ganhou foros de dogma, na medida em que a excelente obra do saudoso Hely Lopes Meirelles foi sendo difundida – ensina que ao particular é dado fazer o que a lei não proíbe, mas à Administração só é permitido o que a lei autoriza, por dever sua conduta obediência ao princípio da legalidade, de há muito consagrado pelo Direito Administrativo e agora insculpido no art. 37, caput, da Carta de 1988³⁰.

28. Espera-se com a mesma desconfiança do padre que ouviu a confissão do cigano: “o cigano foi se confessar; mas o padre, precavido, começou por interrogá-lo sobre os mandamentos de Deus. Ao que o cigano respondeu: olhe aqui, seu padre, eu ia aprender isso, mas depois ouvi um zum-zum de que tinha perdido o valor” (cf. Ortega y Gasset, in *A Rebelião das Massas*, Livro Ibero-Americano, 1959, p. 182).

29. Cf. Pedro Nunes, in *Dicionário de Tecnologia Jurídica*, Freitas Bastos, 1961, II/301.

30. Cf. *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. RT, 15ª ed., p. 78.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

Este artigo não pode encerrar todas as regras de interpretação constitucional, compelidas, analisadas e explicadas pelo saudoso José Horácio Meirelles Teixeira, a cujo saber mais uma vez se pede socorro. Além de comentar, uma a uma, as doze regras de Black, a estas acrescenta outras três, servindo-se também da autoridade de Maximiliano. No que aqui interessa, é de toda a oportunidade lembrar: a) a norma constitucional deve ser interpretada de modo que ela possa alcançar os objetivos para os quais foi estabelecida; b) os dispositivos de uma Constituição são quase que invariavelmente imperativos; c) tudo quanto for necessário para tomar efetivo qualquer dispositivo constitucional – constitua ele proibição, restrição, ou uma concessão de poder – deve ser considerado implícito ou subentendido no próprio texto; d) não é permitido desobedecer, ou interpretar um dispositivo de modo a negar-lhe aplicação, somente porque possa ele parecer injusto; e) se eventualmente existir ambigüidade – o que não é o caso, diga-se de passagem –, deve-se ter em mente qual o mal que a Constituição pretendeu remediar; f) uma interpretação judicial, uma vez deliberadamente firmada, a respeito de um certo dispositivo – o que, agora é o caso –, não deve ser abandonada sem graves razões; g) não se admite interpretação estrita que entrave o escopo visado³¹.

Não há de passar despercebida a lição do clássico publicista Paolo Biscaretti Di Ruffia, ao lembrar que, ao critério histórico, além de outros, é claro, à razão de ser da norma, deve-se aditar “a sua *ocasio*, ou seja os motivos concretos que a ocasionaram”³², elemento de interpretação que é de grande valia, se usado com a necessária prudência e pesquisa isenta de paixão, a despeito de não contar com a simpatia de muitos.

8. Supressão de emenda proibitiva nos trabalhos constituintes

Excerto do r. voto do ilustre Min. Marco Aurélio expõe com clareza o cerne deste tópico:

Durante os trabalhos que desaguaram na Carta Política da República de 1988, houve idas e vindas quanto à matéria atinente à acumulação. Os trabalhos desenvolvidos pelas comissões temáticas levaram à proposição das seguintes normas:

Art. 87. É vedada a acumulação de cargos, funções públicas, empregos e proventos, exceto:

I - a de dois cargos de professor;

II - a de um cargo de professor com um técnico e científico;

III - a de juiz com cargo de magistério.

§ 1º Em qualquer dos cargos, a acumulação somente é permitida quando houver compatibilidade de horário e correlação de matéria.

31. Cf. *Curso de Direito Constitucional*, Forense Universitária, 1991, p. 275-281.

32. Cf. *Direito Constitucional*, trad. de Maria Helena Diniz, Ed. RT, 1984, p. 120-121.

Ministro Franciulli Netto

§ 2º A proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados quanto ao exercício de mandato eletivo, de magistério ou de cargo em comissão.

Sr. Presidente, houvesse sido agasalhada a proposta da Comissão formalizada em julho de 1987, eu não teria a menor dúvida em assentar que a Carta de 1988 proíbe a acumulação.

Todavia, isso não ocorreu, porque foi apresentada uma emenda supressiva, pelo constituinte Nelson Carneiro, Senador da República, no sentido da eliminação, do *caput* do art. 87, da palavra ‘proventos’ e o afastamento do § 2º, justamente aquele que cogitava da proibição de acumular proventos, abrindo exceções, e, ainda, transformando em parágrafo único o § 1º³³.

A perspectiva de análise que o problema oferece por esse ângulo, sem dúvida, é interessante. Mas, não o bastante, com a devida vênia, para abalar a posição aqui assumida: a uma, porque tudo o que foi arredado não infirmou a regra geral da proibição de remunerações; a duas, porque a vontade do legislador cede à vontade da lei.

Não se discute que a intenção do ilustre Senador tenha sido a de excepcionar o aposentado. Mas a forma usada não foi apta e hábil para o fim por ele colimado.

O argumento histórico serve – e dele já fez uso esta exposição – para melhor explicar a vontade da lei e, notadamente, os motivos concretos que a ocasionaram; é útil também para investigar a vontade do legislador; no entanto, em nome do argumento histórico, não há como fazer que a vontade do legislador se sobreponha à vontade da lei.

Ainda que se saiba o que tinham em mente os constituintes, “la respuesta que se obtenga no puede considerarse como absolutamente correcta, ya que el texto mismo puede contradecir lo que los constituyentes pensaron, como ocurre típicamente con las *open-ended provisions*. La ley puede ser más sabia que el legislador”. A lição ora transcrita é de Enrique Alonso Garcia, que adverte, em outro passo, “pues la intención de los constituyentes puede entrar en colisión con otras fuentes: el propio texto, la historia anterior (también incluso como intención del pueblo, no de los *framers* en el momento constituyente) o posterior, o cualquier otra fuente de interpretación”³⁴.

Caminhando pela mesma vereda, atalha Carlos Ignacio Massini, que “no le interesa al intérprete lo que quiso o no quiso decir el legislador, sino cuál es la pauta que permita la realización del derecho en concreto”, a que acrescenta, com

33. Cf. RT 721/307. O trecho transcrito está na p. 311.

34. Cf. *La Interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 140-141.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

apoio em Radbruch, que ao intérprete não pesa o ônus de perguntar o que sobre “ésto pensó el legislador”³⁵.

Derrama a luz de seu saber, ao qual junta autorizados ensinamentos de juristas aborígenes e alienígenas, o preclaro Min. Celso de Mello, rematando o capítulo com incisiva conclusão do saudoso Geraldo Ataliba: “a Constituição não é aquilo que o constituinte quis, mas o que resulta objetivamente de seu texto”³⁶.

9. Diversidade de títulos

O título que fundamenta a percepção de proventos é diverso do que estriba o recebimento de vencimentos, alardeiam alguns acólitos da acumulação. Ali já se trabalhou e há uma situação definida e consolidada; aqui, o que esteia a retribuição é uma nova relação jurídica de trabalho entre a Administração e o servidor.

Então – concluem os que assim pensam – não existe razão a empecer a acumulação.

Esse argumento, todavia, peca por excesso. Prova demais e, como tal, deve ser sempre aceito com reserva, uma vez que, por certo, acabará por não se harmonizar com as diversas situações que a realidade oferece.

Não incide no caso em tela justamente porque não conhece os próprios limites. Caso fosse possível albergá-lo, por esse prisma também seria perfeitamente normal a acumulação de cargos, funções ou empregos na atividade, o que se não pode admitir, exatamente porque a acumulação somente é possível nas hipóteses explicitamente excepcionadas.

Urge obtemperar: sobremaneira relevante não é a diversidade de títulos, mas sim a admissibilidade legal das acumulações. Ainda que diferentes os títulos, se proibida em lei, a acumulação remunerada não se justifica.

10. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e a boa-fé

Por derradeiro, não há cuidar de direito adquirido nem de ato jurídico perfeito, tampouco de boa-fé, para os servidores que se aposentaram sob a égide da CF de 1988.

O servidor, nessa situação, possui direito adquirido à aposentadoria, que estratifica um ato jurídico perfeito. É titular também do direito de prestar concurso

35. Cf. *La Prudencia Jurídica – Introducción a la Gnoseologia del Derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 67.

36. Cf. *RT 721/307*. O trecho em foco está nas p. 318-319.

público, a despeito de aposentado, o que pode constituir-se em um ato jurídico perfeito e acabado, igualmente.

Não fica, contudo, protegido nem pelo manto do direito adquirido nem do ato jurídico perfeito, *no tocante à acumulação remunerada*, porque repudiada pela Carta Política em vigor, que, como foi dito à exaustão, consagrou a regra tradicional.

Se a acumulação, quando se realizou o fato capaz, em tese, de gerar o direito adquirido, já era proscribida pela Constituição, não há direito a ser protegido. O direito adquirido, antes de ser adquirido, tem de ser um direito subjetivo já incorporado ao patrimônio do respectivo titular e amparado pelo direito objetivo.

A proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e consumado, segundo a lei vigente, e à coisa julgada, nos termos do art. 3º da LICC, é uma defesa contra a retroatividade das leis, na lição sempre perene de Clóvis³⁷. Se o fato operou-se ou vier a operar-se sob a égide da atual Constituição, não haverá a retroação da norma constitucional examinada, que proíbe a acumulação. (Art. 37, inc. XVI)

Se ao tempo da aposentadoria a legislação vigente não autorizava a acumulação, ainda que de fato dela tenha o servidor se beneficiado, não nasceu, não cresceu, não se aperfeiçoou e tampouco se consumou qualquer direito. Nesse diapasão, a qualquer tempo pode quem de direito fazer cessar essa situação de fato, que desafia a norma constitucional³⁸.

Despiciendo o apelo à boa-fé que eventualmente possa informar o servidor que estiver, nessa situação irregular, acumulando proventos e vencimentos.

A boa-fé poderá ser aferida para eventual repetição do indébito ou coisa que o valha. Aqui, entretanto, ela não entra com força suficiente para contrapor-se à ordem de cessação da acumulação e com a virtude de absterger o pecado original de uma acumulação espúria.

11. A situação do militar reformado

A situação do militar reformado não é diferente daquela do servidor civil aposentado. Quando se quis excepcionar, com apoio no art. 42, § 3º, da CF, no sentido de que a única restrição ao militar para ter acesso a cargo público civil era a de ser transferido para a reserva, o fundamento não encontrou eco no

37. Cf. *Código Civil Comentado*, Ed. Paulo de Azevedo, 1959, Vol. I, p. 76-77.

38. No magistério de Meirelles Teixeira, em seus *Estudos...*, op. cit., p. 297, “o que há são leis *retroativas* ou *não retroativas*” (grifos originais), depois de invocar Duguit, que em conferência realizada na Universidade do Cairo, em 1926, enfatizou: “Dentro de poucos meses fará meio século que ensino Direito. E até hoje não sei o que seja direito adquirido”.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

Pretório Excelso. Foi rebatido com a precisão de sempre pelo relator, o ilustre Min. Moreira Alves: “o problema da acumulação de proventos com vencimentos, quer se trate de servidor público militar quer se trate de servidor público civil, se disciplina constitucionalmente de modo igual”, depois de dizer que o dispositivo invocado não vai mais além do que pura e simplesmente proibir que se acumule na atividade posto (cargo militar) com cargo público civil permanente³⁹.

12. Críticas à posição adotada pela Constituição

Poder-se-ia dizer que a CF/88 foi excessivamente rigorosa, em relação aos aposentados, ao não albergar a norma contida no art. 99, § 4º, da Carta Política anterior, transcrita nesta dissertação no item 2.

Essa ponderação, em princípio, chega a sensibilizar.

Depois da necessária reflexão, a inferência é a de que, reproduzido esse dispositivo, as possíveis vantagens seriam certamente neutralizadas e, quiçá, superadas pelos inevitáveis abusos que daí brotariam, como bem o demonstra a nossa História.

Deixando de lado a acumulação em relação ao exercício de mandato eletivo, matéria disciplinada no art. 38 da atual CF, aspecto que exorbita da bitola traçada para esta exposição, convém lembrar que permitir a acumulação, quanto a um cargo em comissão, é expedir alvará em branco: muitos, indiscutivelmente, usá-lo-ão com o respeito que merece o interesse público e em benefício deste; outros, contudo, dele se servirão para fins que não podem ser propriamente chamados de fins nobres, se for levado em conta o fim social e o bem comum.

No concernente a contrato para prestação de serviços técnicos e especializados, sabem-no todos que isso se constitui em imensa válvula para a lei infraconstitucional pintar e bordar.

A permissão de acumulação para juízes e membros do MP, com um cargo ou uma função de professor, é vantajosa tanto para o ensino como para a carreira principal, desde que esta não sofra as conseqüências de excessiva carga horária de aulas.

Quanto aos professores, não são ouvidas críticas que mereçam melhor atenção; já a mesma coisa não se dá com os médicos, por afirmarem muitos ser difícil o desempenho normal de dois cargos privativos de médico. Reina polêmica a esse respeito. Consideradas a extensão territorial do Brasil, a natureza, a relevância dos serviços prestados e as peculiaridades de cada região, não é de bom conselho emitir juízo de valor, sem uma aferição mais profunda e cuidadosa do problema, que, nada obstante, terá de ser um dia reavaliado.

(39) Cf. RT 721/307; o trecho transcrito é da p. 309.

Chega-se, por fim, às exceções abertas pelo art. 17, §§ 1º e 2º, do ADCT. Nesse ponto, procedentes as críticas deduzidas por Adílson Abreu Dallari, em sua bem elaborada monografia⁴⁰, conquanto não tenham ainda nossos intérpretes, de modo geral, abonado a tese da existência de inconstitucionalidade intrínseca de normas constitucionais⁴¹, ainda que contidas nas denominadas “Disposições Transitórias”.

A propósito, este expositor já defendeu a inaplicabilidade (não a inconstitucionalidade) do art. 33 do ADCT às hipóteses previstas no art. 5º, inc. XXIV, da CF/88⁴². Passados seis anos, não se arrepende de tê-lo feito. O inacreditável facilitário (pagamento de uma indenização que deveria ser justa e prévia em oito parcelas anuais!), de regra, não resolveu os problemas do Erário Público, mas com certeza lançou não poucos expropriados na rua da amargura.

Há fundadas esperanças de que um dia as “Disposições Transitórias” sejam interpretadas dentro da finalidade precípua a que se destinam, segundo, por exemplo, o douto ensinamento de José Horácio Meirelles Teixeira⁴³.

Seja como for, no entanto, a orientação adotada pela CF/88 é, de modo geral, salutar. A vedação de acumulações, como regra geral, pode, eventualmente, no varejo, causar algumas injustiças; mas, no atacado, é de grande conteúdo ético e social, contribuindo, na parte que lhe toca, para a concretização dos princípios insculpidos no *caput* do art. 37 da Carta Política. Haveria possível farisaísmo na defesa dessa posição, caso partissem os ataques às acumulações ilegais de pessoas que, as criticando, a um tempo, delas se beneficiassem. Isso, à evidência, não é o que se dá com inúmeros homens públicos investidos em nobilitantes cargos, cujos exemplos são dignos de imitação.

13. Conclusão

É hora de terminar.

Tudo leva a crer que a partir da r. decisão do Excelso STF, contida no RE 163.204-6, de São Paulo, aos frutos já colhidos com os atos administrativos que com a seiva dela foram plasmados, acima rememorados (item I), outros deverão adir, uma vez que chegou a hora de atacar de rijo e de uma vez um dos males que herdamos desde os primevos tempos coloniais.

(40) Cf. op. cit., p. 79.

(41) Cf. Otto Bachof, autor da monografia denominada *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, trad. de José Manuel M. Cardoso da Costa, Atlântida Editora, Coimbra, 1977.

(42) Cf. RT 659/230.

(43) Cf. *Curso...*, op. Cit., p. 367-369.