

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7.166 - DF (2000/0097643-1)

RELATOR : MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO
IMPETRANTE : HÉLIO LIMOEIRO JUNIOR
ADVOGADO : ITAMAR FERREIRA DE LIMA
IMPETRADO : ADVOGADO GERAL DA UNIÃO

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE VENCIMENTOS COM PROVENTOS. IMPOSSIBILIDADE. CARGOS NÃO ACUMULÁVEIS NA ATIVIDADE. SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98. EXCEÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 11. INAPLICABILIDADE.

1. *"A acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição. C. F., art. 37, XVI, XVII: 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, CF/88, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era no sentido da impossibilidade da acumulação de proventos com vencimentos, salvo se os cargos de que decorrem essas remunerações fossem acumuláveis. " (Plenário do Supremo Tribunal Federal, RE nº 163.204/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, in DJ 31/3/95).*

2. **A vedação constitucional para a percepção cumulativa de proventos com vencimentos na atividade sempre existiu**, sendo certo que a Emenda Constitucional nº 20 98, ao introduzir o parágrafo 10 no artigo 37 da Constituição da República, apenas transformou o entendimento jurisprudencial consubstanciado na interpretação do artigo 37, incisos XVI e XVII, e do artigo 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição da República em texto constitucional.

3. Pretendendo o impetrante a acumulação dos vencimentos de Advogado da União de 2ª Categoria com os proventos de Juiz Federal, cargos inacumuláveis na atividade (artigo 37, inciso XVI, da Constituição da República), não há falar em direito líquido e certo amparável pelo presente *mandamus*.

4. Em estando o impetrante em atividade e não tendo sido ainda empossado no cargo que pretendia acumular com os seus proventos, é de se afastar a incidência do artigo 10 da Emenda Constitucional nº 20 98. cuja exigência é a de que o servidor tenha ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, até a data de sua publicação.

5. *"Esta Corte tem decidido, inúmeras vezes, que o funcionário tem direito adquirido a, quando aposentar-se, ver os seus proventos calculados em conformidade com a legislação vigente ao tempo em que preencheu os requisitos necessários para a aposentadoria, mas não possui direito adquirido ao regime jurídico que foi observado para o cálculo do montante dos proventos*

Superior Tribunal de Justiça

quando da aposentadoria, o que implica dizer que, mantido esse *quantum*, tal regime pode ser modificado pela legislação posterior. " (RE nº 92.638/SP, Relator Ministro Moreira Alves, in DJ 18 8/80).

6. Não existe direito adquirido a regime jurídico único, mormente se se pretende o reconhecimento de um direito à acumulação de proventos a que não faz jus o servidor, porque em atividade, com vencimentos de cargo em que não está investido, e que, de qualquer modo, é inacumulável com o da função presentemente exercida.

7. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Edson Vidigal, Vicente Leal, Fernando Gonçalves, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Jorge Scartezzini. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2001 (Data do Julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca
Presidente

Ministro Hamilton Carvalhido
Relator

MANDADO DE SEGURANÇA N° 7.166 - DF (2000/0097643-1)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO:

Mandado de segurança impetrado por Hélio Limoeiro Júnior contra o Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, objetivando a invalidação de ato que condicionou a sua posse no cargo de Advogado da União de 2ª Categoria à assinatura de um *Termo de Opção*", documento este que o obriga a optar pelos vencimentos do cargo em que será empossado, renunciando aos proventos de aposentadoria que porventura seja titular.

São estes os fundamentos da impetração do **mandamus**:

"(...)

2. O impetrante é Juiz Federal atual titular da 4ª Vara de Santos - SP, tendo, nessa qualidade, preenchido, em 22.10.97, todos os requisitos estabelecidos no art. 92, VI (então vigente), da Constituição Federal, para a obtenção da sua aposentadoria facultativa e com proventos integrais (certidão junta).

3. Nessa condição e tendo em vista a inexistência, até então, de proibição constitucional ou legal de acumulação de proventos e vencimentos, bem como o fato de que tramitava, à época, a Proposta de Emenda Constitucional n° 33, de 1995, relativa à reforma da previdência, onde se ressaltava o direito à referida acumulação, caso preexistente, inscreveu-se o impetrante no concurso público para o preenchimento de vagas de Advogado da União de 2ª Categoria, obtendo aprovação e tendo sido nomeado por ato (Portaria n° 25, de 07.01.2000) do impetrado e lotado na Procuradoria da União no Estado do Rio de Janeiro por ato (Portaria n° 55, de 28.01.2000) também da mesma autoridade (cópias anexas), com posse designada para o dia 07.02.2000.

4. Ocorre que, no curso do processo seletivo - iniciado com a publicação do respectivo edital (Edital ESAF n° 6/98, in DOU de 13.02.98), seguida de sua aceitação, com a inscrição do candidato, ora impetrante, deferida administrativamente, momento em que se aperfeiçoou a relação jurídica candidato/Administração, tornando-se estáveis, fixas e definitivas as regras do certame para provimento dos referidos cargos, e só mesmo depois de realizadas as suas provas (19.07.98, 05 e 06.12.98) - deu-se a promulgação, em 15.12.98, da Emenda Constitucional n° 20 (Reforma da Previdência), que, introduzindo parágrafo (10º) ao artigo 37 da Carta Federal, passou a vedar a percepção simultânea de proventos e vencimentos, ressaltando, entretanto, como já noticiado, o direito à mesma acumulação daqueles que nessa situação se achavam (art. 11).

5. Fundado, então, nessa nova regra e fazendo referência ao Decreto n° 2.027/96 (que, aliás, é absolutamente inconstitucional, porque cria restrições a direitos sem apoio em lei de qualquer espécie), condiciona a digna autoridade impetrada a posse no cargo de Advogado da União de 2ª Categoria à assinatura, pelo candidato nomeado, de um 'Termo de Opção' (cópia anexa), documento esse em que este último é obrigado a optar pelos vencimentos do novo cargo em que será empossado, com renúncia aos proventos de aposentadoria de que porventura for titular.

6. Esse condicionamento, todavia, fere, entre outros, o princípio geral de direito da não retroatividade, porque traduz tentativa de aplicação retroativa de regra constitucional restritiva de direitos, fazendo-a incidir sobre o concurso público em questão, regido, insista-se, pelo ordenamento jurídico vigente quando do seu início (época da publicação do edital e deferimento das inscrições), não, é evidente. pelas editadas posteriormente, como a da espécie, modificativas das condições antes

Superior Tribunal de Justiça

impostas e aceitas por candidato e Administração, para o processamento do certame e provimento das vagas existentes.

(...)

10. Assim, se o Impetrante, visando acumular proventos e vencimentos, teve sua inscrição no concurso em tela requerida e deferida em época em que inexistia restrição de qualquer espécie àquela mesma acumulação de remunerações, claro que a sua superveniência não retroage para alcançar processo de provimento de cargos públicos de que participou, com regras consolidadas no seu início e resguardadas, insista-se, pelos princípios da vinculação, da não retroatividade, da moralidade administrativa e pelo sobreprincípio da segurança jurídica.

(...)

12. Alerta-se, concluindo, para o fato de que não se está aqui buscando proteção para simples expectativa, que se sabe inexistir, à nomeação ou à posse, mas, isto sim, a declaração judicial de verdadeiro direito do candidato, qual seja, o de ver serem observadas as 'regras do jogo' do qual participou, sem mudanças no seu curso, ou, noutra ótica, que as novas regras e mudanças não alcancem esse jogo (eficácia não retroativa), limitando-se aos iniciados após sua edição (eficácia imediata), o que obriga seja reconhecida judicialmente, **é o pedido**, a invalidade do ato coator, determinando-se autorize a eminente autoridade impetrada a posse do impetrante no cargo de Advogado da União de 2ª Categoria, imediatamente após a aposentadoria a que já faz jus, sem que tenha que firmar o Termo de Opção em consideração e com a possibilidade de acumular proventos e vencimentos. " (fls. 217).

Os autos foram inicialmente distribuídos ao Juízo da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que deferiu medida liminar para o fim de determinar a reserva de vaga do impetrante.

As informações foram prestadas às fls. 48/62 dos autos.

A Procuradoria da República no Distrito Federal se manifestou pela denegação da ordem, em parecer sumariado da seguinte forma:

"CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS. CARGOS INACUMULÁVEIS NA ATIVIDADE.

Mesmo antes da edição da norma veiculada no Parágrafo 10º do Art. 37 da Constituição Federal via Emenda Constitucional nº 20/99, já existia proibição legal à pretendida acumulação de vencimentos com proventos (pois, in casu, se trata de cargos inacumuláveis de acordo com o regramento constitucional), sendo firme a Jurisprudência do Excelso Pretório no sentido da inviabilidade da acumulação pretendida.

Parecer pela denegação da segurança. " (fl. 65).

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "b", da Constituição da República, o Juízo Federal declinou de sua competência para esta Corte Superior de Justiça.

Os autos foram distribuídos ao eminente Ministro Jorge Scartezini, que declarou-se suspeito para apreciar o **mandamus**, vindo-me os autos conclusos.

Solicitadas novas informações, a autoridade apontada como coatora limitou-se a ratificar aquelas apresentadas no Juízo de primeiro grau.

O Ministério Público Federal, nesta sede, opinou pela denegação da ordem.

Superior Tribunal de Justiça

É o relatório.



VOTO

O SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (RELATOR):

Senhor Presidente, pretende o impetrante, em última análise, acumular os vencimentos de Advogado da União de 2ª Categoria, cargo em que foi nomeado após regular aprovação em concurso público, com os proventos de Juiz Federal, cargo que exerce atualmente, "(...) tendo, nessa qualidade, preenchido, em 22.10.97, todos os requisitos estabelecidos no art. 92. VI (então vigente), da Constituição Federal, para a obtenção de sua aposentadoria facultativa e com proventos integrais (certidão junta)." (fl. 2).

É que no momento de sua posse no cargo de Advogado da União de 2ª Categoria, lhe foi exigida a assinatura de um "Termo de Opção", cujos termos são os seguintes:

"TERMO DE OPÇÃO

Em vista do disposto no art. 37, § 10, da Constituição Federal e no Decreto nº 2.027, de 11 de outubro de 1996, opto pela remuneração do cargo de Advogado da União de 2ª Categoria, ficando sem perceber os proventos de aposentadoria no cargo (ou posto) de

_____ do quadro de pessoal

_____. "(fl. 23).

A questão da possibilidade de acumulação de proventos com vencimentos, há muito, já registra precedentes no âmbito dos Tribunais Superiores.

Com efeito, sob a égide da Constituição anterior, o Excelso Supremo Tribunal Federal havia já se posicionado no sentido de que a acumulação de proventos e vencimentos somente seria permitida na hipótese de cargos, funções ou empregos legalmente acumuláveis na atividade. Nesse sentido: AgRgAg nº 83.917/SP, Relator Ministro Djaci Falcão, *in* DJ 9/10/81; RE 81.729/SP, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, *in* DJ 19/9/75).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, tal entendimento foi preservado, como se recolhe do acórdão proferido pelo Pleno do Pretório Excelso, no julgamento do RE nº 163.204/SP, julgado em 9 de novembro de 1994, em que foi Relator o eminente Ministro Carlos Velloso:

"CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROVENTOS E VENCIMENTOS: ACUMULAÇÃO. CF., art. 37, XVI, XVII.

I. - A acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição. CF., art. 37, XVI, XVII; 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, CF/88, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era no sentido da impossibilidade da acumulação de proventos com vencimentos, salvo se os cargos de que decorrem essas remunerações fossem acumuláveis.

II. - Precedentes do STF: RE 81.279-SP. ERE 68.480, MS 19, 902, RE 77.237-SP, RE 76.241-RJ.

III-R. E. conhecido e provido. "(in DJ 31/3/95).

Superior Tribunal de Justiça

Posteriormente, no julgamento do MS 22.182/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reiterou o entendimento anteriormente adotado no "leading case", RE nº 163.204/SP, **verbis**:

"Mandado de segurança. Validade do ato administrativo desta Corte que condicionou a posse de oficial da reserva remunerada do Exército, no cargo de Técnico Judiciário do Quadro da Secretaria do Tribunal, à renúncia concomitante aos proventos da reserva remunerada.

- O Plenário desta Corte, recentemente, ao julgar o RE nº. 163.204, firmou o entendimento de que, em face da atual Constituição, não se podem acumular proventos com remuneração na atividade, quando os cargos efetivos de que decorrem ambas essas remunerações não sejam acumuláveis na atividade.

- improcedência da alegação de que, em se tratando de militar que aceita cargo público civil permanente, a única restrição que ele sofre é a prevista no § 3º do artigo 42: a de ser transferido para a reserva. A questão 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: os proventos não podem ser acumulados com os vencimentos.

- Não sendo os proventos resultantes da reserva remunerada acumuláveis com os vencimentos do cargo de técnico judiciário, se o impetrante quiser tomar posse neste, deverá necessariamente optar por sua remuneração, porquanto não se pode exercer cargo público gratuitamente, o que implica dizer que terá de renunciar à percepção dos proventos resultantes da inatividade militar.

Mandado de segurança indeferido. " (in DJ 10/8/95).

In casu, o impetrante está em que a vedação da percepção cumulativa de vencimentos e proventos somente veio à luz com a publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, que introduziu o parágrafo 10 ao artigo 37 da Constituição Federal, sendo incabível a aplicação retroativa do dispositivo constitucional, por já estar aperfeiçoada a relação jurídica candidato com o deferimento de sua inscrição no certame.

Não lhe assiste razão, contudo.

É que como já foi visto, o entendimento preconizado pelo Pretório Excelso, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, é o de que é vedada a acumulação de proventos e vencimentos na atividade, salvo em relação a cargos acumuláveis na atividade.

Tem-se, assim, que diversamente do alegado pelo impetrante, **a vedação constitucional para a percepção cumulativa de proventos com vencimentos na atividade sempre existiu**, sendo certo, como é, que a Emenda Constitucional nº 20/98, ao introduzir o parágrafo 10 no artigo 37 da Constituição da República, apenas transformou o entendimento jurisprudencial consubstanciado na interpretação do artigo 37, incisos XVI e XVII, e do artigo 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição da República em texto constitucional.

Desse modo, pretendendo o impetrante a acumulação dos vencimentos de Advogado da União de 2ª Categoria com os proventos de Juiz Federal, cargos inacumuláveis na atividade (artigo 37, inciso XVI, da Constituição da República), não há falar em direito líquido e certo amparável pelo presente **mandamus**.

Superior Tribunal de Justiça

Gize-se, de resto, que a exceção prevista no artigo 11 da Emenda Constitucional nº 20/98 não tem incidência na espécie.

Veja-se, a propósito, a letra do dispositivo constitucional supramencionado:

"Art. 11. A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos. servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo. " (nossos os grifos).

No caso concreto, o próprio impetrante dá conta de que atualmente é Juiz Federal, titular da 4ª Vara de Santos/SP, vale dizer, **ainda não houve a sua aposentação no referido cargo**. Informa, ainda, que não tomou posse no cargo de Advogado da União de 2ª Categoria, porque recusou-se a assinar o "Termo de Opção" exigido pela autoridade apontada como coatora, ou seja, **ainda não ingressou novamente no serviço público**. Desse modo, em estando o impetrante em atividade e não tendo sido ainda empossado no cargo que pretendia acumular com os seus proventos, é de se afastar a incidência do artigo 10 da Emenda Constitucional nº 20/98, cuja exigência é a de que o servidor tenha ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, até a data de sua publicação.

Veja-se, por todos, o seguinte precedente jurisprudencial:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS COM VENCIMENTOS. CARGOS ACUMULÁVEIS NA ATIVIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DA EC-20/98. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE.

1. *A acumulação de proventos com vencimentos somente é possível quando se tratar de cargos acumuláveis na atividade. Precedente.*

2. *Controvérsia acerca da natureza jurídica do novo cargo a ser exercido pelo servidor inativado. Impossibilidade da questão ser reapreciada nesta instância extraordinária. Súmula 279-STF.*

3. *Superveniência da EC-20/98. Inaplicabilidade à espécie, porquanto a agravante não tomou posse no cargo pretendido. A ressalva contida na norma constitucional somente alcança aqueles que tenham ingressado novamente no serviço público por concurso de provas ou de provas e títulos e pelas demais formas nela previstas.*

Agravo regimental não provido. " (AgRgRE 245.200/SP. Relator Ministro Maurício Corrêa, *in* DJ 2/3/2001).

Gize-se, de resto, que não existe direito adquirido a regime jurídico único, mormente se se pretende o reconhecimento de um direito à acumulação de proventos a que não faz jus o servidor, porque em atividade, com vencimentos de cargo em que não está investido, e que, de qualquer modo, é inacumulável com o da função presentemente exercida. Nesse sentido, vale anotar, por todos, o seguinte precedente jurisprudencial:

Superior Tribunal de Justiça

"Proventos - Direito adquirido.

- Esta Corte tem decidido, inúmeras vezes, que o funcionário tem direito adquirido a, quando aposentar-se, ver os seus proventos calculados em conformidade com a legislação vigente ao tempo em que preencheu os requisitos necessários para a aposentadoria, mas não possui direito adquirido ao regime jurídico que foi observado para o cálculo do montante dos proventos quando da aposentadoria, o que implica dizer que, mantido esse quantum, tal regime pode ser modificado pela legislação posterior.

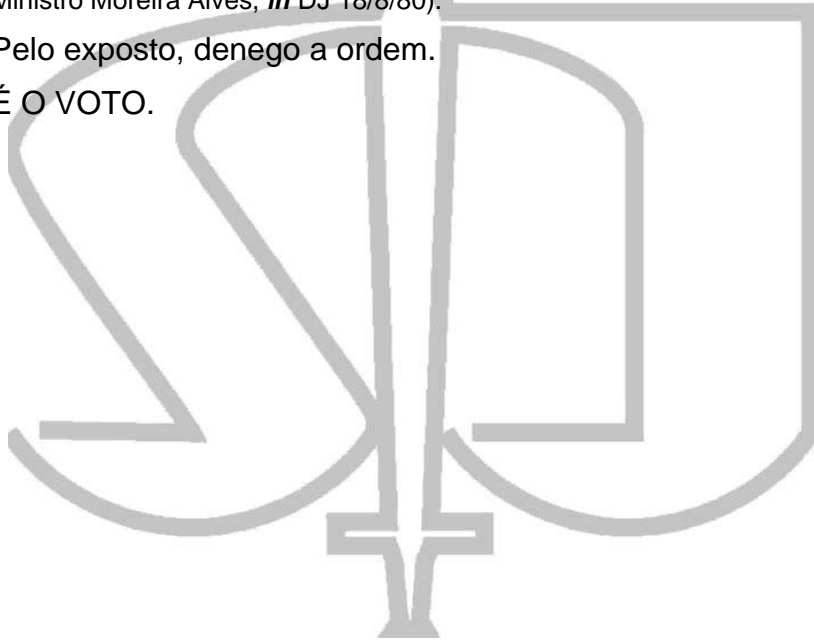
- No caso, o ora recorrido não tem, portanto, direito adquirido a ter seus proventos reajustados em nível de cargo reclassificado em que não seria enquadrado se estivesse em atividade, pela circunstância de que o atual cargo de enfermeiro exige diploma de curso superior requisito que o ora recorrido não preenche.

- Ocorrência, na espécie, de negativa de vigência do dispositivo constitucional aplicável: o artigo 102, § 2º, da Constituição Federal.

recurso extraordinário conhecido e provido. " (RE nº 92.638/SP, Relator Ministro Moreira Alves, *in* DJ 18/8/80).

Pelo exposto, denego a ordem.

É O VOTO.



Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2000/0097643-1

MS 7166 / DF

NÚMERO ORIGEM: 0034000026953

PAUTA: 28/11/2001

JULGADO: 28/11/2001

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAMILTON CARVALHIDO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOSÉ ARNALDO DA FONSECA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO**

Secretário

Bel **CLÉCIO ALVES DE FRANÇA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HÉLIO LIMOIEIRO JÚNIOR
ADVOGADO : ITAMAR FERREIRA DE LIMA
IMPETRADO : ADVOGADO GERAL DA UNIÃO

ASSUNTO : Administrativo- Concurso Público - Posse

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Edson Vidigal, Vicente Leal, Fernando Gonçalves, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Jorge Scartezzini.

Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 28 de novembro de 2001

CLÉCIO ALVES DE FRANÇA
Secretário