

Os hermeneutas da intransigência desacumuladora

CORRÊDIO MONTEIRO DA SILVA

Do Instituto dos Advogados Brasileiros
e do Instituto dos Advogados do Distrito Federal

O eminente jurista brasileiro OROZIMBO NONATO que, em sua vida laboriosa de profissional do Direito, alçou-se ao cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, aduziu, certa feita, por ocasião de um julgamento de que era relator, ser levado a concluir, pela constância dos juizes dos ilustres patronos das partes interessadas, que havia dois tipos de sentença ou decisão: uma, jurídica, brilhante, douta, sábia, inatacável; outra, *data venia*. Embora fossem ambas respeitáveis, por sem dúvida.

A locução latina só por si bastava para demonstrar o inconformismo ou qualquer restrição a um entendimento que não parecesse o melhor, o mais justo, o mais adequado. Era, assim, um entendimento *data venia*...

Não foi outra a reação de muitos profissionais do Direito (nem tanto, por vezes, mas simples pessoas sensatas) ao saberem que candidatos aprovados no concurso público para Juiz Federal Substituto, que estivessem aposentados por tempo de serviço, fossem obrigados a fazer *opção* pelos proventos da aposentadoria ou pela remuneração do cargo. A respeitável decisão administrativa foi no sentido de que os candidatos aprovados deveriam, ao tomarem posse no cargo, *renunciar* aos proventos da aposentadoria que tivessem.

De logo nos surgiu a questão: que inconveniente existirá para a Justiça que candidatos aposentados, devidamente aprovados em concurso público, ingressem na magistratura? Se lograram democraticamente passar no concurso é porque são os melhores, quando não faltou oportunidade para quantos mais interessados serem aprovados; por isso mesmo não houve preterição de ninguém.

Sabe-se que são antigos servidores do mais alto gabarito intelectual, recentemente aposentados, com largo trato nos misteres da Justiça. Não é bom que a administração aproveite essas competências? Estará certo que se proíba alguém de trabalhar após aposentar-se por tempo de serviço, quando ele

se apresenta em perfeita forma física, intelectual, mental para continuar a produzir, ao invés de retornar às praias para queimar a sua ociosidade ao sol dos trópicos?

E como fica o postulado constitucional que diz que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"? E que lei é essa que obriga o servidor legalmente aposentado a renunciar a sua aposentadoria, conquistada após tanto tempo de efetivo serviço, para poder continuar trabalhando honestamente?

Não é "livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", de acordo com o que preceitua a nossa Constituição? E a renúncia forçada não viciará a opção feita pelo servidor, com possíveis conseqüências jurídicas futuras?

Não poderá ocorrer que, havendo uma renúncia espontânea, o candidato empossado requeira sua aposentadoria logo a seguir no cargo em que se empossou, contando o tempo que lhe ensejou a aposentadoria que renunciara? Isso interessaria à administração? E já não existem antecedentes nesse sentido a onerarem os cofres públicos?

O eminente Juiz Hermenito Dourado, muito digno e honrado Presidente do egrégio Tribunal Regional Federal, quando ainda advogava, patrocinou com invulgar proficiência e brilho uma causa em que defendeu, perante o Supremo Tribunal Federal, a tese que girava exatamente em torno de um aposentado pelo Instituto do Açúcar e do Alcool. Aduziu, então, Sua Excelência que a veneranda decisão recorrida, da colenda Terceira Turma do antigo Tribunal Federal de Recursos (que proibiu o Recorrente, aposentado, exercer cargos públicos legalmente acumuláveis), *data venia* (dizia Sua Excelência) contrariou o artigo 153, § 2º, da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". E o ilustre advogado acrescentou: "Não há lei que proíba a coexistência de proventos pagos pelo INPS com a remuneração pelo exercício de cargo público, como no caso do Recorrente; logo, proibir-lhe essa coexistência significa negar-lhe a citada garantia constitucional".

Argumentou, ainda: "Posta assim a questão nos seus devidos termos, facilmente se conclui que a veneranda decisão recorrida, *data venia*, *assentou-se em premissa equivocada* quando compeliu o recorrente a desacumular os proventos de sua aposentadoria previdenciária da remuneração dos dois cargos que exerce".

Mutatis mutandis...

O Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Sousa, muito digno Subprocurador-Geral da República, em parecer dado a 15 de julho de 1993 no Recurso Extraordinário n° 163.204-6/210, São Paulo, concluiu que "no inciso XVI do art. 37 da Constituição, que estabelece o princípio da incompatibilidade de cargos públicos, está compreendida a vedação de acumulação de aposentadoria em cargo público com a exceção de outro cargo público, vedação que se aplica a todas as espécies de acumulação, submetida a uma única

exceção: quando se tratar de acumulação que seria lícita também na atividade (letras *a*, *b* e *c* do inciso XVI do art. 37, CF/88)".

Ora, esse mesmo ilustre Subprocurador-Geral da República ainda há pouco pensava diferentemente, ao emitir parecer no Mandado de Segurança nº 16/89-DF, de que foi relator o eminente Ministro Américo Luz. Nessa oportunidade, aduziu Sua Excelência o seguinte:

"A nova Constituição, ao mesmo tempo que tornou ilícita a acumulação de cargo público com emprego em fundação, criou o direito à aposentadoria, aos trinta anos de serviço, se homem, com proventos proporcionais a esse tempo. O impetrante foi alcançado, ao mesmo tempo, pelas duas regras. A incidência, concomitante, das duas formas constitucionais está a sugerir uma interpretação que dê eficácia às suas disposições. Portanto, a acumulação do cargo público com emprego na fundação tornou-se ilícita com a vigência da atual Constituição, mas ao impetrante, desde que preencha os demais requisitos legais, deve ser reconhecido o direito de obter aposentadoria por tempo de serviço, proporcional, do cargo público."

E acrescentou:

"Por outro lado, *diante da nova Constituição, não há mais a proibição de acumular proventos com vencimentos de cargo, emprego ou função.* Comentando o capítulo pertinente da Constituição atual, José Afonso da Silva concluiu: 'Igualmente, não é mais proibido acumular proventos com vencimentos de cargo, emprego ou função. Significa que o servidor aposentado ou mesmo em disponibilidade poderá exercer qualquer cargo, emprego ou função pública sem restrição alguma, recebendo cumulativamente seus proventos da inatividade com os vencimentos da atividade assumida.'" (In: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo. Editorial Revista dos Tribunais, 1989, 5ª ed. revista e ampliada, de acordo com a nova Constituição, p. 577.)

Para deste modo concluir:

"A portaria questionada, ao estabelecer que a opção por um cargo ou emprego importa necessariamente em pedido de exoneração, demissão ou dispensa de outro cargo ou emprego, sem ressaltar a hipótese em que o servidor poderá extinguir a acumulação por outro modo (a aposentadoria, por exemplo), ofende, *data venia*, direito líquido e certo do impetrante."

Pois bem, o colendo Superior Tribunal de Justiça acatou *in totum* o bem argumentado Parecer nº 98/89 do Subprocurador-Geral da República (o mesmíssimo Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Sousa) e concedeu, por unanimidade, a segurança, em 31 de outubro de 1989. Decisão justa, muito justa, justíssima!

Aliás, matéria idêntica já foi decidida até mesmo pelo colendo Tribunal de Contas da União, que examina, como se sabe, a legalidade das aposentadorias. A propósito da consulta feita pelo Exmº Sr. Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, a respeito de matéria semelhante (TC-3.363/89-9, grupo II, classe I), sendo relator o Exmº Sr. Ministro Bento José Bugarrn, decidiu aquela egrégia Corte de Contas, em sessão plenária de 20 de novembro de 1991: “*Ante todas as ponderações formuladas e sob qualquer prisma por que se considere a questão, entendemos que a Constituição Federal de 1988 não proíbe a acumulação de proventos com os vencimentos da atividade assumida.*”

No Mandado de Segurança nº 3.307/93, impetrado por Iram de Lima e José Guilherme de Sousa contra ato do Exmº Sr. Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, sob a alegação de se sentir ameaçado de ter impedida sua posse no cargo de Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal, depois de prévia habilitação em concurso público de provas e títulos e de haver sido assinada e publicada a portaria de nomeação, sendo relator o Exmº Sr. Desembargador Campos Amaral, foi concedida a segurança, dentro da mesma linha do parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça, assim ementado:

“Mandado de segurança. Cumulação de proventos com vencimentos. Inexistência de vedação legal ou constitucional. Segurança deferida.

I — Não existe norma legal ou constitucional vedando a acumulação de proventos de aposentadoria com vencimentos decorrentes de nova investidura em cargo público.

II — É, portanto, ilegal a disposição editalícia que exige, do candidato aprovado no concurso público para provimento de cargo de Juiz de Direito Substituto, declaração de não acumulação de proventos como condição para a posse no cargo.”

Assim é que, com o advento da Constituição de 1988, a matéria tornou-se mais clara, mais convincente, conforme tivemos oportunidade de registrar em trabalho publicado em 1989 por esta *Revista de Informação Legislativa*:

“Quando da redação da atual Constituição (Comissão de Sistematização), houve uma pretensão isolada, que não prosperou, de se editar a palavra “proventos” ao que ora se consubstancia no inciso XVI do art. 37 — “É vedada a acumulação remunerada de cargos, funções públicas, empregos e *proventos*, na administração direta e indireta” etc. Prevaleceu o bom senso pela palavra respeitável do eminente Senador Nelson Carneiro, que, na mesma Comissão de Sistematização, apresentou a Emenda nº 19.194, supressiva, para que fosse eliminada do dispositivo a palavra *proventos*, havendo o parecer do relator sido concebido nos seguintes termos: “Con-

cluimos pela aprovação da emenda por considerarmos, como o autor, medida do mais elevado espírito de justiça." E, se prosperasse, muitos Deputados ou Senadores já não poderiam exercer suas altas funções uma vez aposentados, e a administração pública se converteria em verdadeiro caos, com a impossibilidade de recrutar, para seu serviço, aposentados experientes que, de há muito, lhe vêm dando efetiva colaboração."

Observa, agora, a obsessão desacomuladora que esse argumento não vale para a exegese jurídica, visto que o que verdadeiramente importa é o que está expresso no texto do preceito legal ou constitucional. Com efeito, mas estamos com Carlos Maximiliano quando diz que "a interpretação é uma só, não se fraciona, executa-se por vários processos": "Não é de rigor que se empreguem todos os processos simultaneamente; pode um dar mais resultado do que outro em determinado caso; o que se condena é a supremacia absoluta de algum, bem como a exclusão sistemática de outro. Cada qual tem o defeito das suas qualidades; é em tirar de cada processo o maior proveito possível, conforme as circunstâncias do caso em apreço, que se revela a habilidade e a clarividência do intérprete." (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 12ª ed., p. 127.) E o grande mestre Carlos Maximiliano não desdenha esses *materiais legislativos* como elemento de hermenêutica, "sobretudo a respeito de leis recentes" (Id., p. 141).

Nesse sentido, é oportuno lembrar o julgamento do Mandado de Segurança nº 20.069-DF, pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, sendo relator o Exmº Sr. Ministro Cunha Peixoto, do qual participaram, ainda, os eminentes julgadores Ministros Djaci Falcão, Eloy da Rocha, Thompson Flores, Antônio Neder, Rodrigues Aickmin, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra e Moreira Alves, em que prevaleceu o voto deste que discutiu, brilhantemente, entre outros pontos suscitados, a questão do aproveitamento, em termos de hermenêutica, de material legislativo para a fidedigna interpretação do texto legal.

Asseverou, então, o eminente Ministro Moreira Alves que "esses trabalhos têm inegável valor para a interpretação do texto legal, pois sua utilização observa, rigorosamente, os princípios mais rígidos extraídos por Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 3ª ed., nº 150, pp. 177-178) de diferentes autores, e que devem servir de guia ao intérprete para o legítimo uso desse material histórico".

E cita, entre outros, estes princípios que devem ser observados necessariamente: 1) "Admita o sentido decorrente dos Trabalhos Preparatórios quando plenamente provado, evidente, acima de qualquer dúvida razoável. 2) Se um preceito figurava no projeto primitivo e foi eliminado, não pode ser deduzido, nem sequer por analogia, de outras disposições que prevaleceram, salvo quando a supressão se haja verificado apenas por considerarem-no desnecessário ou incluído implicitamente no texto final".

Ora, se a expressão *proventos* foi expressa e decididamente excluída do texto constitucional, isso significou alguma coisa por certo: o que restou

é que deve ser considerado e interpretado. E o que restou foi que "é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos", sem incluir nessa vedação os proventos por meio de suposições ditadas por pruridos de moralidade pública. Se os proventos não se incluem no regime de acumulação de cargos públicos por força de um dispositivo constitucional é porque os proventos, constituindo patrimônio do aposentado, não são de ser considerados em nenhuma hipótese.

Ademais, se antes se argumentava com a Lei nº 1.711, de 1952, o antigo Estatuto dos Funcionários Públicos, hoje, a nova Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, sequer faz referência à "proibição de acumular proventos". E, se o fizesse, seria inconstitucional.

Invocando o testemunho de outro baiano não menos ilustre, o Conselheiro Ruy Barbosa, que, dissertando a propósito da pretensão de se buscar ampliar a vedação de acumular as pensões e os proventos resultantes da reforma ou aposentadoria, logo após o advento da Constituição de 1891 (como podemos verificar, a obsessão discriminatória contra os aposentados é secular), dizia que o seu senso jurídico e "essa espécie de *seкто* sentido, a que se chama senso comum", não o deixavam iludir com o "pretensso constitucionalismo dessa novidade e os resultados moralizadores, com que a preconizam".

E assim argumentou o velho Mestre:

"O cidadão, que a lei aposentou, jubilou ou reformou, assim como o a que ela conferiu uma pensão, não recebe esse benefício, a paga de serviços que esteja prestando, mas a retribuição de serviços que já prestou, e cujas contas se liquidaram e encerraram com um saldo a seu favor, saldo reconhecido pelo estado com a estipulação legal de lhe amortizar mediante uma renda vitalícia, na pensão, na reforma, na jubilação, ou na aposentadoria.

O aposentado, o jubilado, o reformado, o pensionista do Tesouro são credores da Nação, por títulos definitivos, perenes e irretiráveis.

Sob um regime que afiança os direitos adquiridos, santifica os contratos, submete ao cânon da sua inviolabilidade o Poder Público e, em garantia deles, adstringe as leis à norma tutelar da irretroatividade, não há consideração de natureza alguma, juridicamente aceitável, moralmente honesta, socialmente digna, logicamente sensata, pela qual se possa autorizar o estado a não honrar a dívida, que com esses credores contraiu, obrigações que para com eles firmou."

Advertia ainda o grande Mestre baiano:

"A aposentadoria, a jubilação, a reforma são bens patrimoniais, que entraram no ativo dos beneficiados como renda constituída e indestrutível para toda a sua vida, numa situação jurídica semelhante à de outros elementos da propriedade individual, adquiridos, à manei-

ra de usufruto, com a limitação de pessoas, perpétuas e intransferíveis.

Na espécie das reformas, jubilações ou aposentadorias, a renda assume a modalidade especial de um crédito contra a Fazenda; e, por isto mesmo, a esta não seria dado jamais exonerar-se desse compromisso essencialmente contratual, mediante um ato unilateral da sua autoridade."

Entendia Ruy que, incluindo proventos na proibição de acumular, forçando o poder público a que o aposentado renunciasse aos proventos, "seria cometer pelas mãos desse Poder uma extorsão tão desonrosa como o dos tratantes graduados, que, fiados no seu poderio e grandeza, não saldaram o que devem, por contarem com a irresponsabilidade para calotear livremente". E acrescentava: "Quando o poder público outorga uma pensão, é por entender que *a deve*. Aos funcionários galardoado o Estado, com a jubilação, a aposentadoria, ou a reforma, longas séries de anos de serviço ordinário. Aos funcionários ou não-funcionários gratifica certos serviços de ordem e valor especial com as pensões. Estes, nos governos absolutos, são mercê do arbítrio soberano. Mas, nos governos de legalidade, representam a gratidão pública ao merecimento de cidadãos notáveis, aos benefícios deles recebidos pela comunidade."

Democraticamente, houve um concurso público de provas e títulos, com franca repercussão em todo o território nacional, para quem quisesse se habilitar. Alguns lograram êxito, outros não. Entre os que passaram, uns poucos eram recentemente aposentados em cargos públicos, incorporados já os seus proventos ao patrimônio de cada qual. A exigência se postou à porta: "Aqui não entra quem for aposentado!" Exigência de juizes para futuros juizes! Estariam os concursados aprovados tirando a oportunidade de outros que não lograram passar no mesmo concurso?

E aqui nos ocorre de novo as palavras imortais de Ruy:

"O grande mal não está em que as incapacidades acumulem os cargos públicos, mas em que os cargos públicos se confiem às incapacidades. Desacumulando, o que unicamente se obtém será multiplicar o número dos incapazes beneficiados, abrindo ao Poder novas ocasiões de exercer entre os seus favorecidos, engrossando-lhes a quantidade, o arbitrio de que dispõe."