

— *Magistrado. Vedação superveniente da acumulação de cargo de juiz com o de professor de segundo grau. Pretensão de colocação em disponibilidade remunerada quanto ao cargo de magistrário.*

— *Pelo fato de o texto constitucional vigente vedar acumulação que até ele era lícita, não tem o magistrado direito a ser posto em disponibilidade, ainda que com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, quanto ao cargo de professor de ensino de 2.º grau.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso Extraordinário n.º 101.435

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Eugênio José de Almeida Neto

Relator: Sr. Ministro MOREIRA ALVES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 16 de março de 1984. — *Djaci Falcão*, Presidente. *Moreira Alves*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. *Ministro Moreira Alves*: É este o teor do acórdão recorrido (fls. 83-98):

“Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento a ambas apelações mantida a sentença em reexame, de conformidade e pelos fundamentos constantes das inclusas notas taquigráficas que integram o presente acórdão.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Desembargador Tulio Medina Martins.

O *Desembargador Elias Elmyr Manssour* (Relator): Eugênio José de Almeida Neto ajuizou ação ordinária contra o estado do Rio Grande do Sul, narrando que exercia dois cargos de magistério estadual de segundo grau, até o dia 1º de dezembro de 1973, quando ingressou na magistratura. Pediu, então, exoneração de um cargo de professor, pois era permitida a cumulação de um destes com o de magistrado, conforme o art. 109, da Constituição Federal de 1967, e a Lei Estadual de nº 6.929/75. A Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, limitou a possibilidade de cumulação de cargos a apenas um cargo de magistério superior, mas o requerente continuou a exercer o magistério de segundo grau, por entender que tinha direito adquirido. Com a edição da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, em 1979, consultou o Conselho Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, o qual decidiu que o requerente deveria afastar-se do cargo de professor. Assim fez o postulante, mas requereu, por via administrativa, fosse colocado em disponibilidade remunerada, não obtendo uma decisão a respeito. Não obstante, a partir de janeiro de 1980, deixou de receber os vencimentos relativos à função de professor. Pela presente ação, pretende o autor ver-se declarado em disponibilidade remunerada no cargo de professor estadual, pois possuía estabilidade, o que gera direito adquirido, que a modificação da norma constitucional não pode alcançar.

Contestou o Estado. Disse que, conforme o art. 100 da Constituição Federal, só há disponibilidade remunerada nos casos de extinção do cargo ou declaração de sua desnecessidade, casos em que não se enquadra a hipótese dos autos. Ademais, de acordo com a doutrina dominante, não há direito adquirido contra a norma constitucional. Se o autor tivesse direito adquirido, seria para permanecer em acúmulo de cargos, não em disponibilidade.

O autor respondeu à contestação.

Com vistas o Dr. Promotor Público, este opinou pela improcedência da ação.

Conclusos os autos, o magistrado entendeu que, estando proibida a cumulação de cargos, o autor, por ser estável e ter direito adquirido assegurado pela Constituição, não pode perder o cargo senão através de sentença judicial ou decisão administrativa. Para assegurar o direito adquirido do autor, e respeitar a vedação de acumulação de cargos, só resta a disponibilidade remunerada. Pelo exposto, julgou a ação procedente, reconhecendo ao autor o direito à disponibilidade remunerada e vencimentos proporcionais, devendo o Estado pagar também os vencimentos atrasados, com juros e correção monetária.

Apela o autor. Pede o reconhecimento do direito aos vencimentos integrais, apoiando-se na doutrina e no art. 175, do Estatuto do Funcionalismo Estadual.

Apela, também, o Estado. Repete os argumentos expendidos na contestação e sustenta que os casos de disponibilidade remunerada estão taxativamente previstos nas Constituições Federal e Estadual, não podendo ser estendidos ao caso presente. Afirma que a própria sentença reconhece que o autor não tinha direito ao acúmulo de cargos. Ademais, o apelado afastou-se atendendo a determinação do Conselho Superior da Magistratura, que não tinha competência para determinar afastamento de servidor da Secretaria de Educação, o que configura abandono de cargo. Se, porém, for reconhecido o direito adquirido, deverá o autor continuar a exercer, cumulativamente, os dois cargos.

O Dr. Promotor Público manifestou-se pelo provimento do recurso do Estado.

Preparados, subiram os autos.

Nesta instância, o parecer do representante do Ministério Público é pelo improvimento

de ambos os recursos e manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Desembargador Elias Elmyr Manssour (Relator): Sr. Presidente. Na exposição de motivos da Lei Complementar que disciplinou a denominada reforma do Judiciário, encontra-se o fundamento da proibição do exercício de magistério secundário.

Diz o Ministro da Justiça que o magistério superior é benéfico para a Justiça, porque 'aprimora e alarga ao juiz os conhecimentos doutrinários e que vai utilizar em seus julgados'. Mas adverte que o exercício em várias faculdades cria um prejuízo para as funções jurisdicionais, que ficam assim, por falta de tempo, relegadas a posição secundária.

E, por fim, não militam em relação ao ensino secundário as razões que justificam e recomendam a acumulação.

Daí a proibição, que veio a atingir o autor, pela Lei Orgânica da Magistratura.

Sustenta o segundo apelante a incidência imediata da vedação de acumulação. Nesse sentido é a orientação da doutrina e da jurisprudência. Temístocles Cavalcanti, depois de longo exame sobre a possibilidade de acumulação de cargos nas Constituições de nosso País, refere decisão do Supremo Tribunal Federal de 3 de outubro de 1928 (*Arquivo judiciário*. v. 8, p. 404), que tem o seguinte teor: 'O preceito do art. 73 da Constituição Federal, vedando as cumulações remuneradas, é absoluto e contra ele não pode ser alegado nenhum direito adquirido' (*Tratado de direito administrativo*. v. 4, p. 280).

Diante disso, o Conselho Superior da Magistratura, solicitado a pronunciar-se, não poderia ter adotado outra decisão senão a

de ordenar o afastamento do cargo incompatível com o exercício da magistratura.

Foi invocada por uma das partes decisão do Supremo Tribunal Federal, dando-se ênfase ao voto do Ministro Bilac Pinto (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 75, p. 253), que diz, segundo a esteira de julgados do excelso Pretório, não haver direito adquirido à acumulação. No mesmo sentido também decisão da mesma Corte, de que foi Relator o Ministro Thompson Flores (*Revista de Jurisprudência*, v. 74, p. 808), onde se assinala que a Constituição de um modo geral veda a acumulação, pois a regra é a não acumulação. Cita-se ementa de decisão anterior proferida em agravo do Mandado de Segurança nº 65.237: 'Acumulação de cargos. As leis constitucionais, ensina Carlos Maximiliano, regem o presente e o futuro. Se não ressalvam de modo explícito a situação jurídica definitivamente estabelecida, não estancam nem recuam diante da mesma. Sua aplicação é imediata. Tudo que se lhe contraponha fica eliminado. O poder constituinte é absoluto' (*Direito intertemporal*. ed. 1946, p. 325).

De tudo o que se disse, fica claro que não há direito adquirido ao exercício do cargo, o que não foi assegurado pela sentença e o autor também não se insurge contra esta parte da decisão.

Agora, o que importa examinar é se, impedido de exercer o cargo, fica o autor obrigado a pedir exoneração ou deve, afinal, abandonar o cargo. Cumpre indagar se foi atingido o direito subjetivo adquirido pelo concurso prestado e pela estabilidade conquistada.

Apóio-me, aqui, em voto do Ministro Djaci Falcão, publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 79, p. 283, onde ele assinala que "um dos problemas mais delicados no campo do direito é, sem dúvida, o da eficácia da lei no tempo". Apontando para vários doutrinadores, cita a definição

de Gava: “É adquirido um direito, que é consequência de um fato idôneo a produzir em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora à ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação da lei nova e que, sob o império da lei então vigente, integrou-se imediatamente ao patrimônio do seu titular” (*Teoria della Relatività*, 3. ed. v. 1, p. 191). E aconselha o mesmo Ministro, em seu douto voto: ‘Por isso o juiz, na sua delicada posição, deve-se orientar com certa flexibilidade, buscando conciliar, sem sectarismo doutrinário, o aperfeiçoamento do progresso social e jurídico que se presume existir na lei nova com a idéia de segurança e estabilidade que devem presidir as relações jurídicas.’

E, citando o § 3º do art. 153 da Constituição, diz: ‘A disposição constitucional da tradição do nosso direito dirige-se não só ao intérprete na aplicação da lei, mas também ao legislador. Por isso, afigura-se-nos errônea afirmação de que as leis de ordem pública são retroativas.’

E arremata: ‘Não há dúvida de que o serviço público se destina a servir ao interesse público. Em princípio, as exigências de interesse público podem ensejar determinadas modificações no âmbito das funções, dos cargos, sem discriminações pessoais, como, por exemplo, nas atribuições das categorias, nos vencimentos, exceto redução para quem goza da garantia da irredutibilidade etc.. Porém isto não quer significar que, pelo sistema estatutário, haja apenas poderes e deveres objetivos, inexistindo situações jurídicas merecedoras de resguardo. A relação de emprego no regime estatutário também gera direitos e obrigações recíprocas entre a entidade de direito público e o servidor. O funcionário público também encontra o postulado constitucional e genérico da não-retroatividade da lei (art. 153, § 3º), o grande suporte protetivo dos direitos subjetivos.’

no seu recurso a invocação ao princípio de

O estado do Rio Grande do Sul enfatiza que não há direito adquirido contra Constituição. No nosso pretório Excelso o eminente Ministro Xavier de Albuquerque tem defendido que é preciso dar um certo abrandamento ou adoçamento ao princípio de que não há direito adquirido contra a Constituição, ‘de modo a compatibilizar a regra da Constituição, que assegura o direito adquirido, com qualquer outra regra restritiva, em face do direito anterior que nela também se contém’. Assinala também o mesmo Ministro que tem aplicado repetidamente a jurisprudência de que não há direito adquirido no regime estatutário e muito menos direito adquirido no regime jurídico, mas observa que tem seguido a orientação de que, ‘se a Constituição, que se suspeita suprimir um direito adquirido, não o diz expressamente, é porque não o suprime.’

É certo que essa tese mereceu contestação do Ministro Moreira Alves, que adotou princípio inverso, ou seja, de que ‘todas as Constituições brasileiras, quando quiseram preservar o direito adquirido, foram expressas em ressalvá-lo’ (ver *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 94/1.238).

O Ministro Moreira Alves no seu voto, depois de citar a opinião de Pontes de Miranda, Carlos Maximiliano e Bento de Faria sobre a inexistência de direitos adquiridos sobre a Constituição, sustenta: ‘Se se elabora uma norma constitucional que veda situação anteriormente admitida, quer isto dizer que o poder constituinte entendeu ser esta vedação exigida pelo interesse comum e, portanto, aplicável de imediato, salvo disposição expressa em contrário. Por isso os efeitos futuros de fatos passados são atingidos pelo novo preceito constitucional, respeitandose apenas, exceto se a Constituição expressamente declarar o contrário, os efeitos que ocorreram antes da vigência da nova Constituição’ (ainda na mesma revista, v. 94/1.248).

Entretanto, o mesmo Tribunal, ao apreciar a Ação Rescisória nº 948, Rio de Janeiro, em Tribunal Pleno, em que se alegava violação do art. 24 das disposições transitórias da Constituição de 1946, que visava beneficiar os funcionários que, segundo a legislação então vigente, acumulavam funções de magistério técnicas e científicas e que pela desacumulação ordenada pela Carta de 10 de novembro de 1937 e pelo Decreto-lei nº 24, de 29 de novembro do mesmo ano, perderam o cargo efetivo, decidiu que são, de acordo com a Carta de 1946, nele considerados em disponibilidade remunerada, até que sejam reaproveitados, sem direito aos vencimentos anteriores à data da promulgação deste ato.

Nesse julgamento o eminente Ministro Cunha Peixoto, comentando a disposição da Carta Constitucional de 1937, observou: 'Obrigando o funcionário a desacumular quando ele exercia os cargos legalmente, feria o seu direito. O art. 24 das disposições transitórias restabeleceu esse direito. Procurou colocar o funcionário em sua situação anterior à Carta de 1937.' E mais adiante: 'Por força da Constituição de 1937, alguns funcionários sofreram em seus direitos adquiridos.'

O Ministro Rafael Mayer também apóia o entendimento de que houve violação ao direito adquirido, registrando em seu voto: 'Diz-se bem quando se diz que a norma excepcional quis reparar a violência de 1937 a situações individuais e estender-lhes a proteção constitucional, que se reinaugurava, após 1937, do direito adquirido' (*RTJ*, v. 95, t. 3, p. 959).

Diante disso, há de ser resguardado o direito adquirido subjetivamente pelo autor, sem afrontar o princípio da aplicação imediata da norma constitucional. A solução justa e jurídica foi dada pela sentença, em que pesem os ataques contidos no recurso do Estado do Rio Grande do Sul.

Apesar da vinculação ao Estado do funcionário em disponibilidade, o que poderia contrariar a norma que impede a manutenção do cargo, a circunstância especial decorrente da disposição constitucional pode ser também fundamento para o afastamento do servidor, dada a impossibilidade de seu aproveitamento em outro cargo, porque ainda no exercício da magistratura.

Assim, a vedação representou para o autor situação análoga à da extinção do cargo. E a disponibilidade por aplicação analógica é possível e encontra precedente no pretório Excelso. Em decisão relatada pelo eminente Ministro Eloy da Rocha (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 53, p. 742) ficou assinalado: 'Anulada pela administração a aposentadoria de titular de ofício da justiça quem, de acordo com a lei houver sido nomeado para a vaga, assim gozar da garantia da vitaliciedade, ficará em disponibilidade remunerada, com aplicação analógica da regra constitucional inscrita no art. 189, parágrafo único, da Constituição Federal de 1946, referente à extinção de cargo de funcionário estável. A decisão não contrariou o princípio do art. 190 da mesma Constituição.'

Em tais termos, adotando os bem lançados fundamentos da decisão recorrida, nego provimento à segunda apelação.

Cabe agora examinar o primeiro apelo interposto pelo autor, que se inconforma com disponibilidade proporcional, pedindo que a remuneração seja integral.

Pontes de Miranda, comentando a Constituição de 1946, t. 6, p. 345, defende — e foi invocado pelo apelante — que a disponibilidade deve ser com proventos integrais.

Ocorre que a Constituição de 1946 dizia que os vencimentos eram integrais, mas a de 1967 e a atual, que decorre da Emenda de 1969, falam em vencimentos proporcionais. Daí que não prevalece a súmula do Su-

premo Tribunal Federal invocada e nem a posição de Pontes de Miranda, que, embora comentando a Constituição de 1967, não alterou a posição que adotara em face da Constituição de 1946.

Em minucioso trabalho de Barbosa Lima Sobrinho, na *Revista de Direito Administrativo*, v. 24, p. 11, mesmo sob o império da Constituição de 1946, art. 189, apesar da categórica opinião de Pontes de Miranda de que a disponibilidade deveria ser com vencimentos integrais, contra o entendimento de Carlos Maximiliano, a jurisprudência e a doutrina mostravam-se divergentes, ficou dito: 'A disponibilidade com vencimentos integrais deveria ser até proibida, pois é absurdo que o funcionário sem trabalho ganhe tanto quanto o outro, que tem obrigações e deveres. Dir-se-á que o funcionário se vê privado de seus encargos não por deliberação própria, mas por ato do Estado. Mas se o ato do Estado corresponde a uma necessidade ou benefício público, por que privá-lo do objetivo da economia nas despesas públicas?'

Mas o recorrente também embasa seu pedido de vencimentos integrais no fato de a Constituição Estadual dar margem à interpretação de que dos funcionários em disponibilidade são assegurados os vencimentos integrais.

Acontece que o Supremo Tribunal Federal (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 58, p. 625), apreciando representação do Estado de Pernambuco, nº 858, declarou inconstitucional lei daquele Estado, que assegurava aos promotores públicos vencimentos integrais quando postos em disponibilidade, por infringir frontalmente o art. 100, parágrafo único, da Carta Federal de 17 de outubro de 1969. Diz o voto do relator que esse preceito era uma reiteração de anteriores dispositivos, todos datados após 1964. O mesmo Tribunal veio a reafirmar sua posição ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 88.406 (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 88, p. 1.054), em que se consignou na ementa: 'Disponibilidade remunera-

da. O parágrafo único do art. 100 da Constituição Federal é norma cogente, não representando critério de remuneração proporcional ao tempo de serviço, garantia mínima e suscetível de ser elevada direta ou indiretamente pela legislação federal, estadual e municipal.'

Entendo por isso que a solução adotada pela sentença nesse ponto também está correta e de acordo com o pensamento dominante no pretório Excelso, daí também merecer confirmação, ficando desprovida a primeira apelação.

Quanto ao reexame necessário, entendo que nada há que justifique a modificação da sentença remetida, que deve ser mantida integralmente.

É o meu voto.

O Sr. Presidente (*Desembargador Athos Gusmão Carneiro*): Nobres colegas. Estou de inteiro acordo com o minudente e exaustivo voto lançado pelo eminente Relator, confirmatório da sentença, que reputo muito bem fundamentada, do ilustre Juiz Ivo Gabriel da Cunha.

A Constituição Federal, no seu art. 100, parágrafo único, dispõe que: 'Extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço.'

Tenho em que essa previsão de extinção do cargo ou de declaração de necessidade, não é uma previsão exaustiva. Relativamente ao funcionário — e esse parágrafo dispõe exatamente sobre a situação do funcionário — a extinção do cargo ou a declaração de desnecessidade podem ser enquadradas como *factum principis*. E situação semelhante é a do primeiro apelante, o qual não viu o cargo extinto mas passou a ser legalmente proibido de exercê-lo, situação, portanto, símile e que deve acarretar consequências jurídicas semelhantes.

Portanto, acompanho o voto do eminente relator e também nego provimento a ambas as apelações, mantendo a sentença.

O Desembargador Tulio Medina Martins: Estou de acordo com o percuciente e minucioso voto do eminente relator.

O Sr. Presidente (Desembargador Athos Gusmão Carneiro): Apelação Cível nº 41.218, de Porto Alegre — ‘À unanimidade, negaram provimento a ambas as apelações, mantida a sentença.’”

Interposto recurso extraordinário, não foi ele admitido pelo seguinte despacho (fls. 119-23):

“I. Eugênio José de Almeida Neto, magistrado, ajuizou ação ordinária contra o estado do Rio Grande do Sul, pleiteando ser colocado em disponibilidade remunerada no cargo de professor estadual, no qual era estável e do qual fora obrigado a afastar-se com a edição da Loman.

Decidindo, o juiz de primeiro grau entendeu que o autor era estável e tinha direito adquirido assegurado pela Constituição, não podendo perder o cargo senão através de sentença judicial ou decisão administrativa. Julgou a ação procedente, reconhecendo ao autor o direito à disponibilidade remunerada e vencimentos proporcionais.

As duas partes apelaram. Com manifestações do Ministério Público em ambas as instâncias, foram os autos à 1ª Câmara Cível deste Tribunal. Esta, à unanimidade, negou provimento a ambas as apelações, mantendo a sentença, em acórdão assim ementado (fls. 83):

‘Magistrado — Impossibilidade de acumulação com magistério secundário — Direito adquirido resguardado com a disponibilidade remunerada com vencimentos proporcionais.

Vedando a Constituição que o juiz exerça o magistério secundário, mas considerando que sua nomeação decorreu de concurso, com estabilidade conquistada, há de ser resguardado o direito subjetivamente adquirido,

com a disponibilidade remunerada com vencimentos proporcionais.

Abrandamento do princípio de que não há direito adquirido contra a Constituição. Aplicação analógica do parágrafo único do art. 100 da Constituição Federal.

Sentença confirmada por seus fundamentos.’

Recorre extraordinariamente o Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 110, III, *a* e *d* da Carta Magna, arguindo também relevância da questão federal. Sustenta a violação do parágrafo único do art. 100 da Constituição Federal, porque foi colocado em disponibilidade servidor cuja situação não se enquadrava nas duas hipóteses previstas naquele dispositivo legal. Além disso, alega a vulneração dos arts. 6º e 65 da Carta Magna. Para embasar o cabimento do recurso pela letra *d*, menciona um aresto divergente.

Impugnado o extraordinário, manifestou-se o Dr. Procurador-Geral da Justiça pela admissão do apelo extremo.

II. Insurge-se o Estado do Rio Grande do Sul contra a decisão da Câmara, confirmatória da sentença singular, que determinou a disponibilidade remunerada com vencimentos proporcionais de magistrado impedido de exercer cargo de magistério secundário por força de vedação de acúmulo disposta pela Loman. Afirma o Estado que a disponibilidade em tela é uma verdadeira aposentadoria, porque o funcionário jamais poderia ser chamado para outro cargo, diversamente do aresto mencionado no acórdão. Isso não é exato, já que, ao aposentar-se como magistrado, cessará a vedação de acúmulo, e o recorrido poderá voltar a exercer o seu cargo no magistério estadual. Assim, não se pode dizer que o seu retorno ao cargo é impossível e que a decisão judicial de colocar o recorrido em disponibilidade remunerada se configura como uma aposentadoria.

Sustenta o Estado a violação dos arts. 6º e 65 da Constituição Federal, pois entende

que o Tribunal legislou concedendo vantagem a servidor público, e vulnerou a independência e harmonia dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. É impossível o exame deste ponto, por incidência das Súmulas n.ºs 282 e 356 do STF, já que não houve pré-questionamento da matéria pelo acórdão recorrido.

Com relação à pretendida violação do parágrafo único do art. 100 da Carta Magna, entendeu a Câmara que o direito adquirido subjetivamente pelo autor teria que ser resguardado, sem afrontar o princípio da aplicação imediata da norma constitucional. A sentença, que teve seus fundamentos adotados pelo acórdão recorrido, afirmou: 'a forma de garantir o direito adquirido do autor, professor público estabilizado, será a disponibilidade remunerada. Note-se bem: não podendo ele exercer os dois cargos, em razão de expressa vedação constitucional, mas tendo seu direito adquirido ressalvado pela mesma Constituição, só não será prejudicado se posto em disponibilidade. Com isso, cumpre-se inteiramente a Constituição: cessa a acumulação proibida, sem atingir-se o direito adquirido.'

O acórdão recorrido enfatiza, com muita propriedade, que a vedação representou para o autor situação análoga à da extinção do cargo, e que a disponibilidade por aplicação analógica é possível e encontra precedente no pretório Excelso (in: *RTJ*, v. 53, p. 742). Apesar da posição do Estado recorrente, que sustenta que a analogia utilizada no acórdão ofende a Constituição, entendendo que a solução dada ao caso está em absoluta sintonia com as normas constitucionais, tendo havido uma decisão, no mínimo, razoável. Assim, a teor da Súmula n.º 400 do STF, inviável a subida do apelo extremo pela letra *a*.

III. O pretendido dissídio não se configura. Isso porque as situações são diversas: no acórdão paradigma, os juízes postularam, e obtiveram, a continuação do exercício do cargo; no caso presente, o

autor, afastado do exercício do cargo por determinação do Conselho da Magistratura, pediu e obteve a disponibilidade remunerada. Assim, o aresto trazido não serve para o cotejo, tornando-se inviável a subida do extraordinário também pela letra *d*.

IV. Pelo exposto, *nego sequimento* ao apelo extremo. Processe-se a arguição de relevância da questão federal, nos termos regimentais.

Publique-se. Intimem-se."

Dessa decisão não foi interposto agravo de instrumento.

Os autos, porém, subiram a esta Corte, em virtude de ter sido acolhida a arguição de relevância da questão federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro *Moreira Alves* (Relator):

1. As alegações de ofensa à Constituição Federal não podem ser examinadas neste recurso, por estarem preclusas, uma vez que, escapando elas ao óbice regimental, não são alcançadas pelo acolhimento da arguição de relevância da questão federal, e do despacho que não admitiu o recurso extraordinário com fundamento nelas não foi oposto agravo de instrumento para evitar a preclusão.

2. O único fundamento que a acolhida da arguição de relevância da questão federal permite que se possa examinar neste recurso é o da divergência de jurisprudência.

Na inicial, o autor, ora recorrido, por se haver afastado do cargo de magistério em razão de entendimento do Conselho Superior da Magistratura, pediu a procedência da ação para que fosse ele declarado em disponibilidade remunerada no cargo de professor, com vencimentos integrais, inclusive adicionais a que faria jus se no exercício do cargo, bem como o pagamento dessa remuneração a partir de 1.º de janeiro de 1980, data em que deixou de percebê-la.

O acórdão recorrido, depois de acentuar que não havia direito adquirido à acumulação dos dois cargos — o que, aliás, não estava em causa, uma vez que o ora recorrido não pedia o reconhecimento de seu direito a essa acumulação —, reconheceu que, adotando — como adotava — a tese de que é possível haver direito adquirido contra a Constituição, o ora recorrido teria direito adquirido à estabilidade no cargo de professor, e como não podia ele exercer o cargo porque continuava em exercício na magistratura, a solução era de aplicar-se analogicamente o parágrafo único do art. 100 da Carta Magna, razão por que manteve a sentença de primeiro grau que reconheceu ao ora recorrido direito à disponibilidade remunerada com vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço.

Ora, essa decisão diverge da trazida a confronto, pela qual, em caso análogo ao presente, se decidiu que o direito adquirido que o magistrado tem contra a Constituição é apenas o de permanecer na situação que estaria consolidada, ou seja, na situação de acumulação anteriormente permitida.

As teses jurídicas de ambos os acórdãos divergem evidentemente, pois, partindo ambos da existência, em casos análogos, de direito adquirido em favor do magistrado chegam a resultados absolutamente diversos: o aresto recorrido lhe concede, por isso, uma situação nova — a de disponibilidade remunerada —, ao passo que o acórdão trazido a confronto extrai daí a manutenção do *status quo ante* — a acumulação dos cargos. A circunstância de os pedidos dos autores, nessas duas hipóteses, terem sido diversos — o recorrido pediu, na mesma situação em que se encontravam os magistrados autores da ação que culminou com o acórdão trazido a confronto, disponibilidade remunerada, e não, como estes, a continuação do exercício dos cargos sob regime de acumulação — não afasta a divergência das teses jurídicas de ambos os arestos, bastando notar que, aplicada a do aresto trazido à colação à hipótese julgada pelo acórdão ora recor-

rido, a conclusão necessária seria a da improcedência do pedido de colocação em disponibilidade remunerada, pois quem tem direito adquirido à acumulação como situação anterior consolidada, tem direito a continuar a exercer os cargos sob regime de acumulação, e não a ser colocado em disponibilidade remunerada em um deles.

Conhecido o presente recurso pelo dissídio de jurisprudência, passo a julgar a causa, no âmbito desse dissídio.

Não tem sentido a tese sustentada pelo acórdão recorrido. Com efeito, se ele admite que pode haver direito adquirido contra a Constituição, esse direito adquirido só pode manter a situação anterior permitida nos exatos termos em que o era, ou seja, a da continuação da acumulação anteriormente lícita. O que é absurdo é considerar que o preceito constitucional novo que vedou a acumulação permitida pelo texto constitucional anterior não tenha sua aplicação imediata obstada pelo direito adquirido no tocante à impossibilidade de o magistrado poder continuar a exercer o cargo de professor secundário, mas, por não poder desconstituir a estabilidade resultante desse mesmo exercício, atribuiu ao ora recorrido um direito que não é previsto na Constituição ou em lei alguma, mas que resultaria da aplicação analógica de texto constitucional — o parágrafo único do art. 100 da Carta Magna — que prevê hipóteses (a de extinção de cargo ou a de declaração pelo Poder Executivo de sua desnecessidade) que não têm qualquer identidade de razão com a construída pelo acórdão recorrido.

Portanto, tenha ou não o ora recorrido direito adquirido oponível ao texto constitucional que proíbe a acumulação de cargo de juiz com cargo ou emprego de professor secundário, o que é certo é que, por qualquer dos termos dessa alternativa, não terá ele direito à disponibilidade remunerada como lhe assegurou o acórdão recorrido. Com efeito, se se entender — e é nesse sentido a atual jurisprudência desta Corte

— que não há direito adquirido capaz de se opor à aplicação imediata de texto constitucional que vede acumulação anteriormente permitida, o recorrente não terá direito à acumulação, nem, conseqüentemente, à disponibilidade remunerada; se se entender que há direito adquirido capaz de opor-se à aplicação imediata de texto constitucional que vede acumulação anteriormente permitida, esse direito adquirido — que é o de continuar no regime de acumulação anterior — apenas será mantido, sem alteração alguma, como é da índole mesma dele, que se mantém, mas nada cria.

O que é certo, portanto, é que o ora recorrido, pelo fato de o texto constitucional vigente vedar acumulação que até ele era lícita, não tem, de forma alguma, direito a ser posto em disponibilidade remunerada, ainda que com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço. E como é esse, com as conseqüências patrimoniais dele decorrentes, o único direito que pleiteia lhe seja reconhecido na presente ação, impõe-se a improcedência desta.

3. Em face do exposto, conheço do presente recurso e lhe dou provimento, para julgar improcedente a ação, condenado o ora recorrido nas custas e em honorários de advogado que, atento ao § 4º do art. 20 do CPC, fixo em dois salários mínimos.

VOTO

O Sr. *Ministro Francisco Rezek*: Sr. Presidente, a disponibilidade remunerada pressupõe um evento anormal a incidir sobre o cargo público, não sobre a pessoa de seu ocupante.

O exemplo que o eminente relator lembrou, relatado no passado pelo Ministro Eloy da Rocha, observa esse princípio.

Neste caso, o fato anormal deu-se com o ocupante, à conta de uma carreira paralela. Do ponto de vista do Estado, enquanto empregador de professores secundários, o que ocorre com o magistrado é irrelevante.

Acompanho, na íntegra, o voto do relator. Conheço do recurso e lhe dou provimento.

VOTO

O Sr. *Ministro Aldir Passarinho*: Sr. Presidente, parece-me compreensível que o Tribunal tivesse procurado uma solução para a espécie.

A Emenda Constitucional nº 7 introduziu modificação no art. 114 da Lei Maior, vedando o exercício de mais de um emprego de magistério além do de magistrado. A par disso, o disposto no parágrafo único do art. 100 determina expressamente a hipótese de colocação do servidor em disponibilidade, no caso de extinção de cargo ou de declaração da desnecessidade do cargo, não se verificando, no caso em exame, qualquer das duas hipóteses. Assim, a solução encontrada fugiu à norma constitucional, que previu expressamente a disponibilidade.

O Estatuto dos Funcionários Públicos, no art. 174, que trata da disponibilidade, a prevê no caso de extinção do cargo.

A solução encontrada seria razoável se não fosse a expressa norma constitucional restritiva.

EXTRATO DA ATA

RE nº 101.435-1-RS — Relator: Ministro Moreira Alves. Reclamante: Estado do Rio Grande do Sul (Advogada: Márcia Porto Castro). Reclamado: Eugênio José de Almeida Neto (Advogados: Rita Perondi e outro).

Decisão: conhecido e provido nos termos do voto do Ministro Relator. Unânime. Falou, pelo Reclamante: Dra. Márcia Porto Castro. 2ª Turma, 16.3.84.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes à sessão os Srs. Ministros Moreira Alves, Decio Miranda, Aldir Passarinho e Francisco Rezek.

Subprocurador-geral da República, Dr. Mauro Leite Soares.