

14/08/1996

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 22.402-9 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO  
IMPETRANTE : SERGIO SANTI DE SOUZA  
ADVOGADO : MARIA RITA DE CASSIA FIGUEIREDO PINTO E  
OUTRO  
IMPETRADO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

**E M E N T A: OFICIAL DAS FORÇAS ARMADAS - APROVAÇÃO, EM CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS, PARA PROVIMENTO EM CARGO PÚBLICO DE MAGISTÉRIO CIVIL - NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO PRESIDENCIAL PARA POSSE EM REFERIDO CARGO - TRANSFERÊNCIA PARA A RESERVA REMUNERADA - ESTATUTO DOS MILITARES (ART. 98, § 3º, "A") - NORMA LEGAL COMPATÍVEL COM A VIGENTE CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (CF/88, ART. 42, § 9º) - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO.**

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir o mandado de segurança e cassar a medida liminar concedida, vencido o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente. Falou pelo impetrante o Dr. Spencer Daltró de Miranda Filho. Ausente, justificadamente, o Ministro Moreira Alves.

Brasília, 14 de agosto de 1996.



CELSO DE MELLO - RELATOR



14/08/1996

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 22.402-9 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO  
IMPETRANTE : SERGIO SANTI DE SOUZA  
ADVOGADO : MARIA RITA DE CASSIA FIGUEIREDO PINTO E  
OUTRO  
IMPETRADO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de mandado de segurança contra ato do Presidente da República, que indeferiu pedido formulado pelo ora impetrante, que buscava, além de autorização para tomar posse em cargo público do magistério civil, também a obtenção de transferência, "ex officio", para a reserva remunerada.

O impetrante, Capitão intendente da Aeronáutica, prestou concurso público para o cargo de professor do Município de Belford Roxo/RJ, havendo sido regularmente aprovado no certame seletivo.

Deferi a medida liminar pleiteada, em ordem a suspender, até julgamento final deste "writ", a eficácia e a aplicabilidade do ato presidencial ora impugnado (fls. 28/29).



Ao prestar informações (fls. 42/77), a autoridade apontada como coatora alegou, em síntese, o que se segue:

"Trata, o assunto, de indeferimento do seu pedido de autorização para assumir emprego público de magistério, em face de ter passado em concurso público realizado pela Prefeitura Municipal de Belford Roxo, no Estado do Rio de Janeiro-RJ. A legislação castrense, por conceder o benefício da passagem para a Reserva Remunerada ao militar que é aprovado em concurso público cuja função é de magistério, impõe uma condição em uma das fases do processo, a necessidade de autorização para sua nomeação, como ora explicamos.

Fazendo-se uma explanação do tema, o Impetrante obteve autorização para prestar tal concurso promovido por aquela Prefeitura, com vistas ao cargo de Professor de 1ª a 4ª séries, com a ressalva de que para ser nomeado e tomar posse no referido cargo, caso habilitado, necessita de prévia autorização do Exmo. Sr. Presidente da República, conforme se infere do documento em anexo.

Tal autorização baseou-se na Lei 6880/80 - Estatuto dos Militares, em seu:

'Art. 98 - A transferência para a reserva remunerada, 'ex officio', verificar-se-á sempre que o militar incidir em um dos seguintes casos:

.....  
XIV - passar a exercer cargo ou emprego público permanente estranhos à sua carreira, cujas funções sejam de magistério;

.....  
§ 3º - A nomeação ou admissão do militar para os cargos ou empregos públicos de que tratam os itens XIV e V deste artigo somente poderá ser feita se:

a) oficial, pelo Presidente da República ou mediante sua autorização quando a nomeação ou admissão for da alçada de qualquer outra autoridade federal, estadual ou municipal; e'

É interessante dizer que a própria lei coloca condicionalmente o assunto, pois uma vez que 'somente

poderá' consubstancia-se em uma faculdade da competente autoridade em autorizar, ou não, desde que ela entenda, assim, viável.

**Releva-se comentar** que a simples autorização para o concurso não lhe vislumbra direito a assumir o cargo, caso tenha êxito, primeiro porque a lei assim não o estabelece e, segundo, porque, dadas as características da própria vida militar e à legislação que a define e a organiza, deixaria, sempre, em situação bastante delicada, a coordenação e desenvolvimento das Forças Armadas.

**Ora, a inscrição** para prestar concurso público dá ao militar, simplesmente, a mera expectativa de aprovação, que também não levará, obrigatoriamente, à nomeação e, conseqüentemente, posse, tendo em vista que dependerá, ainda, da avaliação da Administração Pública, sobre a conveniência e oportunidade de prover os candidatos aprovados, independente de serem militares ou não.

**Portanto, receber** autorização para prestar Concurso Público não garante a autorização para tomar posse no cargo a que concorreu, primeiro, porque depende de aprovação no Concurso e, segundo, que, para a nomeação, no caso dos militares, deverá obter autorização presidencial, ou seja, do Comandante Supremo das Forças Armadas." (grifei)

**Apreciando a questão** suscitada na presente sede mandamental, o Ministério Público Federal, em pronunciamento da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral, Dra. ANADYR DE MENDONÇA RODRIGUES, com aprovação do eminente Procurador-Geral da República, Dr. GERALDO BRINDEIRO, emitiu parecer assim ementado (fls. 89):

"Art. 42, § 3º, da CF: ao estabelecer que 'O militar em atividade que aceitar cargo público civil permanente será transferido para a reserva', a aplicabilidade de tão imperativa regra constitucional ficou jungida ao implemento de uma **ÚNICA** condição, qual seja, a prática, pelo militar em atividade, do ato de **ACEITAR** cargo público civil permanente, ato esse



que corresponde à solenidade de **POSSE** no cargo público. Mandado de Segurança **suscetível de deferimento.**" (grifei)

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'O' followed by a horizontal line that extends to the right and then curves back down.

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): O ora impetrante é Oficial da Aeronáutica. Foi **regularmente** nomeado, **mediante prévia aprovação** em concurso público de provas e títulos, **para exercer** o cargo (civil) de Professor II (1ª a 4ª séries) na Fundação Educacional e Cultural de Belford Roxo - FUNBEL (fls. 12). Tomou **posse** perante autoridade competente (fls. 15).

A **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem proclamado** que "Funcionário nomeado por concurso tem direito à posse" (Súmula 16), **daí resultando** a legitimidade jurídica da pretensão do candidato nomeado **em "completar os atos subseqüentes, um deles o exercício efetivo do cargo ou função"** (RTJ 51/04, 06).

Cumpr**e enfatizar**, de outro lado, na linha de uma tradição inaugurada com a Constituição de 1946 (art. 182, § 3º) - e **sucessivamente observada** pelas Cartas Políticas de 1967 (art. 94, § 3º) e de 1969 (art. 93, § 4º) -, **que também a vigente Lei Fundamental da República**, em norma revestida de inquestionável imperatividade, **prescreve** que "O militar em atividade que aceitar cargo público civil permanente **será transferido para a reserva**" (art. 42, § 3º).



Daí a advertência de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ("Comentários à Constituição de 1988", vol. V/2460, item n. 62, 1991, Forense Universitária), cujo magistério - **expendido** a propósito dessa específica norma constitucional - **assinala** que, "**em 1988, basta que o militar aceite 'qualquer modalidade de cargo público civil, desde que permanente'**, para que seja, de imediato, transferido para a reserva. Em 1967 e em 1969, o cargo permanente deveria ser incompatível, 'estranho à carreira' (...). A Carta de 1988 alude à aceitação, termo não técnico, ao passo que as duas Cartas anteriores aludem à posse ('empossado em cargo público permanente'). A nosso ver, a aceitação é inócua, mesmo escrita. A posse e, depois, o exercício é que incompatibilizam o militar, da ativa, com as funções militares" (grifei).

Não obstante o sentido igualmente imperativo que assume o Estatuto dos Militares, em norma concernente à transferência "ex officio" de servidor castrense para a reserva remunerada (Lei nº 6.880/80, art. 98, XIV) - situação em que se acha o ora impetrante e que traduz consequência jurídico-administrativa necessariamente decorrente da cláusula inscrita no art. 42, § 3º, da Constituição -, ainda assim o Senhor Presidente da República, "atendendo aos argumentos do Ministro da Aeronáutica", não autorizou a posse do autor deste "writ" no cargo de Professor da Fundação Educacional e Cultural de Belford Roxo (fls. 16).



Entendo, na linha desse raciocínio, que o ato presidencial - por consubstanciar recusa arbitrária - vulnerou direito líquido e certo titularizado pelo ora impetrante.

Essa circunstância levar-me-ia a conceder o mandado de segurança ora postulado.

Ocorre, no entanto, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se sobre a mesma questão jurídica suscitada na presente sede mandamental (aprovação de Oficial das Forças Armadas em concurso público para o magistério civil), indeferiu - contra o meu voto e o do eminente Ministro MARCO AURÉLIO - mandado de segurança impetrado por outro Oficial das Forças Armadas, enfatizando, naquela decisão, que a transferência do militar para a reserva remunerada depende, necessariamente, de prévia autorização do Presidente da República, a quem compete exercer, discricionariamente, uma prerrogativa que lhe foi deferida pelo legislador ordinário (Lei nº 6.880/80, art. 98, § 3º, "a").

O acórdão proferido no julgamento plenário em questão, está assim ementado:

"- 1. Oficial das Forças Armadas classificado em concurso para cargo de magistério público municipal.





2. **Estava**, a sua transferência para a reserva remunerada, subordinada à autorização do Presidente da República para a investidura, de acordo com o § 3º do art. 98 da Lei nº 6.880-80 (**redação original**), norma recebida pelo § 9º do art. 42 da Constituição de 1988, onde expressamente se remete, à lei ordinária, o estabelecimento das condições de transferência dos servidores para a inatividade.

3. **Mandado de segurança, por maioria, indeferido.**"  
(MS 22.416/PA, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI - grifei)

A existência desse precedente, firmado por expressiva maioria pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, leva-me, em obséquio ao princípio da colegialidade - não obstante ressaltando a minha posição pessoal - a indeferir o presente mandado de segurança, cassando, em consequência, a medida liminar anteriormente concedida.

É o meu voto.



14/08/96

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANCA N. 22402-9 RIO DE JANEIROV O T O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA:- Senhor Presidente, também eu anteriormente pensava, com salientou o eminente Ministro Celso de Mello, que seria inconstitucional o art. 98 do Estatuto dos Militares, tese esta sustentada pela ilustre Subprocuradora Geral da República, Dra. Anadir Mendonça. No entanto, à época do julgamento do Mandado de Segurança n° 22.416, realizado neste Plenário em 01/08/96, convenci-me a respeito dos argumentos levantados pelo Ministro-Relator daquele Mandado de Segurança, Octávio Gallotti, que o § 3° do art. 42 haverá que ser entendido em harmonia com o § 9°, desse mesmo dispositivo constitucional.

Ora, em face desse raciocínio, é evidente compreender-se que o art. 98 foi recebido pela Carta de 1988.

Diante desse entendimento acompanhei S. Exa., portanto, na linha de tal precedente no qual me posicionei favoravelmente.

Indefiro a ordem, acompanhando o eminente Ministro-Relator Celso de Mello.



14/08/96

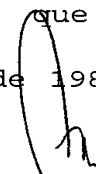
PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA N. 22402-9 RIO DE JANEIRO

## VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, atuando no campo monocrático e, também, em órgão fracionário, sempre me rendo à jurisprudência do Plenário, porque entendo que não devemos contribuir para a divergência que denomino intestina, que leva o Judiciário ao descrédito maior junto aos jurisdicionados. Todavia, quando no Plenário, devo fazê-lo com a maior espontaneidade possível, curvando-me, apenas, à própria consciência, à formação humanística e profissional que possuo. Tendo refletido muito acerca do desiderato do mandado de segurança n° 22.416, relatado pelo Ministro Octavio Gallotti, na última semana, examinei dois mandados de segurança versando sobre a mesma matéria e, cotejando os diversos dispositivos que a regem, não consegui formar convencimento, mesmo diante dessa reflexão maior, contrário ao que sustentei na assentada de 1° de agosto de 1996.

Não consigo imaginar uma lei introduzindo na Carta Política da República, mediante junção indevida, exceção nela não contemplada e estaremos caminhando neste sentido, com a devida vênias daqueles que entendem de forma diversa, caso entendamos que a passagem para a reserva - e o § 3°, do artigo 42 da Carta de 1988,



**MS 22.402-9 RJ**

mencionado pelo nobre Relator, disciplina simplesmente tal procedimento - depende de ato discricionário do Comandante maior das Forças Armadas, do Mandatário maior da Nação. De duas, uma: ou o § 3º do artigo 42 assegura ao militar, mediante simples manifestação de vontade deste, aceitando um cargo público, a passagem para a reserva, ou não.

O dispositivo constitucional, para mim, é de clareza solar, meridiana, agressiva: o militar em atividade que aceitar cargo público permanente - e aqui houve uma modificação considerada a Carta pretérita, no que se cogitava da posse do militar, e a atual, apenas, alude à aceitação, que é ato de vontade do próprio militar - será transferido para a reserva. Como dizer que a lei ordinária, o Estatuto dos Militares, via o § 3º do artigo 98, no que encerra a deliberação sempre respeitada do Presidente da República, condiciona essa passagem para a reserva assegurada constitucionalmente? Sim, o preceito condiciona a própria passagem para a reserva, em face à assunção de cargo público, à autorização do Presidente da República para que nele - e esta é a causa constitucional - o militar seja empossado. Por isso, a lei, no particular, não foi recepcionada pela Carta atual, flagrante a diferença entre aceitar o cargo e nele ser empossado.

Não vejo como isso possa ocorrer, Sr. Presidente. A problemática concernente à espécie da reserva é solucionada pela lei ordinária (Estatuto dos Militares), no que revela que, em se tratando de cargo ou função situados no âmbito da carreira do

MS 22.402-9 RJ

magistério, ela é remunerada. A par desse aspecto, não posso conceber que fique sob a pena do Presidente definir se a reserva de João deve ser remunerada; a de Sílvio, sem remuneração; a de Joaquim, remunerada; e assim por diante. A discricionariedade não pode chegar a esse ponto, porque, para mim - e utilizo uma palavra constante do voto do nobre Relator - o que se passará a ter será o arbítrio, simples arbítrio, discrepando, a mais não poder, do que se contém no § 3º do artigo 42 da Carta Política da República.

Peço vênias para manter-me fiel à premissa que anunciei no início de meu voto. Atuando em órgão fracionário, monocraticamente, sou um juiz disciplinado, mas, no Plenário, sou um juiz absolutamente independente para manifestar-me de acordo com o convencimento já formado, e o dia que não puder proceder assim, requeiro, porque já tenho, inclusive, tempo de serviço para tanto, aposentadoria.

Peço vênias para conceder a ordem.

É o meu voto.

X X X

14/08/1996

TRIBUNAL PLENO

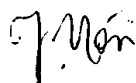
MANDADO DE SEGURANÇANº. 22.402-9 - RIO DE JANEIRO

## V O T O

**O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA:** - Sr. Presidente. Não participei do primeiro julgamento ocorrido sobre esta matéria, no Mandado de Segurança nº 22.416-PA, a 1º de agosto deste ano. Compreendo, entretanto, que a orientação adotada pelo Plenário guarda conformidade com o sistema da Constituição.

Em primeiro lugar, a transferência para a reserva remunerada é uma forma de inatividade do militar; voluntariamente, se ele atingir os pressupostos estabelecidos em lei, pode requerê-la e se tornar militar inativo, percebendo as vantagens próprias do posto ou graduação. Não é, evidentemente, dessa situação que se cuida. Trata-se de militar, oficial, que, não tendo ainda as condições para pedir transferência voluntária para a inatividade, para a reserva remunerada, faz concurso para um cargo público e pretende exercê-lo.

A condição estabelecida em lei não é, portanto, uma demasia, atende a essa circunstância fundamental; não tem o impetrante, ainda, condições de, voluntariamente, ir para a reserva remunerada. Para que isso ocorra, é necessário que o Presidente, como Chefe do Poder Executivo, entenda que é dispensável o seu concurso no serviço público, podendo, assim, afastar-se, exercer cargo civil efetivo, percebendo, entretanto, proporcionalmente ao tempo que tiver de serviço militar, mais as vantagens decorrentes da carreira.



Não se trata, portanto, de um direito do oficial que ainda não preenche as condições de transferência para a reserva. Se ele quiser, todavia, exercer cargo civil, afastando-se do serviço militar, de acordo com a Constituição, fica com a possibilidade da transferência para a reserva não remunerada. Parece que é tal, exatamente, o sentido dessa disposição e dessa exigência.

Assim sendo, se o Presidente da República indefere o pedido de afastamento, só há uma opção: transferir-se para a reserva não remunerada e exercer o cargo civil.

Daí por que, acompanhando a maioria que se formou naquela oportunidade, meu voto sobre a matéria, agora, é no mesmo sentido, o que me faz, também, indeferir o mandado de segurança.

*T. Mariz*

14/08/96

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANCA N. 22402-9 RIO DE JANEIRO

## VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (Presidente): De minha parte, também peço vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio para indeferir a segurança.

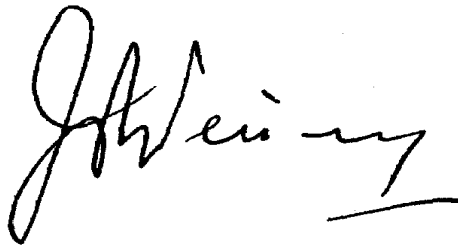
Refleti sobre o tema e sobre ele pronunciei voto no MS 22.416, julgado em 1º de agosto de 1996, ao qual me reporto.

Concordo plenamente com S. Exa., em que, se a Constituição assegurasse o direito à reserva remunerada, a lei não poderia estabelecer, como condição dela, uma autorização do Presidente da República.

Mas a regra do art. 42, § 3º, da Constituição, a meu ver, não é uma norma de atribuição de direito, é uma norma de incompatibilidade: o militar não pode exercer cargo civil e permanecer na ativa. Por isso, se aceitar o primeiro será transferido para a reserva, diz a Constituição. À lei cabe estabelecer quando, nesta circunstância, terá o militar, ou não, direito à reserva remunerada.

Não entro na cogitação sobre se é lícito ou não atribuir essa distinção entre reserva remunerada e reserva não remunerada, em cada caso, ao puro arbítrio do Presidente da República. Isto seria oportuno indagar se houvesse caso em que, segundo as normas gerais, o militar já tivesse direito à reserva remunerada: aí, de logo, entenderia arbitrário exigir-se uma autorização do Presidente da República.

Nesses termos, indefiro a segurança.





PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

**MANDADO DE SEGURANÇA N. 22402-9**

ORIGEM : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

IMPTE. : SERGIO SANTI DE SOUZA


ADV. : MARIA RITA DE CASSIA FIGUEIREDO PINTO E OUTRO

IMPDO. : PRESIDENTE DA REPUBLICA

**Decisão** : Por maioria de votos, o Tribunal indeferiu o mandado de segurança e cassou a medida liminar concedida, vencido o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente. Falou pelo impetrante o Dr. Spencer Daltro de Miranda Filho. Ausente, justificadamente, o Ministro Moreira Alves. Plenário, 14.08.96.

Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Senhores Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

  
LUIZ TOMIMATSU  
Secretário