

**FUNCIONÁRIO PÚBLICO — APOSENTADORIA — EXERCÍCIO
DE CARGO EM COMISSÃO**

— O funcionário aposentado, quando no exercício de cargo em comissão, pode optar pelos proventos da aposentadoria.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO

PROCESSO N. 1.984-52

Consulta o Serviço do Pessoal do Ministério da Fazenda sobre se o funcionário aposentado pode optar pelos pro-

ventos da aposentadoria, no caso de nomeação para cargo isolado de provimento em comissão.

2. Após fazer referência aos arts. 110 e 216 do Estatuto dos Funcionários acentua o Serviço do Pessoal:

Em princípio, não há diferença fundamental de ordem técnica, entre “vencimento” e provento, salvo a que resulta de ser aquêle a retribuição do funcionário em atividade e êste a do inativo. Se se permite ao funcionário aposentado o exercício de cargo em comissão, ter-se-á, lògicamente, de admitir que possa optar pelo provento da aposentadoria, no caso de ser êle superior ao vencimento do cargo em comissão, tal como se procede, em igualdade de condições, ao funcionário que se encontra em atividade.

3. Relembra, ainda, o mesmo Serviço do Pessoal a seguinte orientação traçada pelo DASP, em parecer emitido no processo n. 9.014-43 (D.O. de 5-8-43):

“Quando nomeado ou designado para cargo de provimento em comissão ou admitido para função de extranumerário contratado, não deverá o reformado da P.M.D.F. perder essa situação, cabendo-lhe, no entanto, optar pelo salário da função ou pelo provento da reforma”. Para concluir que, embora não tenha dúvida em considerar como acertada a resposta afirmativa à consulta de início referida, solicita que o assunto seja examinado por êste Departamento, por se tratar de interpretação de texto-legal, interessando ao serviço público em geral.

4. O Decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939, ao regular, no Capítulo II, as questões referentes ao pagamento dos funcionários, fixa no art. 110, os seguintes princípios para os titulares de cargos em comissão:

Art. 110. O funcionário nomeado para exercer o cargo isolado, provido em comissão, perderá o vencimento ou remuneração do cargo efetivo.

Parágrafo único. Quando o vencimento ou remuneração do cargo efetivo fôr superior, o funcionário poderá optar por êle.

5. O preceito do art. 110 consagra, portanto, o princípio de que o funcio-

nário que se afasta do seu cargo efetivo para exercer outro em comissão, deve perceber o vencimento dêste último, deixando de usufruir as vantagens financeiras do cargo efetivo. Reconheceu, todavia, o legislador a inconveniência de subordinar a êsse critério de ordem geral aquêles que já servem ao Estado, em caráter efetivo, e são chamados a desempenhar, em comissão, outras funções para as quais são previstos vencimentos inferiores. Para contornar êsse inconveniente, admitiu-se, no parágrafo único do art. 110, uma exceção, que consiste em facultar, em tais casos, o direito de opção pelo funcionário.

6. Compreende-se que ao consagrar tal exceção não haja o legislador feito referência expressa a “proventos” limitando-se a falar em “vencimento ou remuneração”. E' que o Capítulo II do Estatuto — “Do vencimento e da remuneração” — tem em vista regular as questões subordinadas a êsse regime de retribuição pecuniária do funcionalismo, inclusive no que respeita aos titulares de cargos em comissão.

7. Não se deve, todavia, esquecer que o aposentado não perde sua condição de funcionário e, naquela qualidade, poderá exercer cargo de provimento em comissão, conforme prevê, taxativamente, o art. 216 do Decreto-lei n. 1.713.

“Art. 216. O funcionário aposentado ou em disponibilidade poderá exercer cargo de provimento em comissão”.

8. Afigura-se, assim, a esta Divisão que o direito de opção contido no parágrafo único do artigo 110 do citado Decreto-lei n. 1.713, de 1939, se aplica, por extensão, ao caso focalizado na consulta do Serviço do Pessoal do Ministério da Fazenda.

9. Cumpre assinalar que, no entender desta Divisão, a cláusula. “... perdendo, porém, o provento da inatividade enquanto estiver em exercício”, constante do art. 216, “in fine”, do Decreto-lei n. 1.713, de 1939, tem por finalidade deixar bem explícita a impossibilidade de acumulação (já agora modificada em face do art. 185 da Constituição de 1946) do “vencimento” do car-

go em comissão com o “provento” da aposentadoria ou disponibilidade. Esse ponto de vista tem como fundamento a circunstância de subordinar-se aquela disposição legal ao Capítulo XII — “Da Acumulação”, do Decreto-lei n. 1.713; o visível propósito de evitar interpretações tendenciosas que, sob o fundamento de constituir “o provento da aposentadoria direito inalienável do funcionário e de sua família” que “se incorpora definitivamente ao patrimônio do servidor” (doutrina invariavelmente defendida pelo DASP, conforme se acentua no processo), viessem burlar a proibição no próprio corpo do Decreto-lei n.º 1.713, de direito de opção, o qual, como ficou demonstrado, é extensivo aos aposentados e disponíveis federais.

10. À vista das razões expostas, opina esta Divisão por que seja respondida afirmativamente a consulta em apêço.

D.P., em 12 de março de 1952 — José de Nazaré Teixeira Dias, Diretor.

*

Processo n.º 1.984-52 — Pergunta-se se funcionário aposentado, nomeado para cargo público em comissão, pode optar pelos proventos da aposentadoria.

2. Não cuida a lei expressamente da hipótese, sustentando a D. P. que se aplica, por extensão, a regra contida no parágrafo único, do art. 110 do Decreto-lei n.º 1.713, de 28-10-39, que estabelece:

“Art. 110. O funcionário nomeado para exercer cargo isolado, provido em comissão, perde o vencimento ou remuneração do cargo efetivo.

Parágrafo único. Quando o vencimento ou remuneração do cargo efetivo fôr superior, o funcionário poderá optar por êle”.

3. Estou de acôrdo com êsse parecer. Não é possível admitir que o servidor aposentado, chamado, excepcionalmente, a prestar serviços, deva ser obrigado a receber os vencimentos do cargo, ainda que inferiores aos proventos da inatividade. Seria impor-lhe, além da obrigação de trabalho, de que já estava exonerado, um dano patrimonial,

sem qualquer justificativa. Se a lei proíbe, de forma expressa, o exercício gratuito de função ou cargo remunerado (Estatuto, art. 210), seria contra-senso admitir que pudesse alguém exercê-lo, com decréscimo de vantagens.

4. O assunto será resolvido pela regra supracitada que, na melhor censura do direito, pode ser considerada extensiva aos servidores aposentados, “Funcionário” e “vencimentos” são termos genéricos, muitas vèzes empregados, indistintamente, para o servidor ativo ou inativo. É o caso do art. 110 e do art. 118, do mesmo Capítulo.

5. Contra a validade dessa exegese, invoca-se, impròpriamente, o art. 216 do Estatuto e seu parágrafo único, que dispõem:

“Art. 216. O funcionário aposentado ou em disponibilidade poderá exercer cargo de provimento em comissão, perdendo, porém, o provento da inatividade enquanto estiver em exercício.

Parágrafo único. Quando designado para órgão legal de deliberação coletiva, poderá receber a gratificação respectiva além do provento de inatividade”.

6. A dúvida não nos parece procedente, ainda que se adote rígida interpretação *ad ungem*.

7. A regra do artigo citado, contida no Capítulo das *acumulações*, tem por único objetivo vedar que os funcionários aposentados acumulem seu provento com os vencimentos de cargos públicos, burlando a proibição genérica da lei. Não se lhe pode dar maior alcance, pretendendo condicionar-lhe o sistema de pagamento nos cargos em comissão, assunto regulado exaustivamente no Capítulo que cuida da espécie.

8. E' êsse o nosso parecer. O aposentado é um funcionário público, e, naquilo que não fôr incompatível deve-se-lhe aplicar tôdas as disposições vigentes para os funcionários.

9. Ainda mesmo, entretanto, que se considerasse improcedente a interpretação sustentada, não teríamos dúvidas em recomendar a aplicação analógica do dispositivo aos servidores aposentados.

E' êsse o espírito da lei, coerente com o sistema. O direito, como diz Carlos Maximiliano, não é só o conteúdo imediato das disposições expressas, mas também, o conteúdo virtual das normas não expressas, porém ínsitas no sistema (Hermenêutica, pág. 259). Se a lei não previu a hipótese é, apenas, pela singularidade quase imprevisível da situação. Previu-se que o funcionário ativo pudesse aceitar comissão, optando pelos seus vencimentos; descuidou-se porém, da hipótese, inusitada, do aposentado

que se dispõe a trabalhar, mas cujos proventos de inatividade são maiores do que aquêles que poderia perceber pelo exercício efetivo do cargo.

10. E' essa lacuna, que autoriza a aplicação analógica: *neque quod scriptum non est jus non est*.

E' o meu parecer, s.m.j.

Distrito Federal, 20 de março de 1952.
— *Alaim de Almeida Carneiro*, Consultor Jurídico.

Aprovado. — Em 22-3-52 — *Arizio de Viana*, Diretor-Geral.