ACUMULAÇÃO REMUNERADA — BOA-FÉ

— A acumulação de boa-fé não obriga à restituição de vencimentos.

— Interpretação do art. 193 *do Estatuto dos Funcionários Públicos.*

PARECER

Reconhecida a boa-fé na acumulação, que, posteriormente, se verificou ser vedada pelo art. 185 da Constituição de 46, é solicitado o parecer desta Consultoria sôbre o recurso do interessado contra o ato que lhe determinou a reposição aos cofres da repartição estadual do que foi julgado como recebido indevidamente.

2. E' terminante e claro o art. 193 do Estatuto dos Funcionários Públicos, cujo regime jurídico é, art. 252, item II, extensivo a esta entidade, quando dispõe, *in verbis*:

"Art. 193 — Verificada em processo administrativo acumulação proibida, e provada a boa-fé, o funcionário optará por um dos cargos.

Parágrafo único — *Provada a má-fé*, perderá também o cargo que exercia há mais tempo e *restituirá o que tiver percebido indevidamente*. (Grifos nossos).

3. Primeiramente, vale acentuar que, coerente com o princípio de que a má-fé, em regra, se não presume (Clóvis Bevilaqua, *Código Civil*, vol. 1, 1944, página 359), exige a lei, no supramencionado parágrafo único, *in principio*, que a má-fé seja provada.

Doutrina, excelentemente, Carlos Maximiliano: "Tôdas as presunções militam a favor de uma conduta honesta e justa; só em face de indícios decisivos, bem fundadas conjecturas, se admite haver alguém agido com propósitos cavilosos, intuitos contrários ao Direito, ou à Moral" (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 1925, pág. 278).

4. Por outra parte, não podem ser estranhos, em matéria administrativa, pelo que respeita às penalidades, os princípios vigorantes de que — *Nulla poena sine lege*, e o de que se não pode transportar uma incriminação sôbre um ato ou uma omissão não expressamente punidos pela lei (Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, 1948, pág. 202).

A propósito, eis a magnífica lição de Marcelo Caetano: "Todavia, o superior tem de escolher uma das penas estabelecidas na lei: o superior hierárquico não pode criar sanções disciplinares" (*Manual de Direito Administrativo*, 1951, pág. 505).

5. Ora, não há por onde trasladar-se a penalidade da restituição, prevista no caso de má-fé, para o funcionário que tiver percebido indevidamente, por acumulação proibida, da parte final do parágrafo único do art. 193 do E.F.P., para a situação *toto coelo* diferente da boa-fé, referida no corpo do cit. artigo 193 do E.F.P., e na qual o legislador deu ao funcionário o *direito* de *optar* por um dos cargos.

6. Distintos e opostos como são os institutos da má-fé e da boa-fé, é óbvio que se não pode pretender aplicar a êste as sanções taxativamente reservadas em lei àquele.

7. Otávio M. Guimarães, referindo-se antes a Bonfante, para quem a boa-fé é um estado psicológico do sujeito, assim a caracteriza: "Boa-fé é a representação que se origina de um êrro excusável, de um engano relevado; há-de ser certamente expressão de um ato sério e ponderado" (*A Boa-Fé no Direito Civil Brasileiro*, 1938, pág. 32).

8. Como se observa, o atual Estatuto dos Funcionários Públicos é mais equânime do que o antigo, na hipótese da boa-fé, porquanto êsse último, no § 1.º, do seu art. 217, fixara, para logo, o critério de que o funcionário seria mantido no cargo ou função que exercia há mais tempo, sendo demitido do outro, não assistindo, conseguintemente, ao interessado a faculdade de optar, o que, presentemente, se dá.

9. O Decreto n.º 39.956, de 2 de agôsto de 1954, em regulamentando os artigos 188 a 193 da Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952, manteve, no seu art. 14, a disposição do citado art. 193 do E.F.P., apenas esclarecendo, no seu parágrafo único, que a *mala fides* provada implica na perda *de todos os cargos*.

10. Em suma, entendemos, S.M.J., que a prestação de serviços, no caso de provada a boa-fé na acumulação proibida, não justifica a restituição do que tiver percebido o funcionário.

Rio, 20 de outubro de 1954. — *Javert de Sousa Lima*, Procurador do I.A.P.C.