FUNCIONÁRIO PÚBLICO – ACUMULAÇÃO – APOSENTADORIA

– Aposentado, durante o curso da impetração, do cargo público que exercia e extinta, assim, a acumulação, concede-se ao impetrante a segurança para que fique no exercício do emprego junto à Fundação Pró-Memória.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mandado de Segurança nº 16
Impetrante: Sylvio Clemente da Motta
Impetrado: Ministro de Estado do Planejamento
Relator: Sr. Ministro *Américo Luz*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deferir o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 31 de outubro de 1989 (data do julgamento) – *Armando Rolemberg*, Presidente. *Américo Luz*, Relator.

RELATÓRIO

O *Sr. Ministro Américo Luz*: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Sylvio Clemente da Motta contra ato do Exmº Sr. Ministro de Estado do Planejamento, assim resumido no parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (fls. 35-7):

"O impetrante alega na inicial que desde 15.6.1960 é funcionário público federal, atualmente lotado no Inamps, e que, somado o tempo de serviço militar e o de licença-prêmio não gozada, já perfaz 33 anos de serviço público.

Afirma também que, há 10 anos, concomitantemente com o exercício do cargo público, exerce função técnica em fundações públicas, trabalhando atualmente na Fundação Nacional Pró-Memória.

Segundo o autor, a acumulação do cargo público com o emprego junto à fundação indicada, até o dia 30.3.1989, era legal, seja pela compatibilidade horária, seja pela vinculação a regimes jurídicos distintos (estatutário e celetista).

Alega ainda o autor que, no dia 30.3.1989, valendo-se de prerrogativa constitucional, requereu a sua aposentadoria por tempo de serviço, proporcional, do cargo público.

Informa na inicial que, um dia após o seu pedido de aposentadoria, foi publicada a Portaria nº 422, da Seplan, regulamentando o Decreto nº 97.595 de 29.3.1989, que dispôs sobre o procedimento a ser adotado no caso de acumulações de cargos, empregos ou funções na Administração Pública, em desacordo com o regramento constitucional e o decreto regulamentador. Tal Portaria, consoante reza o art. 1º, *caput*, permite que o servidor que se encontre acumulando indevidamente cargo, emprego ou função *opte*, no prazo nele fixado, por um dos cargos, empregos ou funções.

Entretanto, como o § 2º do mesmo artigo estabelece que 'a opção terá o mesmo efeito do pedido de exoneração, demissão ou dispensa do cargo, emprego ou função ocupado', o impetrante entendeu que é ilegal tal conseqüência em prejuízo à sua pretensão de aposentar-se no cargo público, posto que considera ter direito adquirido a tanto, mesmo porque tem 'estabilidade adquirida em ambas as funções'.

Pretende, em conseqüência, que lhe seja assegurado o direito de continuar trabalhando na Fundação Nacional Pró-Memória ao mesmo tempo que se aposenta do cargo público junto ao Inamps.

Pleiteou medida liminar, para que a questão permanecesse *sub judice* até a decisão final.

A liminar foi indeferida.

A autoridade apontada como coatora, em suas informações (fls. 29/33), sustenta que a acumulação referida pelo impetrante é ilegal desde o advento da nova Constituição, ante o disposto no art. 37, incisos XVI e XVII. Ademais, o pedido de aposentadoria no cargo público, por si só, não elide a acumulação e inexiste direito adquirido à acumulação, posto que não há direito adquirido contra texto constitucional. Em conseqüência, pede a denegação da segurança."

A fls. 41, comunicou o impetrante o deferimento, pelo Inamps, do seu pedido de aposentadoria, publicado no Diário Oficial, Seção II, p. 5.131-4, as quais se encontram acostadas às fls. 42-3.

Relatei.

VOTO

O *Sr. Ministro Américo Luz*: – Adoto integralmente, como razões de decidir a espécie, a fundamentação constante do parecer exarado pelo culto Subprocurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, posto nestes termos (fls. 37-9):

"Não há dúvida de que até o advento da atual Constituição o impetrante não estava impedido de acumular o cargo público que exercia perante o Inamps com o emprego junto à Fundação Nacional Pró-Memória. Da mesma forma, até então não tinha direito à obtenção de aposentadoria proporcional por tempo de serviço no cargo público.

A nova Constituição, em vigor desde 5.10.1988, ao mesmo tempo em que tornou ilícita a acumulação de cargo público com emprego em Fundação (art. 37, incisos XVI e XVII), criou o direito à aposentadoria aos trinta anos de serviço, se homem, com proventos proporcionais a esse tempo (art. 40, inciso III, letra *c*).

O impetrante foi alcançado, ao mesmo tempo, pelas duas regras. A incidência, concomitante, das duas normas constitucionais está a sugerir uma interpretação que dê eficácia às duas disposições. Portanto, a acumulação do cargo público com o 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.

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 conclui:

'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* 5ª ed. rev. ampliada de acordo com a nova Constituição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 577.)

A Portaria questionada, ao estabelecer que a opção por um cargo ou emprego importa necessariamente em pedido de exoneração, demissão ou dispensa do outro cargo ou emprego, sem ressalvar 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.

É que, embora não tenha direito a persistir na acumulação, que é ilícita desde 5.10.1989, o impetrante diante do disposto no art. 40, inciso III, letra *c* da Constituição atual tem direito a que seja examinado o seu pedido de aposentadoria do cargo público, a partir da mesma data, para que fique extinta a cumulação ilícita do cargo público com o emprego já mencionado."

Como já se encontra o impetrante aposentado do cargo público que exercia, concedo a segurança para que fique no exercício do emprego junto à Fundação Nacional Pró-Memória, posto que inexistente proibição constitucional na hipótese.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

MS nº 16-DF (89 70754) – Rel: Min. Américo Luz: Impte.: Sylvio Clemente da Motta, Impdo.: Ministro de Estado do Planejamento. Advs.: Sylvio Clemente da Motta e Otaviano Coimbra da Rocha.

Decisão: A Seção, por unamidade, deferiu o mandado de segurança (em 31.10.1989 – 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral, Ilmar Galvão, José de Jesus, Garcia Vieira, Vicente Cernicchiaro e Adhemar Maciel votaram com o Sr. Ministro Relator. O Sr. Ministro Miguel Ferrante não participou do julgamento. Presidiu a sessão o Exmº Sr. Ministro Armando Rolemberg.