

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA  
D.J. 03.06.2005  
EMENTÁRIO Nº 2194-2

14/09/2004

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.249-7 DISTRITO FEDERAL

**RELATOR** : **MIN. EROS GRAU**  
**RECORRENTE** : JOÃO HUMBERTO DA COSTA E SILVA  
**ADVOGADOS** : RAFAEL TORRES DOS SANTOS E OUTROS  
**RECORRIDA** : UNIÃO  
**ADVOGADO** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**EMENTA:** ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONCEITO. CONCEITOS JURÍDICOS. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. NÃO-EXERCÍCIO DO DIREITO DE OPÇÃO NO PRAZO LEGAL. MÁ-FÉ CONFIGURADA.

1. Para efeitos do disposto no art. 37, XVII, da Constituição são sociedades de economia mista aquelas --- anônimas ou não -- sob o controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, independentemente da circunstância de terem sido "criadas por lei".

2. Configura-se a má-fé do servidor que acumula cargos públicos de forma ilegal quando, embora devidamente notificado para optar por um dos cargos, não o faz, consubstanciando, sua omissão, disposição de persistir na prática do ilícito.

3. Recurso a que se nega provimento.

A C Ó R D ã O

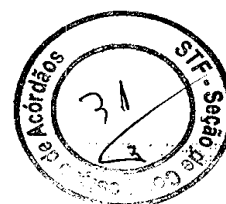
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

Brasília, 14 de setembro de 2004.

  
EROS GRAU

-

RELATOR



14/09/2004

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.249-7 DISTRITO FEDERAL**RELATOR : MIN. EROS GRAU**

RECORRENTE : JOÃO HUMBERTO DA COSTA E SILVA  
ADVOGADOS : RAFAEL TORRES DOS SANTOS E OUTROS  
RECORRIDA : UNIÃO  
ADVOGADO : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**R E L A T Ó R I O**

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por João Humberto da Costa e Silva contra acórdão proferido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

"ADMINISTRATIVO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DECRETO. CRIAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO DE AÇÕES. POSSIBILIDADE. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE TRÊS CARGOS PRIVATIVOS DE MÉDICO. IMPOSSIBILIDADE. PRAZO. OPÇÃO. INÉRCIA DO SERVIDOR. MÁ-FÉ CARACTERIZADA. DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1 - Consoante abalizada doutrina, a formação de sociedades de economia mista pode se dar pela desapropriação de ações de sociedade privada (art. 236, parágrafo único, Lei nº 6.404/76), quando, então, prescinde de lei **stricto sensu**.

2 - Desapropriadas as ações do Hospital Cristo Redentor S/A em 1975, passando a companhia a integrar o Ministério da Previdência e Assistência Social, não há como dar azo ao argumento do impetrante de que, quando da sua contratação, em 1986, ocasião em que já ocupava cargos no INSS e na Prefeitura Municipal de Porto Alegre, aquele possuía natureza particular, não podendo o vínculo ser contado para fins de vedação constitucional à acumulação de cargos públicos.

3 - Oportunizada ao servidor, pela autarquia, prazo para que fizesse sua opção, em regular processo administrativo, de molde a enquadrar-se no permissivo constitucional e aquele, não se manifestando, resta

8

caracterizada a má-fé, de molde a justificar a pena de demissão.

4 - "Segurança denegada" (fl. 301).

2. O mandado de segurança tem como objeto a anulação de ato do Ministro da Previdência e Assistência Social que demitiu o impetrante do serviço público, por acúmulo ilegal de cargos públicos.

3. Extrai-se dos autos que o recorrente entregou ao INSS, em 1.998, declaração em que descrevia o exercício de cargos de médico em três diferentes instituições (fl. 24):

- INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, entidade autárquica federal, como médico desde 27.07.79, pelo regime jurídico Autárquico Estatutário, matrícula nº 2.077.167;
- HOSPITAL DE PRONTO SOCORRO, ente vinculado à Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul, como médico desde 24.07.73, regime jurídico estatutário;
- HOSPITAL CRISTO REDENTOR S/A, desde 01.06.1986, regime jurídico celetista e optante do sistema do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço." (fl. 03)

4. Esclarece que sempre preencheu a declaração dessa forma, sendo que sua situação, até então, havia sido considerada **regular**.

5. Ocorre que em janeiro do ano subsequente (1999), o ente autárquico entendeu configurada a acumulação de três cargos privativos de médico perante o poder público, em face da edição do Decreto n. 2.923, que incluiu, entre outros, o Hospital Cristo

RMS 24.249 / DF

Redentor S/A entre as instituições vinculadas à Administração Pública.

6. Por entender que houve violação do artigo 37, XVI e XVII, da Constituição do Brasil, o INSS notificou o servidor para que optasse por dois cargos públicos, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de, não o fazendo, ser instaurado processo administrativo disciplinar.

7. O servidor ajuizou mandado de segurança contra a determinação, sendo que o pedido de liminar foi indeferido (fls. 39/57).

8. Expirado o prazo para a opção, o Superintendente estadual do INSS determinou a formação de uma Comissão de Inquérito (fls. 111/112).

9. No processo administrativo, o recorrente apresentou defesa escrita (fls. 158/168), pugnando pela legalidade da acumulação de cargos e sua boa-fé, formulando inclusive pedido sucessivo de opção por dois dos cargos, caso fosse mantida a exegese de impossibilidade de acumulação dos três cargos.

10. A Comissão de Inquérito, em seu relatório final, considerou, com base no artigo 132, XII, da Lei n.º 8.112/90, haver acumulação ilegal de cargos, a partir da vigência do Decreto n.º 2.923/99, ressaltando inclusive a má-fé do servidor, que não fez uso do direito de optar, embora devidamente citado, permanecendo nas três funções originárias.

RMS 24.249 / DF

11. O relatório final foi acolhido pelo Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, que efetuou a demissão do recorrente do quadro de pessoal do INSS, conforme Portaria n. 6.477, de 06/06/2000.

12. Daí a impetração do *mandamus* junto ao Superior Tribunal de Justiça. Denegada a segurança, interpôs o presente recurso ordinário.

13. Alega que o "*Hospital Cristo Redentor S/A não se enquadra na regra constitucional do acúmulo ilegal, uma vez que não foi criada por lei nem é controlada pela União, pelo que não configura qualquer das hipóteses jurídicas previstas como geradora de acúmulo no artigo 37, inciso XVII da Carta Magna de 1988.*"

14. Aduz, também, que o ente autárquico além de não ter provado a má-fé do servidor, lhe proibiu de se defender quanto a esse ponto, uma vez que entendeu satisfeito o requisito legal do § 6º do artigo 133 da Lei n. 8.112/90 pela simples incoerência da opção.

15. Em contra-razões, a União sustenta que o acórdão vergastado não merece reforma, visto que restou configurada de forma inequívoca a má-fé do recorrente, que deixou exaurir o prazo legal para o exercício da opção, sem manifestar a sua escolha por dois dos três cargos de médico que exercia, impondo-se, assim, a sua demissão, em homenagem ao princípio da moralidade pública (fls. 330/337).

16. O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso, por entender que não restou configurada a má-fé do

RMS 24.249 / DF

servidor, requisito essencial para a aplicação da penalidade de demissão, conforme a legislação pertinente.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long vertical stroke extending downwards.

V O T O

**O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR):** Senhor presidente, o deslinde da controvérsia reclama a consideração de dois aspectos. O primeiro respeita à configuração, ou não configuração, do Hospital Cristo Redentor S/A como sociedade de economia mista, para os efeitos do disposto no inciso XVII do art. 37 da Constituição do Brasil, onde a vedação da acumulação remunerada de cargos públicos. O segundo, desde que se conclua pela acumulação proibida, à configuração de má-fé por parte do servidor.

2. A Constituição do Brasil estabelece que *"a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público"* (CF/88, artigo 37, XVII, com a redação dada pela EC 19/98).

3. A União, em razão do disposto no decreto n. 75.403/75, que declarou de utilidade pública para fins de desapropriação, em regime de urgência, a totalidade do seu capital social, assumiu o controle societário do Hospital Cristo Redentor S/A. Posteriormente, o decreto n. 75.457/75 reduziu a participação da União no capital social do Hospital Cristo Redentor S/A para 51% (cinqüenta e um por cento) do seu total.

4. O recorrente sustenta que o Hospital Cristo Redentor não pode ser considerado sociedade de economia mista, pertencente à Administração Indireta, em razão da ausência de autorização legislativa para sua criação, mediante lei específica, consoante

RMS 24.249 / DF

exigência do disposto no inciso XIX do artigo 37 da Constituição do Brasil, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional 19/98.

5. Assevera, ainda, que o mencionado hospital "NÃO É CONTROLADO SOB QUALQUER ASPECTO PELA UNIÃO, tendo em vista que cabe à sua diretoria contratar, demitir, gerir recursos, fazer investimentos, recolher impostos e realizar contabilidade, pois que atividade privada dedicada ao LUCRO" (grifos no original).

6. Esgrimidos esses argumentos, entende que a entidade em questão não poderia ser considerado sociedade de economia mista, nem sociedade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.

7. Não assiste razão ao recorrente.

É que a expressão "sociedade de economia mista" é termo de conceitos jurídicos distintos. Vale dizer: conceitos distintos são referidos pelo mesmo termo, "sociedade de economia mista".

A cada conceito corresponde um termo. Este --- o termo -- é o signo lingüístico do conceito, é a expressão do conceito<sup>1</sup>. Nada impede que um mesmo vocábulo ou expressão seja tomado como termo de mais de um, distintos entre si, conceitos jurídicos.

8. Tratando do tema<sup>2</sup>, observei serem várias as posturas assumidas pela doutrina em torno da caracterização das sociedades de

<sup>1</sup> Veja-se meus Direito, conceitos e normas jurídicas, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.988, págs. 61 e ss. e Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 2ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, pág 213 e ss.

<sup>2</sup> Direito, conceitos e normas jurídicas, cit., págs. 87 e ss.



RMS 24.249 / DF

economia mista. Compreenderiam uma espécie do gênero "paraestatal", porque dependem do Estado para sua organização, praticando atos delegados de poder público; o elemento essencial, nelas, seria a participação do Estado na economia interna da empresa --- no capital ou na direção --- de modo a atribuir-lhes caráter paraestatal. Seriam sociedades anônimas nas quais a entidade estatal, em qualquer das modalidades de que se reveste, é acionista ou obrigacionista; o que as caracterizaria --- além da coexistência, nela, de capitais públicos e privados --- seria a sua submissão a um regime jurídico especial, marcado por certa originalidade em relação às demais sociedades comerciais.

Esta Corte, no RE 91.035-2/RJ --- caso BANRIO Crédito Imobiliário S/A.--- em 26.6.79, decidiu que: "Não é possível confundir sociedade de economia mista com sociedade sob controle acionário do Poder Público. É a situação especial que o Estado se assegura, através de lei criadora, que caracteriza o ente assim instituído como sociedade de economia mista". Entendeu-se então que o critério jurídico adequado à caracterização da sociedade de economia mista encontra-se na outorga de direitos especiais à entidade estatal (ou entidades estatais) sua acionista<sup>3</sup>.

A outorga de tais direitos especiais, que fazem exceção à legislação comum aplicável às sociedades por ações, dá-se em lei, que implica derrogação da legislação comum.

A lei que define a outorga de tais direitos, derogando a legislação comum --- lei federal, visto que à União compete privativamente, nos termos do art. 22, I da Constituição do Brasil,

---

<sup>3</sup> Refiro-me a "acionista" porque a sociedade de economia mista assume necessariamente a forma de sociedade por ações.

RMS 24.249 / DF

legislar sobre Direito Comercial --- opera, em tais condições, a criação da sociedade de economia mista.

9. A sociedade de economia mista, pois, é criada por lei. Este o elemento primordial a caracterizá-la como sociedade de economia mista: a criação por lei<sup>4</sup>. Cuida-se, aqui, não da criação da sociedade como pessoa jurídica, mas da criação de um modelo jurídico especial, excepcional em relação ao modelo ortodoxo de sociedade anônima. No bojo deste modelo excepcional, criação da lei, o Estado atua não como mero Estado-acionista, em igualdade de condições com os acionistas privados da sociedade, mas, parcialmente --- no âmbito das prerrogativas que tenham sido atribuídas pela lei que cria o modelo --- como Estado-poder, em posição privilegiada em confronto com os acionistas privados. O Estado, destarte, nas sociedades de economia mista, está em situação assimétrica em relação aos seus acionistas privados, ao passo que, nas sociedades estruturadas segundo o modelo ortodoxo de sociedade anônima, de cujo capital participe, ainda que majoritariamente --- e que não serão entendidas como de economia mista --- está em situação de simetria em relação aos seus acionistas privados.

10. O fato, no entanto, é que no direito positivo brasileiro há mais de um conceito legal --- isto é, definição estipulativa<sup>5</sup> --- de sociedade de economia mista. De formas diversas concebem-na, v.g., o Dec.-lei n. 200/67 e a Lei n. 6.404/76.

<sup>4</sup> Neste sentido as posições assumidas por Waldemar Ferreira (*A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*, edição de 1946, p. 133) e Vicente Ráo (*O Direito e a Vida dos Direitos*, v.1.º, reedição de 1952, Max Limonad, 1960, p. 361) mesmo anteriormente ao Dec.-lei 200/67. Detido levantamento dos nomes e obras dos que as assumem, posteriormente, no artigo de Luis Gastão Paes de Barros Leães. "O Conceito Jurídico de Sociedade de Economia Mista", in *RDA*, 79/12, nota (37).

<sup>5</sup> Veja-se meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, cit., pág. 223-4.

RMS 24.249 / DF

11. O art. 5.º, III, do Dec.-lei n. 200/67 --- com a redação que lhe foi atribuída pelo Dec.-lei n. 900/69 --- define-a como "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da Administração Indireta".

São características suas, no conceito do Dec.-lei n. 200/67, as seguintes: a) coexistência de capitais públicos e privados com maioria dele porém atribuída à União ou a entidade da Administração Indireta; b) personalidade jurídica de direito privado; c) forma de sociedade anônima; d) exploração de atividade econômica; e) criação por lei. No que tange ao requisito da criação por lei aplicam-se as observações acima alinhadas.

12. A Lei n. 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações, não enuncia, expressamente, uma definição do termo "sociedade de economia mista". Não obstante, nela dá-se acolhimento às linhas fundamentais de definição contemplada no art. 5.º, III, do Dec.-lei n. 200/67. Essa circunstância tem sido sempre enfatizada pela doutrina: o seu art. 236 determina que "a constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa".

Note-se, contudo, que, ao passo que, nos termos do Dec.-lei n. 200/67, a sociedade de economia mista é criada por lei --- atribuindo-se a esta criação o sentido específico acima enunciado --- impõe-se apenas, para que ela surja nos termos da Lei n. 6.404/76, simples autorização legislativa.

O art. 236 da Lei n. 6.404/76, no entanto, define que "as sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta lei, sem

prejuízo das disposições especiais de lei federal". Nesta menção, a *disposições especiais de lei federal* entende-se esteja contemplado o reconhecimento de que a sociedade de economia mista, a que respeita a Lei n. 6.404/76, está sujeita a regime jurídico especial, excepcional em relação ao direito comum.

De toda sorte, é certo que não há correspondência plena entre a conceituação de sociedade de economia mista adotada pelo Dec.-lei n. 200/67 e a contemplada pela Lei n. 6.404/76. Isso ocorre na medida em que a Lei n. 6.404/76 trata como se não fossem sociedades de economia mista sociedades que, nos termos do que define o Dec.-lei n. 200/67, são entendidas como sociedades de economia mista.

Pois o § 2.º do art. 235 da Lei n. 6.404/76 estabelece que "[a]s companhias de que participarem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta lei, sem as exceções previstas neste capítulo".

O capítulo da Lei n. 6.404/76 no qual inserido o art. 235 é o XIX, que trata justamente das sociedades de economia mista. Nele --- arts. 235 e 242 da lei --- estão definidas as disposições específicas aplicáveis às sociedades de economia mista.

Assim, na medida em que às companhias de que participarem, majoritariamente (ou minoritariamente), as sociedades de economia mista não se aplicam as disposições específicas --- "exceções" --- previstas no Capítulo XIX da Lei n. 6.404/76, temos por evidente que essas companhias, para os efeitos da Lei n. 6.404/76, não são entendidas como sociedades de economia mista.



RMS 24.249 / DF

Sê-lo-ão, no entanto, para os efeitos do Dec.-lei n. 200/67.

Com efeito, o Dec.-lei n. 200/67 concebe a existência de sociedades de economia mista de primeiro e de segundo grau. Do primeiro tipo, aquelas sob *controle da União*; do segundo, aquelas *sob controle de entidade da Administração Indireta*.

Ora, as sociedades de economia mista são entidades da Administração Indireta, nos termos do que define o art. 4.º, II, "c", do próprio Dec.-lei n. 200/67. Desta sorte, para os efeitos do Dec.-lei n. 200/67, *são sociedades de economia mista do segundo grau* as companhias de que participarem, majoritariamente, as sociedades de economia mista de primeiro grau.

Diversamente, para os efeitos da Lei n. 6.404/76, *não são sociedades de economia mista* as companhias de que participarem, majoritariamente, as sociedades por elas concebidas como de economia mista --- vale dizer, as sociedades de economia mista de primeiro grau.

Daí a verificação de que efetivamente não há correspondência plena entre a definição de sociedade de economia mista adotada pelo Dec.-lei n. 200/67 e o conceito [de sociedade de economia mista] adotado pela Lei n. 6.404/76. O universo abrangido por este último é menor do que o colhido pela definição contemplada no Dec.-lei n. 200/67.

Outra verificação que de tudo extraímos é a seguinte: assim como há empresas sob controle do Estado que não se acomodam às definições legais de sociedade de economia mista --- e de empresa

RMS 24.249 / DF

pública --- algumas (as de segundo grau), que para os efeitos do Dec.lei n. 200/67 são entendidas como sociedades de economia mista, não podem ser entendidas como sociedades de economia mista para os efeitos da Lei n. 6.404/76.

13. Não são estas duas, no entanto, as únicas concepções consagradas no direito positivo brasileiro, das quais decorre o discernimento de *conceitos legais* de sociedade de economia mista.

Porque, até o advento da Lei n. 6.264/75, as sociedades de economia mista mereciam tratamento especial na legislação do imposto de renda -- este incidia tão-somente sobre a parcela de lucros atribuível aos seus acionistas privados -- a regulamentação do tributo definia serem sociedades como tais todas as anônimas "nas quais pelo menos 51% das ações com direito a voto pertençam à União, aos Estados e aos Municípios"<sup>6</sup>.

Nesta definição, o elemento econômico (participação majoritária no capital com direito a voto) é que se presta a caracterizar como tais as sociedades de economia mista. Além disso, dela resultava evidente, para os seus efeitos, a admissão da existência de sociedades de economia mista estaduais e municipais. Note-se que estas não podem existir para os efeitos do conceito que toma a criação por lei, enquanto modelo jurídico especial, como nota característica da sociedade de economia mista, dado que somente a União pode legislar sobre direito comercial.

As sociedades de economia mista passando, contudo, a não mais merecer tratamento o tributário específico acima aludido a

---

<sup>6</sup> Cf. o § 2º do art. 239 do regulamento aprovado pelo dec. 76.186/75.

RMS 24.249 / DF

partir da vigência da Lei n. 6.264/75, a regulamentação do imposto de renda deixou de enunciar definição que as identifique como tais, para os efeitos da legislação do tributo. Não obstante, porque em seu art. 6.º dispensou do pagamento de multas, juros moratórios e correção monetária os recolhimentos do tributo em atraso, pelas sociedades de economia mista, a própria Lei n. 6.264/75, no § 4º deste mesmo art. 6º, definiu: "Para os fins previstos neste artigo, consideram-se sociedades de economia mista aquelas sob controle governamental".

14. Vê-se, destarte, que em nosso direito positivo coexistem distintas conceituações referidas pelo termo "sociedade de economia mista".

15. Não, porém, apenas essas. Examinando a vigente Constituição do Brasil, verificaremos, por exemplo, que o princípio da vedação da acumulação remunerada de cargos públicos abrange os titulares de empregos e funções em sociedades de economia mista --- art. 37, XVII; que deputados e senadores não poderão, desde a expedição do diploma, firmar ou manter contrato (salvo quando este obedecer a cláusulas uniformes) e não poderão aceitar cargo, função ou emprego remunerado em sociedades de economia mista --- art. 54, I, "a" e "b" --- e também não poderão, desde a posse, ocupar cargo, função ou emprego, nelas, de que sejam demissíveis *ad nutum*, bem assim patrocinar causa em que seja interessada qualquer delas --- art. 54, II, "c".

Ora, diante de tais preceitos parece evidente devermos conceber em termos amplos --- e não naqueles, restritos, das definições adotadas pelo Dec.-lei n. 200/67 e, mais ainda, da Lei n. 6.404/76 --- as sociedades de economia mista. Assim não fosse, as

RMS 24.249 / DF

finalidades dos preceitos constitucionais resultariam fatalmente frustradas.

Logo, o conceito de sociedade de economia mista a considerar, para os efeitos de aplicação, v.g., dos arts. 37, XVI e XVII e 54, I e II da Constituição do Brasil, há de ser análogo ao que enuncia o § 4º do art. 6º da Lei n. 6.264/75: serão, para tais efeitos, sociedades de economia mista, aquelas --- anônimas ou não -- sob controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios.

16. Resta destarte evidenciada a coexistência, no direito positivo brasileiro, de mais de um *conceito legal* de sociedade de economia mista.

Nada de estranho ou inusitado há nessa coexistência. Os conceitos jurídicos não são idéias, reflexões sobre a essência das coisas, mas ferramentas que forjamos para descrever a realidade<sup>7</sup> tendo em vista a realização de determinadas finalidades.

Não será jamais demasiado relembrar que a finalidade é o criador de todo o direito e que não existe norma ou instituto jurídico que não deva sua origem a uma finalidade<sup>8</sup>. Os conceitos jurídicos têm razão de ser na medida em que permitem e viabilizam a aplicação de normas jurídicas. Os definidos no âmbito de um determinado ordenamento instrumentam precisamente a aplicação das normas deste ordenamento.

<sup>7</sup> . Cf. Alf Ross, *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*, trad. de Genaro Carrió y Osvaldo Paschero, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, pp. 85/86.

<sup>8</sup> Cf., Rudolph Von Ihering, *Der Zweck im Recht*, Druck und Verlag von Britkopp & Härtel, Erster Band, zweite umgearbeitete auflage, Leipzig. 1884. p. VIII



RMS 24.249 / DF

Por isso não é censurável a adoção, por distintos ordenamentos, sob a mesma designação ["sociedade de economia mista"], de conceitos diversos entre si, mesmo porque *nomina non sunt consequentia rerum*. Uns e outros não podem ter a sua correção questionada senão no interior da instância de enunciação em que formulados. São corretos, *nos seus sentidos referenciais*, para os efeitos dos ordenamentos em que definidos.

Para os efeitos do disposto no art. 37, XVII da Constituição, são sociedades de economia mista aquelas --- anônimas ou não --- sob controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, independentemente da circunstância de terem sido "criadas por lei".

17. O Hospital Cristo Redentor S/A, sem dúvida alguma --- ainda que não o seja para os efeitos do Dec.-Lei n. 200/67 --- deve ser entendido como sociedade de economia mista para os efeitos do disposto no art. 37, XVII da Constituição do Brasil.

Verifica-se, pois, no caso, a acumulação proibida pela Constituição, que refere inclusive as "sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público".

18. Resta, então, analisar a ocorrência ou não de má-fé.

A penalidade imposta ao recorrente foi fundamentada no § 6º do artigo 133 da Lei n. 8.112/90:

"Art. 133. (...)

§ 6º. **Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de**

acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades de vinculação serão comunicados. (Parágrafo acrescentado pela Lei n° 9.527, de 10.12.1997)" (grifei).

Alega o recorrente que, nesses casos, dois elementos são exigidos para a demissão de servidor. Um objetivo --- o acúmulo ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; outro subjetivo, consubstanciado em comprovação de má-fé por parte do servidor.

Prosseguindo em seu raciocínio, assevera que a comissão processante não logrou êxito em demonstrar a má-fé do servidor, visto que o relatório final teria sido motivado unicamente pelo fato de não ter ele exercido o direito de optar dois dos três cargos.

19. Com efeito, a má-fé é um dos requisitos para a imposição da penalidade de demissão. A controvérsia, contudo, merece reflexão mais aprofundada.

Para tanto, faz-se necessária a análise do artigo 133 da Lei n. 8.112/90, com a redação anterior ao advento da Lei n. 9.527/97, *verbis*:

"Art. 133. Verificada em processo disciplinar acumulação proibida e provada a boa-fé, o servidor optará por um dos cargos.

**§ 1º Provada a má-fé, perderá também o cargo que exercia há mais tempo e restituirá o que tiver percebido indevidamente.**

**§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, sendo um dos cargos, emprego ou função exercido em outro órgão ou entidade, a demissão lhe será comunicada."**

À época, verificada a má-fé do servidor, a pena aplicada era drástica, impondo-se além da perda de todos os cargos públicos

RMS 24.249 / DF

acumulados ilicitamente, a obrigação de restituir os valores percebidos indevidamente.

O preceito em questão foi duramente censurado, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, até que a Lei n. 9.527/97 trouxe importantes alterações concernentes à questão, merecendo destaque o § 5º, que transcrevo:

*"§ 5º A opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo"*

A leitura do preceito induz à conclusão de que, efetuada a opção, subentende-se que estava de boa-fé; enseja dúvida, no entanto, quanto à hipótese contrária. O que ocorre se o servidor não optar dentro do prazo legal?

20. A meu ver a consequência natural será a demissão de um dos cargos, em razão de estar configurada a má-fé. Consigne-se que com ~~enormes~~ vantagens para o servidor, que além de não perder o cargo [os cargos, no caso] acumulado ilicitamente, não se vê mais obrigado a restituir o que recebeu nesse período.

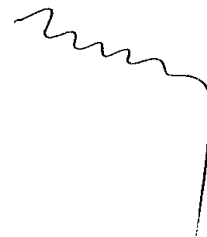
Essa é a interpretação que considero mais consentânea com os princípios constitucionais que vinculam a Administração, uma vez que, se o servidor, embora devidamente notificado para optar por um [dois, no caso] dos cargos, não o faz, sua omissão consubstancia disposição de persistir na prática de ilícito [= permanência na acumulação ilícita de cargos públicos], configurando-se a má-fé.

RMS 24.249 / DF

21. Pois é certo que, a entender-se que a omissão não caracterizaria má-fé, prestar-se-ia, no regime da Lei n. 9.527/97, a convalidar a acumulação indevida, de modo a tornar inoperante a vedação constitucional.

22. O fato de o recorrente ter impetrado ação mandamental requerendo, liminarmente, a suspensão do prazo que lhe foi concedido para efetuar opção, em nada ilide a configuração da má-fé, visto ter sido notificado para optar por dois dos cargos públicos ocupados, no prazo de 30 (trinta) dias, em 26.02.99. Em 11.03.99, impetrou mandado de segurança (fls. 45/57). A liminar foi indeferida, por ausência de *fumus boni iuris*, em 23.03.99 (fls. 39/42), três dias antes de expirar o prazo concedido pela Administração. Havia de estar atento a fim de, negada a medida liminar, consumir a opção no prazo estabelecido pela Administração.

23. Ante o exposto, à míngua de argumentos capazes de infirmar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, nego provimento ao recurso ordinário.



14/09/2004

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.249-7 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - V.Exa. concebe que, para os efeitos do art. 37, XVII, não tem aplicação a exigência de autorização legislativa específica, prevista no art. 37, XX.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Isso é necessário esclarecer. Não em relação às sociedades de economia mista criadas anteriormente à vigência da Constituição, ou para a hipótese de desapropriação, em que o requisito da lei existirá na lei que autorizou a desapropriação. A partir da vigência da Constituição, certamente, a criação - mas não entendida aí, a criação, como modelo jurídico.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - Antes da Constituição, realmente, havia uma dificuldade na caracterização dessas entidades da Administração Indireta. Lembro, por exemplo, na jurisprudência da Corte, o acórdão do Ministro Moreira Alves, a estabelecer o critério do que seria fundação privada e o que seria fundação autárquica ou autarquia fundacional. Agora, a Constituição veio a trazer dados positivos no art.37, XX, a dizer:



"Art.37....."

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo..."

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - E, mesmo na hipótese de subsidiária, em cada caso é preciso também a autorização do Legislativo.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Há uma ADI, inclusive, que já examinou isso.

Agora, neste caso, o Hospital Cristo Redentor foi transformado em sociedade de economia mista em 1975, antes da vigência da Constituição.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - Aí havia um conceito legal, que era o Decreto-lei nº 200.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - De qualquer modo, eu insisto em que havia vários conceitos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Quando admitido o recorrente, já era sociedade de economia mista, isso em 1986.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - Foi após a desapropriação?



O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Já era. Em 1986, quando admitido, foi instado a optar. Aí, não procedeu à opção - e tenho esse gesto como a revelar a má-fé - exigida para o ato pela Lei nº 8.112/90 e foi demitido do Instituto. Creio que foi o último vínculo que ele estabeleceu.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - No meu voto, eu passava a enfrentar justamente a questão da má-fé. Porque ele teve a oportunidade, entrou com mandado de segurança.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - V.Exa. então considera caracterizada objetivamente uma hipótese de inacumulabilidade?

O SR. MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - E há algo que favorece o ponto de vista do eminente Relator. É que em matéria de proibição de acumulação de cargos, art.37, XVII, a Constituição não deixa nada do lado de fora, porque diz assim:

"Art.37.....

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas..."



Aí matou a questão.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE)** - Aí, já no conceito infraconstitucional, não se considerava sociedade de economia mista, mas sociedade de cotas.

**O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR)**: - Ela será abrangida fatalmente.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - A racionalidade normativa está aí exatamente em proibir certos excessos em termos de política de pessoal nas sociedades em que o poder público tem participação.

**O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR)**: - Há hipóteses, eu diria, que são quase antológicas.

No Estado de São Paulo, havia um caso, quando veio a Constituição de 88, de um determinado cidadão que era advogado - aliás, antes da Constituição de 88 - da Light, que depois foi transformada em empresa estatal, e de uma outra empresa estatal. Então, a grande discussão estava em ser ou não ser, a Light, uma sociedade de economia mista. Até que se chega à conclusão de que, na verdade, existe mais de um conceito com o mesmo nome.

**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO** - Mas, no caso, se for sociedade de economia mista, não pode acumular, se for sociedade





controlada pelo poder público, também não pode acumular. Então, está resolvida a questão.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Com relação à questão da má-fé, concluo, dizendo o seguinte: A penalidade imposta ao recorrente foi fundamentada no § 6º do artigo 133 da Lei n. 8.112/90:

"Art. 133. (...)

§ 6º. **Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades de vinculação serão comunicados. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.527, de 10.12.1997)**" (grifei).

Alega o recorrente que, nesses casos, dois elementos são exigidos para a demissão de servidor. Um objetivo --- o acúmulo ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; outro subjetivo, consubstanciado em comprovação de má-fé por parte do servidor.

Prosseguindo em seu raciocínio, assevera que a comissão processante não logrou êxito em demonstrar a má-fé do servidor, visto que o relatório final teria sido motivado unicamente pelo fato de não ter ele exercido o direito de optar dois dos três cargos.

Com efeito, a má-fé é um dos requisitos para a imposição da penalidade de demissão. A controvérsia, contudo, merece reflexão mais aprofundada.

RMS 24.249 / DF *Supremo Tribunal Federal*

Para tanto, faz-se necessária a análise do artigo 133 da Lei n. 8.112/90, com a redação anterior ao advento da Lei n. 9.527/97, verbis:

*"Art. 133. Verificada em processo disciplinar acumulação proibida e provada a boa-fé, o servidor optará por um dos cargos.*

*§ 1º Provada a má-fé, perderá também o cargo que exercia há mais tempo e restituirá o que tiver percebido indevidamente.*

*§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, sendo um dos cargos, emprego ou função exercido em outro órgão ou entidade, a demissão lhe será comunicada."*

À época, verificada a má-fé do servidor, a pena aplicada era drástica, impondo-se além da perda de todos os cargos públicos acumulados ilicitamente, a obrigação de restituir os valores percebidos indevidamente.

O preceito em questão foi duramente censurado, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, até que a Lei n. 9.527/97 trouxe importantes alterações concernentes à questão, merecendo destaque o § 5º, que transcrevo:

*"§ 5º A opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo"*

A leitura do preceito induz à conclusão de que, efetuada a opção, subentende-se que estava de boa-fé; enseja dúvida, no

entanto, quanto à hipótese contrária. O que ocorre se o servidor não optar dentro do prazo legal?

A meu ver a consequência natural será a demissão de um dos cargos, em razão de estar configurada a má-fé. Consigne-se que com enormes vantagens para o servidor, que além de não perder o cargo [os cargos, no caso] acumulado ilicitamente, não se vê mais obrigado a restituir o que recebeu nesse período.

Essa é a interpretação que considero mais consentânea com os princípios constitucionais que vinculam a Administração, uma vez que, se o servidor, embora devidamente notificado para optar por um [dois, no caso] dos cargos, não o faz, sua omissão consubstancia disposição de persistir na prática de ilícito [= permanência na acumulação ilícita de cargos públicos], configurando-se a má-fé.

Pois é certo que, a entender-se que a omissão não caracterizaria má-fé, prestar-se-ia, no regime da Lei n. 9.527/97, a convalidar a acumulação indevida, de modo a tornar inoperante a vedação constitucional.

O fato de o recorrente ter impetrado ação mandamental requerendo, liminarmente, a suspensão do prazo que lhe foi concedido para efetuar opção, em nada ilide a configuração da má-fé, visto ter sido notificado para optar por dois dos cargos públicos ocupados, no prazo de 30 (trinta) dias, em 26.02.99. Em 11.03.99, impetrou mandado de segurança (fls. 45/57). A liminar foi indeferida, por

RMS 24.249 / DF *Supremo Tribunal Federal*

ausência de *fumus boni iuris*, em 23.03.99 (fls. 39/42), três dias antes de expirar o prazo concedido pela Administração. Havia de estar atento a fim de, negada a medida liminar, consumir a opção no prazo estabelecido pela Administração.

Por essa razão, nego provimento ao recurso ordinário.

**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO** - Não é o caso lembrado, aqui, outro dia, pelo Ministro Sepúlveda Pertence, de aplicabilidade do art.11 da Emenda Constitucional nº 20?

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE)** - Não.

**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO** - O inativo que retorna ao serviço.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE)** - O art. 11 da EC 20 trata da acumulação de proventos com vencimentos.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - Aqui, tem-se acumulação de vencimentos com salários que ele percebeu na sociedade de economia mista.



*Supremo Tribunal Federal*

14/09/2004

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.249-7 DISTRITO FEDERALV O T O

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, vale acrescentar este outro fundamento, seja qual for a natureza jurídica da entidade, pelo fato do art.37, inciso XVII, a acumulabilidade não pode prosperar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AJRÉLIO - E o controle aí é acionário. Gerenciar é consequência.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - É, e o controle aí é acionário. Gerenciar é consequência.

Por mais esse fundamento, eu acompanho o Relator, desprovendo o recurso ordinário.



*Supremo Tribunal Federal*

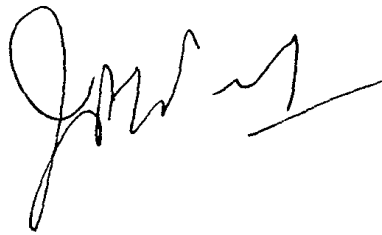
14/09/2004

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.249-7 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (PRESIDENTE) - Também acompanho o eminente Relator, impressionado com a riqueza teórica do seu voto, que deixo, porém, para uma reflexão posterior. A observação da abrangência do art.37, XVII, a incluir, em uma cláusula de exaustão, as sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público - basta inequivocamente para compreender o hospital referido no âmbito da proibição de acumulação, ainda quando não se pudesse considerá-lo uma sociedade de economia mista **stricto sensu**.

Cr/



*Supremo Tribunal Federal*

PRIMEIRA TURMA


EXTRATO DE ATA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.249-7  
PROCED.: DISTRITO FEDERAL  
RELATOR : MIN. EROS GRAU  
RECTE.: JOÃO HUMBERTO DA COSTA E SILVA  
ADVDS.: RAFAEL TORRES DOS SANTOS E OUTROS  
RECDA.: UNIÃO  
ADV.: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**Decisão:** A Turma negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança. Unânime. 1ª Turma, 14.09.2004.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Compareceu o Ministro Joaquim Barbosa para julgamento de processos a ele vinculados.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

  
Ricardo Dias Duarte  
Coordenador