

19/10/2010

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 26.929 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA
RECTE.(S) : MARCOS GOMES DE CARVALHO
ADV.(A/S) : RANIERI LIMA RESENDE E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS
RECOO.(A/S) : UNIÃO
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA: Servidor público em situação de acumulação ilícita de cargos ou empregos pode se valer da oportunidade prevista no art. 153, § 5º, da Lei 8.112/1990 para apresentar proposta de solução, comprovando o desfazimento dos vínculos, de forma a se enquadrar nas hipóteses de cumulação lícita.

Contudo, o art. 153, § 5º, da Lei 8.112/1990 não autoriza que o servidor prolongue indefinidamente a situação ilegal, esperando se valer do dispositivo legal para caracterizar, como sendo de boa-fé, a proposta de solução apresentada com atraso.

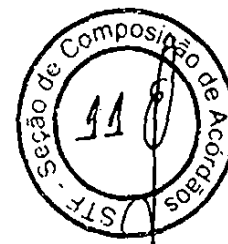
No caso em exame, os empregadores do impetrante, quando consultados a respeito do desfazimento dos vínculos – fato que tinha sido informado pelo próprio impetrante ao Instituto Nacional do Seguro Social –, informaram que estes não haviam sido desfeitos, tendo um deles sido inclusive renovado.

Recurso ordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do relator.

Brasília, 19 de outubro de 2010.



Supremo Tribunal Federal

RMS 26.929 / DF

Ministro JOAQUIM BARBOSA

Relator

Documento assinado digitalmente

19/10/2010

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 26.929 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. JOAQUIM BARBOSA
RECTE.(S)	: MARCOS GOMES DE CARVALHO
ADV.(A/S)	: RANIERI LIMA RESENDE E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS
RECDO.(A/S)	: UNIÃO
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator): Trata-se de recurso ordinário de acórdão proferido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (MS 10.031, rel. min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJ 26.03.2007).

O mandado de segurança foi impetrado por ex-servidor federal médico que acumulava quatro vínculos profissionais, dois deles com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Foi apontado como ato coator portaria do Ministro da Previdência Social que lhe impusera pena de demissão (fls. 69).

Segundo o impetrante, o procedimento que culminou com a demissão não teria sido observado o devido processo legal e o contraditório. Não lhe teria sido facultada oportunidade de recurso e tampouco lhe teria sido garantido o direito de opção previsto no parágrafo 5º do art. 133 da Lei 8.112/1951, direito que diz ter exercido no momento oportuno, por ocasião do oferecimento da defesa escrita.

A liminar foi indeferida (fls. 72).

Foram oferecidas as informações pelo Ministro da Previdência Social (fls. 82-91).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 93-96).

Em seu voto, aprovado em votação unânime, o min. Felix Fischer

RMS 26.929 / DF

anotou que não houve violação ao princípio do devido processo legal. Sua Excelência destacou que a apuração de cumulação ilícita de cargos públicos prevista na Lei 8.112/1991 tem caráter sumário e não prevê oportunidade de manifestação do servidor depois da apresentação da defesa escrita. Também salientou que não foi alegado qualquer impedimento de acesso aos autos por parte do impetrante. Mencionou, ainda, que não seria possível caracterizar a boa-fé na acumulação, tampouco na solução proposta pelo impetrante em sua defesa, vez que este tardara em apresentar resposta efetiva à situação verificada, além de ter firmado um novo contrato com a Prefeitura de São Leopoldo durante o período em que se encontrava sob apuração.

Foram opostos embargos de declaração. Alegou o impetrante que a função assumida na pendência do procedimento administrativo (contrato temporário com a Prefeitura de São Leopoldo) não tinha caráter permanente e, portanto, não poderia ser utilizada para caracterizar a cumulação ilícita. Alegou, ainda, que o impetrante teria sido punido pela deficiência administrativa dos municípios contratantes, já que teria comprovado, na primeira oportunidade de defesa, a apresentação dos pedidos de exoneração junto aos órgãos competentes (fls. 125-129).

Os embargos de declaração foram rejeitados pela Terceira Seção, também de forma unânime (fls. 132-136).

No recurso ordinário de fls. 147-154, o impetrante volta a defender que o parágrafo 5º do art. 133 da Lei 8.112/1991 lhe assegurava direito de optar por uma combinação lícita de cargos públicos até o momento da apresentação da defesa no procedimento administrativo. Entende, assim, que foi desconsiderada a opção que apresentou quando do oferecimento da defesa escrita, ocasião em que afirmou ter se desligado dos cargos ocupados nos municípios e manifestou a intenção de manter-se vinculado a pelo menos um dos cargos no INSS.

No presente recurso, o impetrante também repisa as duas alegações formuladas por ocasião dos embargos de declaração. Ressalta, assim, o caráter emergencial do segundo contrato assinado com a Prefeitura de São Leopoldo, embasando-se neste caráter não permanente para afastar a

RMS 26.929 / DF

acumulação de cargos ou funções públicas. Lembra, também, que a mera comprovação da entrega dos pedidos de exoneração dos cargos às prefeituras deveria ter bastado para configurar o exercício do direito de opção, a ser considerado como manifestação de sua boa-fé.

A União ofereceu contrarrazões às fls. 161-166.

Abri vista à Procuradoria-Geral da República, que opinou pela denegação da ordem (fls. 175-178).

É o relatório.

19/10/2010

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 26.929 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):
Afirmo, preliminarmente, que não está em discussão, neste caso, a possibilidade de o servidor que acumula ilicitamente cargos públicos valer-se do último instante que lhe faculta a lei específica (art. 133, § 5º, da Lei 8.112/1991) para exercer o direito de optar por um deles, ou, quando a Constituição lhe faculta, no casos específicos que menciona, escolher uma combinação de cargos públicos que possa ser considerada lícita.

O caso concreto difere do figurino previsto na lei, como passo a expor.

O impetrante, médico, mantinha em 2003 quatro vínculos profissionais: dois com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), gerência executiva de Canoas, um junto à Prefeitura de Eldorado do Sul e outro com a Prefeitura de São Leopoldo, todas localizadas no Rio Grande do Sul.

Em maio de 2003, com base em declaração firmada pelo impetrante, o INSS deu início a procedimento para apurar a regularidade da cumulação.

Em 9 junho de 2003, o impetrante reconheceu que sua situação funcional era irregular e se comprometeu a apresentar a exoneração dos cargos ocupados nos municípios de Eldorado do Sul e São Leopoldo (declaração manuscrita, cópia, fls. 33).

Em ofício datado de 25 de novembro de 2003, a Prefeitura de Eldorado do Sul, em resposta à solicitação enviada pela gerência executiva do INSS, informou que o impetrante era servidor daquele município (fls. 39).

Em 16 de janeiro de 2004 – mais de um semestre depois de a situação irregular ter sido detectada -, foi juntado aos autos do procedimento administrativo declaração expedida em 1º de dezembro de 2003 pelo

RMS 26.929 / DF

departamento de pessoal da Prefeitura de São Leopoldo que registrava que o impetrante havia sido readmitido por aquele município em 3 de novembro de 2003, por meio de contrato descrito como "emergencial" (fls. 44).

A demora do impetrante em cumprir o que havia declarado em junho de 2003 levou a divisão de auditoria interna daquela gerência executiva do INSS a propor o encaminhamento do caso à corregedoria regional (documento de 21 de janeiro de 2004, fls. 46-47).

Em 11 de maio de 2004, conforme certidão manuscrita a fls. 51, foi publicada no boletim interno do instituto portaria da corregedoria regional que constituiu comissão para apurar a acumulação de cargos.

Referida comissão produziu relatório (fls. 54-56) que afirmou, mais uma vez, a ilegalidade da cumulação detectada. À fl. 57 há cópia do mandado de citação expedido ao impetrante, com a designação de prazo de cinco dias, a contar do recebimento, para que oferecer defesa.

A defesa manuscrita encontra-se às fls. 58-59. Nela, o impetrante solicita a demissão de um dos cargos ocupados no INSS e apresenta termo de rescisão dos contratos mantidos com os municípios de São Leopoldo e Eldorado do Sul.

A documentação apresentada pelo impetrante encerra-se à fl. 69, a qual contém cópia do Diário Oficial da União, Seção 2, de 9 de setembro de 2004, edição em que foi publicada a demissão do impetrante de ambos os cargos ocupados no INSS, ato assinado pelo Ministro da Previdência Social.

Em suas informações, o Ministro da Previdência Social fez menção ao parecer MPS/CJ/nº 3.290/2004, por meio do qual a consultoria jurídica daquele ministério sugeriu a aplicação da pena de demissão do impetrante. Leio no item 21 do parecer, transcrito à fl. 90:

"Não restou comprovado, da análise da documentação aos autos coligida, o efetivo desfazimento dos vínculos ilegítimamente acumulados. Ao revés, depreende-se que o Servidor ora Indiciado, após manifestar a pretensão opção pela manutenção dos vínculos empregatícios junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS,

RMS 26.929 / DF

haja vista os petítórios de fls. 13/14, logrou estabelecer novo vínculo com a Prefeitura Municipal de São Leopoldo, a partir de 03.11.2003, vale dizer, mais de 3 (três) meses depois de haver requerido o desfazimento de seu vínculo laboral com a referida Prefeitura."

Ocorre que as informações prestadas pela União não dão conta do que teria ocorrido com a opção manifestada pelo impetrante por ocasião da apresentação da defesa escrita a fls. 58-59. O parágrafo 5º do art. 133 da Lei 8.112/1991 prevê que a opção manifestada oportunamente servirá para caracterizar a boa-fé da acumulação. O dispositivo tem o seguinte teor:

"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."

Creio, no entanto, que referido dispositivo não ajuda o impetrante.

O mandado de citação que lhe foi enviado – citação para apresentar a defesa e, também, último momento para apresentar a opção pelo cargo público – não contém a data em que foi recebido. A cópia da defesa escrita contém uma assinatura que atesta o recebimento pelo INSS em 24 de maio de 2004, doze dias depois da data que consta do mandado de citação. Na ausência da prova específica da data do recebimento, e levando em consideração que o impetrante residia na capital gaúcha (declarou seu endereço à fl. 64 e à fl. 67), penso que é razoável considerar que cabia ao impetrante demonstrar que o recebimento do termo de opção fora tempestivo, ou seja, que fora protocolado dentro do prazo de cinco dias do recebimento da citação, antes, portanto, que o processo fosse enviado a Brasília para julgamento do Ministro de Estado.

Essa consideração me leva a apreciar a alegação de boa-fé. Muito embora a Lei 8.112/1991 preveja uma caracterização impositiva da boa-fé, que ocorre com a mera apresentação da opção, não se pode deixar de considerar que, no caso concreto, o impetrante já havia tido a oportunidade de corrigir a situação quase um ano antes do prazo para a

RMS 26.929 / DF

apresentação da defesa. Na verdade, desde pelo menos o momento em que preencheu a declaração de acumulação de quatro cargos de médico, o impetrante já tinha condições de saber que sua situação seria considerada ilegal (afinal, acumulava quatro cargos, empregos ou funções públicas). Posteriormente, ainda em procedimento preliminar, o servidor teve oportunidade de corrigir a situação que reconheceu ser ilegal, tendo inclusive oferecido uma proposta de solução, que, no caso, se revelou prematura ou talvez até procrastinatória, afirmação que faço tendo em vista a circunstância de ter assumido um novo contrato com a Prefeitura de São Leopoldo na pendência do processo administrativo instaurado em virtude da acumulação. Tudo isso para dizer que, nas circunstâncias do caso, o impetrante prolongou a situação de ilegalidade tendo como possível esperança valer-se do momento da defesa para exercer uma opção, a qual, diga-se, revelou-se diversa da que havia proposto anteriormente. Diante de todas essas circunstâncias, creio não ser possível entender configurada a boa-fé.

Devo, por fim, dizer que não me impressiona o argumento relativo ao caráter emergencial do segundo contrato assumido perante a Prefeitura de São Leopoldo, o que serviria para afastar a ilicitude da cumulação. O dispositivo constitucional que trata dos profissionais da saúde (art. 37, XVI, c) não traça nenhum critério objetivo que permita a distinção entre contratos permanentes ou não permanentes de emprego, sendo lícito presumir que a ilicitude da cumulação se configura no próprio ato de contratação ou admissão do profissional.

Tampouco me parece possível entender que demonstração da mera entrega dos pedidos de exoneração pudesse ter o efeito de caracterizar o desfazimento dos vínculos. Em princípio, poderia considerar o protocolo dos pedidos uma demonstração válida do desejo de romper o vínculo mantido com as entidades públicas. Ocorre que, no caso concreto, como já demonstrado, o próprio impetrante contrariou a expectativa oferecida à Administração, uma vez que esta, quando formulou consulta aos municípios, descobriu que ele não somente não tinha se desligado como tinha assumido um novo contrato com a Prefeitura de São Leopoldo.

RMS 26.929 / DF

Do exposto, à vista das peculiaridades mencionadas, meu voto nega provimento ao recurso ordinário.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 26.929

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

RECTE.(S) : MARCOS GOMES DE CARVALHO

ADV.(A/S) : RANIERI LIMA RESENDE E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS

RECDO.(A/S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: A Turma, por votação unânime, **negou** provimento ao recurso ordinário, **nos termos** do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. **2ª Turma**, 19.10.2010.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador