

evitar essa quantidade de recursos (arts. 4º, XII, e 43, da Lei Complementar nº 73, de 1993) ou do mesmo “dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores”, competência que lhe é atribuída pelo art. 4º da Lei nº 9.469, de 1997. Tudo isso sem falar na Súmula vinculante, ainda não aprovada.

Até então, o que poderão as partes mais fracas, os servidores, fazer, é buscar caracterizar essa litigância de má-fé e postular a aplicação da multa e da indenização à parte adversa, a fim de conseguir evitar essa quantidade de tropeços, que representa a orientação do recorrer pelo recorrer, ou, no dizer do malsinado Decreto nº 322, de 1991, “recorrer até a última instância possível, de toda decisão judicial” que possa dar vantagem financeira ao servidor. Mesmo porque, se o pagamento de qualquer resultado de vitória judicial do servidor, somente poderá ocorrer pela via do precatório, não haverá possibilidade de lesão aos cofres públicos. E, se for o caso, é de se aplicar o disposto no § 3º do art. 3º em exame, e, detectada omissão ou desídia de seus patrocinadores, ensejarão a apuração da responsabilidade e a aplicação das penalidades cabíveis.

* Doutor em Direito, professor aposentado de Ciência Política (Centro de Filosofia e Ciências Humanas) e de Direito Constitucional (Centro de Ciências Jurídicas — Faculdade de Direito do Recife) e professor visitante da pós graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Professor visitante da Universidade Moderna de Portugal. Professor visitante da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Membro fundador da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Membro da Associação Brasileira de Constitucionalistas (Instituto Pimenta Bueno) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.



LEI Nº 9.528/97 — ART. 11 — ACUMULAÇÃO DE EMPREGO PÚBLICO E
APOSENTADORIA DERIVADA DESTE EMPREGO — IMPOSSIBILIDADE —
ASPECTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS

*Tarcísio Barros Borges **

1. Introdução

Muito se tem discutido no Poder Judiciário — em especial em São Paulo, tendo em vista a grande quantidade de empresas públicas e sociedades de economia mista — acerca da constitucionalidade do art. 11 da Lei nº 9.528/97, texto legal que convalidou a Medida Provisória nº 1.523/96.

Como se sabe, este artigo determinou, basicamente, que os segurados aposentados que continuaram exercendo atividades nas respectivas empresas empregadoras, na qual se aposentaram, fizessem uma opção entre a aposentadoria em manutenção e o emprego público.

Além disso, foi introduzida no art. 453 da CLT uma disposição (§ 1º) que permitia a **readmissão** de empregado aposentado de empresa pública e sociedade de economia mista.

Com isto, gerou-se uma tensão social entre os empregados abrangidos pela hipótese da norma, que, com receio da perda da aposentadoria **ou** do emprego público, ajuizaram, perante a Justiça Federal, demandas com objetivo de manter a situação anterior à edição da Lei nº 9.528/97.

As decisões judiciais, em sede antecipatória ou liminar, têm sido controvertidas. Entendemos, todavia, que a melhor solução da questão aponta para a constitucionalidade do referido art. 11, bem como, na questão processual, da incompetência da Justiça Federal para dirimir a controvérsia.

De fato, vejamos as razões a seguir elencadas.

2. Aspectos processuais

Em primeiro lugar, deve-se considerar que o INSS não resolveu, **de ofício**, suspender a aposentadoria do empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista.

É verdade que o art. 11 determinou a opção, para os aposentados destas empresas, entre a aposentadoria e o emprego, mas, entretanto, a inexistência de requerimento específico de suspensão direcionado ao INSS, implicaria na manutenção do benefício.

Observe-se atentamente os preceitos do art. 11 da Lei nº 9.528/97, bem como a norma do § 1º do art. 453 da CLT, esta última inserida pelo art. 3º desta Lei, a seguir transcritos:

“Art. 453 — *omissis*

§ 1º Na aposentadoria espontânea de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista **é permitida sua readmissão** desde que atendidos aos requisitos constantes do art. 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação de concurso público.”

“Art. 11. **A extinção do vínculo de que trata o § 1º do art. 453 da CLT** não se opera para os empregados aposentados por tempo de serviço que permaneceram nos seus empregos até esta data, bem como para aqueles que foram dispensados entre 13 de outubro de 1996 e 30 de novembro de 1997, **em razão da aposentadoria por tempo de serviço, desde que solicitem, expressamente, até 30 de janeiro de 1998, a suspensão da aposentadoria** e, quando houver, a do pagamento feito por entidade fechada de previdência privada complementar patrocinada pela empresa empregadora.” (grifamos)

Como se vê, no caso de ausência de requerimento expresso, o aposentado manteria seu benefício, mas, por outro lado, teria cessado seu contrato de trabalho.

Parece ser patente a ilegitimidade passiva do INSS em causas onde se discute a constitucionalidade do referido artigo. A lide deve ser proposta contra a empresa empregadora do segurado.

É que **não há**, basicamente, determinação legal que determine a suspensão **de ofício** do benefício de aposentadoria.

O art. 11 da Lei nº 9.528/97 veio a conceder uma opção entre a aposentadoria ou o emprego público. Todavia, a suspensão só se opera se houver requerimento expresso do segurado.

Caso não exista este requerimento, **o que se extingue é o vínculo de emprego, por ato do empregador**, e não do INSS. A aposentadoria continuaria em manutenção.

Conclui-se, assim, que não existe qualquer perigo de dano por parte de conduta do INSS. A suspensão só efetivar-se-á caso haja requerimento expresso e **voluntário do segurado**.

No caso da existência de requerimento, é impossível afirmar que a conduta abusiva esteja sendo cometida pelo INSS. O próprio segurado requereu a suspensão.

O que pode existir — é importante salientar isto — **é a possibilidade de rompimento do vínculo empregatício entre o segurado e a empresa pública ou sociedade de economia mista que o emprega**.

O comando constante do *caput* do artigo 11 é claro: o vínculo empregatício será mantido ou restabelecido, desde que o interessado promova a suspensão da aposentadoria. Ou seja, o objeto jurídico em discussão **é a relação de emprego e não o pagamento do benefício previdenciário**.

Assim sendo, o sujeito coator seria a empresa pública, sendo competente **a Justiça do Trabalho**, foro próprio para dirimir questões trabalhistas (art. 114, *caput*, da CF de 1988).

3. Aspectos materiais

Toda a discussão acerca do art. 11 da Lei nº 9.528/97 remonta na questão pertinente à acumulação de emprego e aposentadoria decorrente deste emprego.

A resposta há de ser procurada no ordenamento constitucional. Sem muita perda de tempo, haja vista que a matéria está bem regulada na Lei Maior, entendemos que esta acumulação não é possível.

De fato, a Constituição Federal disciplinou a questão nos arts. 37, XVI e XVII, os quais prescrevem o seguinte, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98:

“XVI — é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
- c) a de dois cargos privativos de médico;

XVII — **a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de**

economia mista, suas subsidiárias, sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público;”. (grifamos)

Saliente-se que esta nova redação em muito pouco alterou as disposições anteriores, repetindo as proibições antes elencadas apenas para incluir no inciso XVII as empresas subsidiárias e sociedades controladas pelo Poder Público.

A conclusão a que se chega é que não é permitido juridicamente, nem moralmente, a acumulação de remuneração decorrente de aposentadoria proveniente de emprego público e o exercício deste mesmo cargo após a aposentadoria.

Tal proibição, saliente-se, estende-se aos empregados das empresas públicas e sociedades de economias mistas por força do disposto no art. 37, XVII, da Carta Política.

Se a aposentadoria decorre do mesmo emprego público que o segurado exerce atualmente, é evidente que não pode ser acumulada com a remuneração deste emprego, sob pena de violar-se diretamente a Constituição Federal.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, bem como o TRF da 1ª Região, entenderam que esta acumulação é proibida, por contrariar o disposto no artigo acima citado, conforme os precedentes a seguir transcritos.

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROVENTOS E VENCIMENTOS: ACUMULAÇÃO: IMPOSSIBILIDADE. C.F., ART. 37, XVI E XVII.

I — **A acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição Federal, artigo 37, incisos XVI e XVII, artigo 95, par. único, inciso I.**

II — Precedentes do STF: RE 163.204-SP, Velloso, Plenário, 09, XI, 94; MS 22.182-DF, M. Alves, Plenário, 05.04.95; RE 198.190-RJ, Velloso, 2ª Turma, 05.03.96.

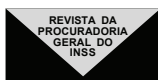
III — RE conhecido e provido.”

(STF, Recurso Extraordinário nº 185.582, 2ª Turma, unânime) (grifamos)

“Ementa: CONSTITUCIONAL — ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS — SERVIDOR APOSENTADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA OCUPANTE DO CARGO DE AUXILIAR JUDICIÁRIO — IMPOSSIBILIDADE — CONSTITUIÇÃO FEDERAL — ART. 37, XVI, A, B E C, E XVII — SEGURANÇA DENEGADA.

1 — **A PROIBIÇÃO DE ACUMULAR CARGOS ESTENDE-SE A EMPREGOS E FUNÇÕES EM SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POR CONSEQUENTE, A CUMULAÇÃO DO CARGO DE AUXILIAR JUDICIÁRIO COM PROVENTOS DE APOSENTADORIA DECORRENTES DE EMPREGO NO BANCO DA AMAZÔNIA S/A NÃO É POSSÍVEL POR NÃO ESTAR AMPARADA PELO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL INSERTO NO ART. 37, XVI, A, B, E C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

2 — LEGITIMIDADE DA RESOLUÇÃO N. 20/94 DA CORTE RECONHECIDA.



3 — SEGURANÇA DENEGADA.

(MS 01131/95/DF, TRF 1ª Região, Plenário, rel. Juiz Catão Alves, DJU 18-12-95, p. 87786) (grifo nosso)

3.1. Da Jurisprudência do STF – Medida Cautelar na ADIN nº 1.770-DF – Inconstitucionalidade do § 1º do art. 453 da CLT, com redação dada pela Lei nº 9.528/97

É importante salientar, ainda, que estes dispositivos aqui analisados estão sendo objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Trata-se da ADIN nº 1770-DF, proposta por partidos políticos, objetivando a decretação da inconstitucionalidade dos arts. 453, § 1º, da CLT e 11 da Lei nº 9.528/97.

Em relação ao primeiro dispositivo, o Supremo Tribunal Federal **concedeu liminar** para suspender a sua eficácia, em decisão plenária proferida em 14/05/98, entendendo, como já dito acima em outro precedente, que **é juridicamente proibido acumular aposentadoria e emprego em sociedade de economia mista ou empresa pública.**

Restou com eficácia suspensa, assim, o dispositivo que permite a recontração de empregados aposentados, sob o fundamento de que, segundo diz o Informativo nº 110 do STF, encartado no DJU de 20/05/98, a referida acumulação é proibida pela Constituição.

Ainda de acordo com este informativo:

“o Min. Moreira Alves, relator, reconheceu a aparente inconstitucionalidade da norma atacada sob o ponto de vista de qualquer das duas posições adotadas sobre a vedação de acumulação de proventos e de vencimentos: de um lado, quanto à corrente que sustenta a referida vedação não apenas em relação aos servidores públicos aposentados, mas também quanto aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, o dispositivo impugnado seria inconstitucional tendo em vista que permite a readmissão destes através de concurso público.”

Como a ADIN tem eficácia *erga omnes*, retirando a validade da lei, conclui-se que a Administração Pública está proibida de contratar aposentados, bem como de mantê-los em seus quadros caso não suspendam a aposentadoria que recebem do INSS ou de fundo de pensão.

Aliás, esta proibição decorre, também, do discutido art. 11 da Lei nº 9.528/97, igualmente objeto desta ADIN, que determina que o aposentado empregado faça uma opção entre a aposentadoria e o emprego público.

Coerentemente com a posição adotada para o art. 453, § 1º, da CLT, o STF **não concedeu liminar** para suspender este dispositivo (art. 11 da Lei nº 9.528/97), como se observa do disposto neste mesmo informativo.

4. Conclusão

De tudo quanto exposto, temos a afirmar, modestamente, que **o art. 11 da Lei nº 9.527/98 é constitucional**, na medida em que adota providência – rescisão do contrato de trabalho caso o segurado, que exerce o mesmo cargo após a aposentação, não requeira a suspensão da aposentadoria – consentânea com o texto constitucional (art. 37, XVI e XVII).

Ademais, as pendências judiciais acerca da questão devem ser deduzidas perante a **Justiça do Trabalho**, haja vista que:

- a) o eventual ato de rescisão do contrato de trabalho origina-se do empregador e não do INSS;
- b) a aposentadoria só suspender-se-ia caso o próprio segurado – voluntariamente e expressamente — assim requeresse, o que afastaria a existência de ato de ofício contrário ao direito por parte da Previdência Social.

* Procurador Autárquico Federal.



FUNÇÕES DE CONFIANÇA E CARGOS EM COMISSÃO

*Cláudia Fernanda de O. Pereira **

Como é sabido, a Reforma Administrativa recentemente aprovada alterou o artigo 37, inciso V, da Constituição Federal de 1988, para disciplinar que as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargos efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

O primeiro questionamento surgido referiu-se à necessária diferenciação estabelecida entre as funções de confiança e os cargos em comissão.

O professor Alvacir Correa, citando grandes doutrinas, afirma:

*“Sobre a **função pública**, elucida Celso Ribeiro Bastos:*

‘No que tange à função, tanto cargos quanto empregos compreendem funções, se por aí entendermos atribuições, poderes, direitos e deveres, ínsitos ao cargo ou emprego. Acontece, entretanto, que, historicamente, a função se independentizou fundamentalmente com vistas a burlar a exigência de previsão legal para a criação dos cargos e empregos. Havia, então, servidores que titularizavam essas funções sem qualquer previsão legal e sem estarem submetidos a concursos públicos para acesso a elas’.