## *FUNCIONÁRIO PÚBLICO — DEMISSÃO — READMISSÃO*

*— A demissão "a bem do serviço público" não impede a readmissão do funcionário, nem o inabilita para o serviço público.*

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

CONSULTORIA-GERAL DA REPÚBLICA

PR 44.018-59 — N.º 104, de 17 de março de 1960. Encaminha o Parecer n.º 5, sôbre os efeitos da nota "a bem do serviço público" aplicada nos casos de demissão de funcionários públicos. "Indeferido o pedido de readmissão. Em 29-7-60". (Rest. proc. ao M.V.O.P. em 1-8-60).

PARECER

*Número de referência*: *B*-5

Versa o processo submetido a esta Consultoria-Geral sôbre os efeitos da nota de demissão a bem do serviço público. Os pareceres dêle constantes revelam que lavra uma grande controvérsia no seio da administração pública a êsse respeito, especialmente entre a Divisão do Pessoal do Ministério da Viação, o Departamento de Administração do mesmo Ministério, a Divisão do Pessoal do DASP e a sua Consultoria-Jurídica.

2. A exposição de fls. 97v., do Diretor-Geral do D.A. do Ministério da Viação, assim resume as divergências assinaladas:

"2. A Divisão do Pessoal dêste Departamento defende o ponto de vista segundo o qual é impossível o cancelamento da nota em questão, por estar a mesma vinculada ao ato da demissão. Entende que, caso levado a efeito, desfiguraria a fisionomia jurídica do ato. Entende, por outro lado, que a readmissão poderá ser processada, quer a demissão tenha sido com ou sem a nota.

3. Inverso é o modo de entender da D.P. do DASP. Segundo seu parecer, o cancelamento é permitido e a readmissão do demitido a bem do serviço público, impossível, enquanto permanecer a nota desabonadora.

4. A Consultoria-Jurídica daquele Departamento também se pronunciou sôbre o assunto. Concorda, em parte, com a D.P. dêste Departamento e, em parte, com a D.P. do DASP. Seu pronunciamento consta de fls. 91-95 e pode ser assim resumido: a) o cancelamento é impossível quando a nota fôr obrigatória, e possível quando a nota fôr facultativa; b) a readmisão é inviável enquanto permanecer a nota desabonadora que revela incapacidade moral para o exercício da função pública.

5.O D.A. concorda, em linhas gerais, com a tese defendida pela Consultoria-Jurídica do DASP. — *A. Fonseca Pimentel*".

3. Nos têrmos do art. 209 do Estatuto dos Funcionários (Lei n.º 1.711, de 28-10-52), "a demissão *poderá* ser aplicada, a critério da administração, com a nota "*a bem do serviço público*", nos casos dos incisos II, III, IV, V e X do art. 207, "atenta a gravidade da falta".

Aquela nota, entretanto, diz a lei, "*constará sempre* dos atos de demissão fundada nos itens I, VI, VII, VIII e IX" do mesmo artigo, isto é, nos casos de crime contra a administração pública, aplicação irregular dos dinheiros públicos, revelação de segrêdo funcional, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional, e, finalmente, corrupção passiva nos têrmos da lei penal. Assim, aquela nota indicativa da gravidade da falta, é obrigatória nos casos acima referidos. Alguns dêles, como se viu do próprio enunciado, caracterizam infrações punidas também pela lei penal.

4. O primeiro problema que surge é o de saber se a nota de demissão a bem do serviço público impede a readmissão do servidor atingido. Em outras palavras, sendo esta nota uma pena acessória, aplicável facultativamente em alguns casos e compulsòriamente em outros, dela resulta alguma interdição de direitos?

5. O Código Penal dispõe no art. 67:

"São penas acessórias:

I — a perda de função pública eletiva ou de nomeação;

II — as interdições de direito;

III — a publicação da sentença".

Acrescenta o seu art. 69:

"São interdições de direitos:

I — a incapacidade temporária para investidura em função pública..."

Quanto à duração para essa incapacidade, lê-se no parágrafo único do mesmo artigo:

"Incorrem

I — na interdição sob o n.º I:

*a*) de 5 a 20 anos, o condenado à reclusão por tempo não inferior a 4 anos; ou o condenado por crime doloso cometido no exercício de função pública em prejuízo da Fazenda Pública, ou de patrimônio de entidade paraestatal, qualquer que seja o tempo da pena;

*b*) de 2 a 8 anos, o condenado à reclusão por tempo superior a 2 anos e inferior a 4, ou o condenado por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente à função pública, excetuado o caso previsto na letra *a*, parte final..."

6. Comentando essas disposições legais, ensina Roberto Lyra (*Com. ao Código Penal*, vol. II, páginas números 438 e 439):

"O nosso Código caracterizou, situou e disciplinou as penas acessórias, assegurando sua exeqüibilidade, declarando-as imprescritíveis (art. 118, parágrafo único), excluindo-as da suspensão da pena (art. 57, parágrafo único) e do livramento condicional (arts. 60 e 66), admitindo a eficácia da sentença estrangeira (art. 7.º, II)...

Para o ilícito civil ou administrativo, as leis e até os regulamentos consagram sanções idênticas e, às vêzes, mais graves.

As penas acessórias não têm caráter infamante. Aliás, a infâmia poderá resultar do crime e não da pena. Se, excepcionalmente, são permanentes, comportam reabilitação art. 119), além da graça (art. 75, *b*, da Constituição)...

Além da função, o condenado por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente à função pode perder a capacidade para investidura em outra durante dois a oito anos (art. 69, parágrago único, I, *b*); se o abuso ou a violação consistiu em crime doloso, em prejuízo da Fazenda Pública ou do patrimônio de entidade paraestatal, a incapacidade abrange de cinco a vinte anos (letra "a"). Tal incapacidade é sempre temporária...

7. O Consultor-Jurídico do DASP, Dr. Clenício da Silva Duarte, entende que só mediante cancelamento da nota de demissão a bem do serviço público, por ato do Presidente da República, poderá haver readmissão. Esclarece, porém, que só cabe êsse cancelamento nos casos de imposição facultativa daquela nota, e não naqueles em que seja obrigatória. Nestes últimos, portanto, sendo impossível o cancelamento, impossível também será a readmissão.

Funda-se o seu ponto de vista na incompatibilidade do servidor para a função pública, demonstrada pela gravidade da falta. Textualmente:

"A readmissão sem o cancelamento da cláusula... não me parece viável, pois que a nota desabonadora indica... *incapacidade moral* para o exercício de função pública.

...é certo que a pena já foi cumprida e não há penas perpétuas. Mas a incompatibilidade moral continua a persistir..." (fls. 93-94).

No mesmo sentido se manifestou o Diretor do Pessoal do DASP, Dr. Waldyr dos Santos:

"...comparando-se os delitos funcionais puníveis pela demissão com essa nota facultativa e os em que é obrigatória, sente-se emergir naturalmente a *incompatibilidade definitiva*, do servidor afastado, com o serviço público..."

A diferença entre as duas opiniões consiste em que para o Diretor do Pessoal, o Chefe de Estado poderá cancelar a nota, abrindo ensejo à readmissão, em qualquer hipótese. Pensa o Consultor-Jurídico, entretanto, que nos casos de imposição compulsória da nota, a readmissão é de todo impossível, do que resulta ser definitiva, em tais circunstâncias, a incompatibilidade do servidor com o serviço público.

8. Parece-nos, *data venia* dos ilustres especialistas, que êsse ponto de vista extremado não tem apoio legal. A incapacidade para o exercício de função pública teria de resultar de lei expressa (Const., arts. 141, §§ 2.º e 27, e 184). Reconhece, porém, o próprio DASP, por seus diversos órgãos, que não existe lei vedando a readmissão aos servidores demitidos a bem do serviço público.

Essa orientação resultou de entendimento do DASP, aprovado pelo Chefe de Estado. É o que esclarece, por exemplo, da E.M. 1.729, de 14-6-46:

"Examinando a espécie, verificou êste Departamento que a cláusula "a bem do serviço público" é impeditiva da readmissão, conforme decisões anteriores de V. Exa."

Estão referidas, neste passo, as E.M. 2.285, de 21 de dezembro de 1940, e 1.218, de 20-6-41, as quais, entretanto, não enunciam a tese, limitando-se a fazer a aplicação da mesma (Vd. *Diário Oficial*, de 24-6-41, página 12.807, e *Diário Oficial*, de 27-12-40, pág. 23.755). Entretanto, da E.M. 2.862, de 14-9-43 (*Diário Oficial*, de 28 de setembro de 1943, pág. 14.423), também consta que a referida nota "é impeditiva da readmissão", conforme fôra decidido na E.M. 1.729.

9. Se não há, confessadamente, disposição legal que institua a interdição de direitos que ora discutimos, não pode essa conseqüência ser derivada por via administrativa. Basta considerar que, nos casos indicados, além da demissão, o servidor culpado é passível de pena criminal. Se isto ocorrer, isto é, se êle vier a sofrer penalidade mais severa que a demissão, em conseqüência da gravidade da falta, ainda assim a sua incapacidade para o serviço público não será permanente, *mas temporária*, na conformidade do que dispõe o Código Penal.

Como seria possível criar, por via administrativa, um caso de incapacidade definitiva ou permanente para função pública, quando a própria lei penal só contempla esta hipótese por prazo determinado?

10. A questão é da maior importância, porque envolve, não sòmente a readmissão, que é ato voluntário da administração pública, mas também as situações em que um servidor demitido a bem do serviço público pretenda competir, em concurso, para obtenção de outro cargo.

Observou, é certo, o Consultor-Jurídico do DASP que a incompatibilidade moral, por êle mencionada,

"continua a persistir, *mormente* em se tratando de readmissão, que não é um direito, mas um favor, sendo a administração o juiz exclusivo de sua conveniência e oportunidade (fls. 94)".

Dêsse trecho se infere, portanto, que aquela incompatibilidade seria para tôda e qualquer função pública, impedindo, portanto, a disputa de outro cargo em concurso.

11. Pelos motivos expostos, não podemos concordar com essa interpretação extensiva. Tratando-se de cargo a ser conquistado em concurso, a nota de demissão a bem do serviço público não pode constituir obstáculo absoluto. Impedimento desta natureza terá lugar apenas na hipótese de interdição de direitos constantes da lei penal. Aquela nota será levada em conta, com pêso negativo, no conjunto das provas do requisito do "bom procedimento", previsto no art. 22, V, do Estatuto. Isso não exclui, contudo, a possibilidade de reabilitação.

Tratando-se, porém, de readmissão, que é ato facultativo, embora não haja impedimento jurídico, a nota de demissão a bem do serviço público, exprimindo a gravidade da falta cometida, impõe à administração pública o dever de proceder com extrema cautela, de modo a só fazer voltar ao serviço, *mormente na mesma função* anterior, o funcionário que tiver dado demonstração inequívoca de se haver reabilitado (ou nos casos de revisão do processo em que haja desclassificação da falta).

12. Em conseqüência, os despachos presidenciais, referidos pelo DASP, deverão ser entendidos, não como tendo criado uma norma jurídica nova, mas como *instrução de serviço* dirigida aos órgãos administrativos, no sentido de não processarem readmissão de servidores demitidos a bem do serviço público. Essa instrução, entretanto, não obriga o próprio Chefe de Estado, que julgará cada caso segundo o seu prudente critério.

13. É êste, aliás, o entendimento do ilustre THEMÍSTOCLES CAVALCANTI. Como Consultor-Geral da República, ao opinar pela readmissão de determinados funcionários, observou:

"Assim entendo porque não vejo como prolongar indefinidamente os efeitos da expulsão *a bem do serviço público*, pena, a meu ver, demasiadamente rigorosa" (Parecer 94-X).

O seu pensamento está expresso com mais nitidez na segunda edição da obra *O Funcionário Público e o Seu Regime Jurídico*, 1953, tomo II, pág. 266:

"Quanto às conseqüências desta nota para a readmissão do funcionário ou a sua nomeação para outro cargo, é preciso esclarecer que, embora tenha havido opinião oficial no sentido de estabelecer uma conseqüência maior, a verdade é que não há nenhuma limitação legal à readmissão.

Deve-se, porém, observar que a própria nota constitui uma orientação para a administração no sentido de maior cautela no ato da nomeação.

A não ser que haja demonstração de uma reabilitação e um lapso razoável de tempo, não se justifica a readmissão. O caminho para a reabilitação efetiva é a revisão e o reexame do processo".

Comentando a opinião de Themístocles Cavalcanti, observa o Diretor do Pessoal do DASP que:

"parece frágil o significado da nota "a bem do serviço público", se interpretada apenas como necessidade de mais cautela na readmissão" (fls. 89).

A crítica não procede. Entendendo a Divisão do Pessoal do DASP que a nota pode ser cancelada, em qualquer caso, a formalidade do cancelamento apenas traduz *maior cautela* no exame do pedido de readmissão, conforme acentuamos mais adiante.

14. Como a revisão é um nôvo julgamento sôbre os fatos que precederam a demissão, é preciso esclarecer que também se pode verificar a reabilitação por fatos posteriores, isto é, pela continuidade do bom comportamento ulterior do ex-funcionário. Em tais casos, não é no processo de revisão que o administrador poderá formar o seu juízo, mas no mesmo processo de readmissão, ao qual tais provas deverão ser trazidas.

15. Sendo possível, como pensamos, a readmissão, mesmo nos casos de demissão a bem do serviço público, com as cautelas indispensáveis, resta indagar se o cancelamento daquela nota é formalidade prévia necessária.

Tem o DASP entendido, de longa data, que à readmissão deve preceder o cancelamento, conforme reitera neste processo.

Como o cancelamento da nota e a readmissão são atos ordinàriamente da competência da mesma autoridade, em princípio não haveria necessidade de dois atos distintos. A readmissão valeria, implìcitamente, como cancelamento da nota.

Assim, é de se presumir que a exigência, pelo DASP, de dois processos autônomos visava ao objetivo de permitir um acurado exame das provas e circunstâncias capazes de justificar a reabilitação do ex-funcionário. A não ser por êsse motivo de conveniência, não há obstáculo legal a que essa verificação se faça no mesmo processo de readmissão. Se convém, nestes casos, muita cautela, pode ser adotada a praxe de uma prévia consulta ao Presidente da República, para prosseguimento do processo, atentas às suas *instruções de serviço* referidas acima, no n.º 12 dêste parecer.

16. Cumpre ponderar, ainda, conforme salientou o Consultor-Jurídico do DASP que o cancelamento da nota de demissão a bem do serviço público só é possível nos casos de sua imposição facultativa. Nesta hipótese, a autoridade só terá agravado a pena de demissão, atendendo à gravidade da falta (Estatuto, art. 209). Um nôvo exame do caso poderá convencê-la da injustiça dêsse acréscimo penal. Para isso, entretanto, é necessária a revisão do processo administrativo, porque o cancelamento em tal circunstância constitui *nôvo julgamento sôbre os mesmos fatos.*

17. Tratando-se, porém, de imposição obrigatória da nota de demissão a bem do serviço público, o cancelamento parece de todo impossível pelas razões indicadas pelo Diretor do Pessoal do Ministério da Viação, Hélio Cruz de Oliveira:

"Se a nota não pode deixar de constar do ato, em face do fundamento da demissão, a autoridade administrativa fere a lei, se cancela a mesma nota, pois o fundamento da demissão não se alterou" (fls. 84).

No mesmo sentido opinou o Consultor-Jurídico do DASP:

"...derivando a cláusula "a bem do serviço público" de imperativo legal, só a revisão do processo administrativo, em que se desclassifique a falta para dispositivo em que não seja esta obrigatória, poderá determinar o cancelamento, ensejando a readmissão" (fls. 94).

Realmente, para o efeito indicado, o fundamento da decisão de que resultou a pena, ou constitui matéria de fato, pois a ocorrência de tais ou quais fatos e que leva a autoridade a classificar a falta neste ou naquele inciso do art. 207 do Estatuto, ou constitui a própria operação intelectual da classificação jurídica dêsses fatos. Verificado que ocorreu a hipótese de alguns dos incisos legais re-

feridos, determina o Estatuto que do ato demissório conste, obrigatòriamente, a a nota *a bem do serviço público*.

Parece, pois, evidente que, se não houver desclassificação dos fatos, com relação aos incisos legais pertinentes, ou se não ficar provado que os fatos imputáveis ao servidor eram outros, e não aquêles primitivamente considerados, não é possível a eliminação da nota. E o reexame dos fatos, ou a sua desclassificação, sòmente poderá ter lugar no processo de *revisão*, regulado nos arts. 233 e segs. do Estatuto.

18. A doutrina administrativa do cancelamento da nota de demissão a bem do serviço público independentemente de processo de revisão, foi uma construção que se tornou necessária em virtude da tese de que o servidor demitido a bem do serviço público não poderia ser beneficiado pela readmissão. Verificado, porém, que êste entendimento não tem base legal, o cancelamento da nota é uma complicação burocrática, perfeitamente inútil.

Nem cabe aqui, a nosso ver, a consideração de que o texto constitucional veda as penas perpétuas (art. 141, § 31). Há penas que produzem um efeito permanente, mas que não se incluem no conceito de penas perpétuas, vedadas pela Constituição. Isto ocorre nos casos em que a permanência dos efeitos resulta, não diretamente da pena, mas do rompimento, por ela determinado, de um vínculo jurídico. Se a pena de demissão põe têrmo à relação de serviço público que existe entre o servidor e o Estado, é óbvio que tais efeitos se produzem de uma vez para sempre e, portanto, em caráter permanente. O servidor deixa para sempre de ser funcionário a menos que, por outro título, venha a adquirir, de nôvo, aquela situação. Nem por isso a pena de demissão pode ser considerada perpétua para os efeitos da vedação constitucional.

Se da nota de demissão a bem do serviço público resultasse incapacidade permanente para o exercício de função pública, só então teria lugar o exame do assunto sob aquêle ângulo, porque haveria, em tal caso, uma pena acessória permanente. Entretanto, a nota referida apenas exprime que o servidor foi afastado por um motivo grave, e esta circunstância é mencionada no ato demissório para conhecimento de todos, através da sua publicidade oficial. Trata-se, sem dúvida, de uma pena diversa da de demissão — porque acessória —, mas seu efeito, que consiste em tornar extensiva a qualificação da falta, nos têrmos da lei, é inseparável do próprio ato demissório.

19. Com base nas considerações precedentes, assim conclui esta Consultoria:

I — A nota indicativa de que a demissão se deu *a bem do serviço público* não tem o efeito legal de inabilitar o servidor atingido para o serviço público, nem impede a sua readmissão.

II — Impõe-se, porém, a maior cautela na apreciação das circunstâncias e fatos comprobatórios da reabilitação do servidor, condição do seu reingresso no serviço público.

III — Não é necessário o cancelamento da nota referida como formalidade prévia da readmissão, podendo a reabilitação do servidor ser apreciada no próprio processo de readmissão.

IV — Êsse cancelamento só é possível em processo de revisão, no qual se prove a inocência do servidor, ou se desclassifique a falta para um dos incisos legais que não acarretem a imposição obrigatória da nota de demissão a bem do serviço público.

V — Os despachos presidenciais, que declararam a nota de demissão a bem do serviço público impeditiva da readmissão, devem ser interpretadas como *instrução de serviço* no sentido de não ser processada qualquer readmissão naquelas condições, sem prévia autorização

presidencial. Essa providência equivale para o efeito prático de facultar a readmissão, ao cancelamento, e formaliza a cautela indispensável em tais casos.

É nosso parecer, S.M.J.

Rio de Janeiro, 17 de março de 1960. — *Victor Nunes Leal*, Consultor-Geral da República.