FUNCIONÁRIO PÚBLICO — ACESSO — NOMEAÇÃO — POSSE

— Não cabe, no caso de nomeação por acesso, efeito retroativo, a partir da ocorrência da vaga.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCESSO N.º 100.884-62

Elsas Aparecida de Lima, oficial de Administração nível 12, pedindo retroatividade de data de nomeação. "Indeferido, nos têrmos do parecer".

É o seguinte o parecer a que se refere o despacho supra:

*

PARECER

"Elsas Aparecida de Lima, nomeada por acesso para exercer o cargo da classe H, de Oficial Administrativo, do Quadro Permanente dêste Ministério, por decreto de 13 de janeiro de 1961, publicado no *Diário Oficial* da mesma data, pleiteia a retroatividade dos efeitos do referido fato à data da ocorrência da vaga.

2. Invoca, para tanto, o critério estabelecido no processo DASP/3.468-61-BR., publicado no *Diário Oficial,* de 22 de fevereiro de 1962, que reconheceu o benefício concedido a Maria Carmen dos Santos Rocha, sob a alegação de que, não havendo proibição expressa a que se dê posse com efeito retroativo, nada impede que em situações especiais se atribua êsse efeito à investidura, quando no próprio ato de provimento se assegura a validade do mesmo a partir da data anterior a sua publicação.

3. Sôbre o assunto, cumpre esclarecer que o DASP, no parecer de que se trata, revive tese antiga, fundada em entendimento (Exposição de Motivos nº 751, de 9 de setembro de 1949, publicada no *Diário Oficial* de 23 de setembro de 1949), relativa a funcionário interino que, na hipótese de ser exonerado e na mesma data nomeado em caráter efetivo, por motivo de habilitação em concurso, tomou posse sòmente alguns dias depois por desconhecimento justificado daqueles atos, caberia a retroação da posse e exercício a data da nomeação, desde que comprovado o efetivo exercício.

4. Ao examinar a matéria, naquela oportunidade, o então Consultor Jurídico daquele Departamento manifestou-se contrário a tal entendimento, esclarecendo não ser possível que, por atraso da administração, presumidamente justificado, se criem situações equívocas e precedentes arbitrários, com reflexos na vida funcional de servidor diretamente interessado e dos terceiros que com êle competirem, além de que considerar-se como de efetivo exercício o tempo não prestado e, de quem não era, no período, servidor público, é providência que, também, não encontra apoio na Lei. Daí adotar a tese de que: "a posse é um fato que não pode ser deslocado no tempo, nem produzir efeitos retroativos, salvo lei expressa".

5. O assunto, à época, suscitou vários pronunciamentos daquele Departamento, face a sucessivas interposições de recursos, tendo em todos êles, defendido àquele órgão, o ponto de vista então esposado.

6. Assim é que, em parecer proferido no processo nº 3.566-50, seu então Consultor Jurídico teve oportunidade de ressaltar a impossibilidade da medida nos seguintes têrmos: "ainda que tenha havido culpa da administração ou êrro de funcionários responsáveis, tais irregularidades não podem ser sanadas por formas não previstas em lei".

7. Outro não foi o pensamento do Consultor que o sucedeu, quando ao estudar o processo nº 5.077-55, publicado no *Diário Oficial* de 22 de dezembro de 1956 em que se alegava já haver outros servidores beneficiados pelo referido critério, assim se manifestou: "Não se considere a alegação de que há precedentes, pois a propósito caberia, antes rever tais situações para regularizá-las, do que invocá-las para deferir pedido que contraria a atual jurisprudência existente sôbre o assunto".

8. Quando, porém, à revisão dos atos administrativos é ponto pacífico na doutrina os inquinados de nulidade relativa, como na hipótese à administração promover, por isso que estando a ela definitivamente consolidados cabe ao poder judiciário fazê-lo, através da iniciativa de terceiros interessados.

9. A conclusão todavia, não autoriza a dispensar-se aos casos idênticos, tratamento semelhante (Parecer do Consultor Jurídico do DASP, publicado no *Diário Oficial* de 13 de julho de 1955), tanto mais se o poder administrativo, reconhecendo o equívoco de sua interpretação anterior decide não perseverar no êrro.

10. É o que ocorre na oportunidade, visto como ao reexaminar recentemente o ponto-de-vista então expendido (processo nº 3.466-BR, publicado no *Diário Oficial* de 2 de fevereiro de 1962), o DASP definiu-se, finalmente, pela melhor doutrina, qual seja anteriormente esposada nos processos aqui enunciados e que comprovam a impossibilidade material da retroatividade da posse.

11. Evidentemente, a solução é a melhor aconselhável para o assunto, portanto definindo-se a posse como um fato irredutível, um elemento de fato, não seria possível considerá-la antes de sua objetivação.

12. A circunstância de empregar-se no acesso o critério de merecimento absoluto previsto para a promoção equiparação dos dois institutos, por (Decreto nº 32.015-52), não autoriza a isso que nitidamente diferentes e regulados por normas próprias, específicas.

13. Tanto assim que, enquanto o acesso decorre de nomeação e confere a seu ocupante uma situação nova, que sòmente se torna efetiva com a posse, a promoção constitui simples elevação do funcionário à classe superior da mesma carreira ou do nível da respectiva série de classes.

14. Acresce, ainda, que a promoção independente de posse e, quando não decretada no prazo legal, seus efeitos retrotraem ao último dia do trimestre em que ocorreu a vaga (artigo 40, § 1º do E. F.), já o acesso, que na hipótese não estava condicionado a prazo certo para sua efetivação segundo a legislação vigente em que se baseou dependia da livre escolha do Presidente da República.

15. Em conseqüência, como estabelecer *a priori* quais, dentre os candidatos seriam, realmente, os escolhidos pela superior autoridade para o acesso em vagas ocorridas em 1958, quando presumidamente, alguns entre os beneficiados não satisfaziam, àquela época, os requisitos legais para a obtenção do benefício.

16. A pretenção, conforme se conclui, é destituída de qualquer fundamento legal, tanto assim que constitui objeto de ação ordinária, que ora tramita no Judiciário.

17. Admiti-la importaria, sem dúvida, em negar-se o capítulo estatutário da posse, proclamar-se sua inutilidade, com a conseqüente nulidade do conceito de investidura, sem levar, ainda, em conta o tumulto e reflexos negativos,

advindos para a administração, em seus múltiplos aspectos.

18. Assim, considerando-se que a situação da interessada já se encontra definitivamente consolidada através do ato de nomeação e, conseqüente de posse e exercício, não vejo como dar acolhida à pretensão".

Idênticos despachos foram exarados nos processos ns. 64.082-62 — 100.885 de 1962 — 123.060-62 — 100.883-62 — 123.063-62 — 123.242-62 — 123.059-62 — 111.005-62 — 140.413-62 — 123.064 de 1962 — 404.994-62 — 140.414-62 — 144.210-62 — 125.999-62 — 123.061-62 — 129.646-62 — 123.065-62 — 107.386 de 1962 — 123.067-62 — 123.066-62 — 404.940-62 — 107.431-62 — 131.493-62 — 129.647-62 — 135-938-62 — 147.929 de 1962 — 147.930-62 — 108.712-62 — 142.933-62 — 135.936-62 — 135.937-62 — 129.648-62 — 139.909 de 1962, respectivamente dos seguintes servidores: Nélson Amaro da Silva, Maria Delza de Souza, Maria José de Gouvêa, Léa de Freitas Siggia, Hélia Athayde, Joaquim Silveira Corrêa, Maria Sylvia, Guilhermina Sofal, Ruth Brasil e outros, Erotides Barbosa, Elza dos Santos Scheid, Dagmar Maria da Silva, Zenny Mendonça, Maria José Terra, Ana da Rocha Brito, Maria Dolores Rosa Soares, Cristina Moreira de Oliveira, Bertha Braz, Santiago Lauria, Delcita Fontoura de Carvalho e Ecila Carvalho, Olga Tenuta, Augusta Gomes de Souza, Nizeth da Fonseca Marques, Maria Haidéa Pinheiro de Assunção, Iracema Maciel Soares, Irene Pinto Guarberto, Alzira Martins Diniz, Abelardo de Oliveira, Sylvia de Mello Alves Branco, Sebastiana Barreto Guimarães e outros, Carmen Queiroga, Hilda de Oliveira, Eponina Magalhães Gomes Pezzi, Maria Carmen de Almeida Markus, Cordélia Queiroga.