FUNCIONÁRIO PÚBLICO — ABANDONO DE CARGO — PRESCRIÇÃO

— Prescrita a ação disciplinar, impõe-se a declaração de vacância do cargo mediante exoneração do agente.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO

PROCESSO Nº 7.464/66

PARECER

I — *Os fatos*

Consulta o Serviço do Pessoal do Ministério da Fazenda sôbre como proceder em casos da natureza de que trata o anexo processo — e que assim se descreve: Lindembergue Xavier, Técnico Auxiliar de Mecanização, nível 9, do Q. P. da aludida Secretaria de Estado, vem faltando ao serviço, ininterruptamente, *desde 4 de abril de 1961*, sem dar qualquer satisfação a quem de direito em 9-3-62, foi feita àquele órgão de pessoal comunicação de que trata o art. 288 do E. F. (fls. 1); até hoje, mais de cinco anos decorridos não se instaurou o inquérito administrativo, como se impunha; o servidor, de seu turno, não fêz qualquer tentativa de reassumir o exercício do cargo.

II — *O Mérito*

2. Não faz muito, ao examinar o Processo n.º 7.342-64 (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 80, pág. 314 e segs.), a D.R.J.P., em parecer por nós mandado, tentou demonstrar que o abandono de cargo é falta *permanente*, pelo que seria de aplicar-se à respectiva prescrição o disposto no art. 111, letra c, do Código Penal, assim redigido:

"Art. 111 — A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença, começa a correr:

. . . . . .

c) nos crimes permanentes ou continuados, *do dia em que cessou a permanência ou a continuação*." (grifamos).

3. Outro parece não ter sido o entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal quando, no julgamento do agravo de instrumento n.º 15.826 de que foi Relator o Ministro Nelson Hungria (*Diário da Justiça* de 11-1-1954, pág. 77), assentou:

"Despedida de empregado por abandono de emprêgo; *não há falar-se em prazo*

prescricional enquanto durar o abandono" (Grifei).

4. Fôsse de aplicar-se êste entendimento à espécie e não haveria dúvida de que, perdurando, como perdura, o abandono, eis que o servidor não tentou reassumir o exercício e não foi impedido de fazê-lo, não teria, sequer, começado, ainda, a correr o prazo prescritivo.

5. Ocorre, no entanto, que a douta Consultoria Jurídica dêste Departamento, em parecer emitido no mesmo Processo n.º 7.342-64 (D. A. 90-315-317), ensina que o abandono de cargo é delito instatâneo, com efeitos permanentes, tal como a falsificação de documentos e a bigamia, "por isso que não há confundir a *ação* com os *efeitos*."

6. Assim, segundo o magistério da aludida Consultoria, a partir de 31.º dia de falta consecutiva ao serviço, o que permanece não é a ação (de faltar ao serviço) ou a omissão (de comparecimento), mas ùnicamente os efeitos de uma ação ou omissão que se exauriram naquela data fatal. Daí a conclusão de que, *in casu*.

"A prescrição começa de correr a partir do 31.º dia de faltas consecutivas não justificadas, ou do 60.º dia de faltas interpoladas, durante doze meses".

7. Esta parte final demonstra que o Dr. Consultor também considera abandono de cargo o ilícito a que Estatuto alude *in verbis*:

"Art. 207. .....

.....

§ 2.º Será ainda demitido o funcionário que, durante o período de 12 meses, faltar ao serviço 60 dias interpoladamente, sem causa justificada.

.....

Art. 213. Prescreverá:

II — Em quatro anos a falta sujeita:

.....

a) a pena de demissão, no caso do § 2.º do art. 207.

.....

Art. 228. Caracterizado o abandono do cargo ou função, e *ainda no caso do § 2.º do art. 207, será o fato comunicado* ao serviço do pessoal, que procederá na forma dos arts. 217 e seguintes."

8. Como se vê, o entendimento que prevalece é o de que a prescrição começa a correr do 31.º dia consecutivo de ausência ao serviço. Sendo assim, não há dúvida de que se se provar que Lindembergue Xavier abandonou realmente, o cargo, já se não poderá infligir-lhe a pena de demissão, vez que extinta, por prescrição, a punibilidade da falta.

9. Para que, todavia, se saiba se se configurou o abandono de cargo, mister se faz, a despeito do tempo decorrido, a instauração de inquérito. Com efeito, ao examinar o processo n.º 15.066-59 em que se discutia, precisamente, o cabimento da instauração de inquérito, por abandono de cargo, após decorrido o lapso prescricional, a DRJP teve ensejo de se manifestar em sendo afirmativo sob as considerações de que se depois de apurada a falta se poderia cogitar da prescrição da respectiva punibilidade (parecer na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 6, pág. 248).

10. Cumpre esclarecer, entretanto, que, em casos da espécie, o inquérito administrativo se instaurará não sòmente para apurar se se caracterizou o abandono de cargo, senão também para apontarem-se os responsáveis pela incrível demora na abertura do mesmo inquérito, fato êsse que tanto pode enquadrar-se apenas no item VI ou no item VIII do art. 194 (falta de cumprimento do dever, apenada com repreensão, salvo caso de reincidência), como pode configurar falta grave, apenada com suspensão (art. 209) ou falta de exação no cumprimento do dever, apenada com destituição de função (art. 206), ou, ainda, prevaricação ou condescendência criminosa (arts. 319 e 320 do Código Penal).

11. Em qualquer dêsses casos, uma vez constatada prescrição, consignar-se-á, não obstante, a ocorrência nos assentamentos do servidor implicado.

III — *Conclusão*

12. Pelo exposto, e embora ressalvando nosso entendimento pessoal de início referido, somos de parecer que o Ministério da Fazenda deverá instaurar inquérito destinado a apurar:

a) se Lindembergue Xavier está incurso em abandono de cargo (em caso afirmativo, deverá ser exonerado *ex officio*, de acôrdo com o parecer do DASP — Consultoria Jurídica — no Processo n.º 7.067-58, *Diário Oficial* de 22-11-1958, pág. 24.923); e

b) quais são os responsáveis pela não abertura, até agora, de inquérito administrativo que devia ter sido instaurado em maio de 1951 (se não puderem ser punidos, proceder-se-á como indicado no item precedente).

Brasília, 12 de outubro de 1966. — *Alcindo Noleto Rodrigues* — Assistente Jurídico.

*

Parece que, a partir de 31.º dia de faltas consecutivas, ou seja, em 4 de maio de 1961, começou a fluir o prazo bienal de prescrição, que se exauriu em igual data de 1963, daí não mais cabendo a nosso ver, abertura de inquérito, bastando exonerar o faltoso, a pedido ou *ex officio*, conforme conste ou não manifestação expressa de sua vontade em deixar o cargo. Consultoria Jurídica do DASP, no referido parecer, assentou que a instauração do feito interrompe o prazo prescricional. Ora, como *interromper* um prazo que já se findou? Parece inócuo, na espécie, inquérito para apurar falta cuja pena já incidia em capacidade cabendo simplesmente a exoneração. Afigurar-se, entretanto, caso de nova audiência à Consultoria Jurídica sôbre se, mesmo decaído o prazo, ainda cabe o inquérito. Tudo indica que não, a nosso ver mas pode tratar-se de questão a esclarecer. De acôrdo com a responsabilidade e punição dos culpados pela desídia em não apurar, *oportuno tempore*, o abandono de que se trata. Encaminho o processo à instância superior. Em 12-10-66. — *Alberto da Cruz Bonfim*, Assistente Jurídico, Chefe da Seção do Regime Disciplinar.

De acôrdo com as providências sugeridas nas alíneas *a* e *b* do item 12 do parecer elabora pelo Assistente Jurídico, Dr. Alcindo Noleto Rodrigues.

Também no entender desta Chefia, torna-se necessária a abertura de inquérito, embora já decerrido o prazo prescricional, para que, se caracterizado o abandono do cargo, se faça constar a ocorrência nos assentamentos individuais do servidor.

À consideração do Senhor Diretor.

Brasília, 13 de outubro de 1966. — *Myriam Sampaio Lofrano* — Chefe do Serviço do Regime Legal do Funcionário.

*

Neste processo em face de consulta do Serviço do Pessoal da Fazenda motivada pelo caso concreto de um servidor daquela Secretaria de Estado vir faltando continuadamente ao serviço há mais de cinco anos sem ter apresentado qualquer justificação, ou mesmo mera comunicação, aos órgãos do Ministério, o Serviço do Regime Legal do Funcionário conclui pelo cabimento da instauração de inquérito administrativo, para elucidar a ocorrência de abandono de cargo.

2. Mas, por respeito a um parecer em que a Consultoria Jurídica dêste Departamento entendeu constituir o abandono de cargo ilícito instantâneo, mesmo que de efeitos permanentes, portanto prescritível em dois anos contados do têrmo inicial da ausência intolerada, considera que o inquérito a ser instaurado já não poderá motivar a demissão do servidor.

3. *Data venia* da ilustre opinião aludida nos pareceres colhidos, entendo que é correta a conceituação indicada e bem defendida nos itens 2 e 3 do parecer do Dr. Alcindo Noleto Rodrigues, afigurando-se mesmo de caráter permanente o ilícito do abandono de cargo sobretudo quando nenhuma tentativa de retornar ao serviço ou qualquer espécie de satisfação é dada à Administração pelo servidor que deixa de comparecer ao serviço, o que indica constante renovação, vale dizer, permanência, do desinterêsse pelo cargo e do conseqüente abandono.

4. Assim, penso que é o caso de indicar ao órgão consulente a necessidade de instauração de inquérito administrativo para apurar o abandono de cargo na espécie e a responsabilidade dos que omitiram essa providência no devido tempo, inclusive para os fins de demissão do servidor cuja

ausência ao serviço provocou a consulta caso não seja elidida a hipótese prevista no § 1.º do artigo 207 do Estatuto dos Funcionários.

5. Submeto à consideração do Senhor Diretor-Geral.

Brasília, 13 de outubro de 1966. — *Paulo César Cataldo* — Diretor da Divisão do Regime Jurídico do Pessoal.

Encaminhe-se à Consultoria Jurídica para reexame do assunto e parecer, considerando todos os aspectos do problema, inclusive o caráter continuado da falta e a decisão do Pretório Excelso, mencionada no item 3 do parecer do Dr. Assistente Jurídico da Seção do Regime Disciplinar.

DASP, 21-10-1966. — *Luís Vicente B. de Ouro Prêto*, Diretor-Geral.

*

PARECER

I

Funcionário do Ministério da Fazenda, vem, sem justa causa, desde 4 de abril de 1961, faltando ao serviço. Nos têrmos do art. 228 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, foi feita a comunicação do fato ao serviço de pessoal daquela Secretaria de Estado.

2. Uma série de informações e despachos interlocutórios foram emitidos a respeito da situação funcional de que se trata, sem que, até hoje, se houvesse instaurado o competente processo administrativo, na forma do artigo 217 e seguintes do mencionado Estatuto dos Funcionários.

3. Daí a indagação sôbre se estaria prescrita, administrativamente, a punibilidade do evento, sabido que, nos têrmos do parágrafo único do artigo 213 do diploma básico dos servidores públicos, "a falta também prevista na lei penal como crime prescreverá juntamente com êste."

4. A Divisão do Regime Jurídico do Pessoal, dêste Departamento (D.R.J.P.), reportando-se a pronunciamento seu anterior, tem dúvidas sôbre a prescritibilidade no caso, desde que se considerasse o delito de abandono de cargo público um crime permanente. E invoca, ao propósito, acórdão, de 29-12-1952, do excelso Supremo Tribunal Federal, no agravo de instrumento n.º 15.826, de que foi relator o eminente Ministro Nelson Hungria, cuja ementa é a seguinte:

"Despedida de empregado. Abandono de emprêgo. Conceito. Despedida de empregado por abandono de emprêgo; não há falar-se em prazo prescricional enquanto durar o abandono" (*Diário da Justiça* de 11-1-1954, pág. 77 do Apenso).

5. Sôbre a natureza jurídica do ilícito penal que configura o abandono de cargo público já opinei, como aliás salienta a D.R.J.P., entendendo tratar-se, quanto à consumação, de crime instantâneo com efeitos permanentes, mas não de crime permanente pròpriamente dito (cf. parecer de 2-10-1964, emitido no processo n.º 7.342-64, publicado no *Diário Oficial* de 29 de dezembro de 1964, à página 11.993, e na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 80, págs. 315 *usque* 317).

6. Em face, todavia, do acórdão cuja ementa se transcreve no item 4, *supra*, deseja o Sr. Diretor-Geral nova audiência desta Consultoria Jurídica.

II

7. Como tive ensejo de salientar no parecer a que se faz menção no item 5 dêste pronunciamento, "não há estudos aprofundados sôbre êsse ilícito penal, notando-se, na doutrina, uma certa perplexidade na sua conceituação" (*Diário Oficial* e *Revista* cits).

8. Para perfeita elucidação da matéria, convém recapitular a classificação dos delitos, quanto à sua consumação que é a seguinte:

a) *instantâneo* — o que se esgota com o evento que o condiciona, vale dizer, aquêle cuja ação se exaure em um só momento,

b) *permanente* — aquêle cujo processo executivo perdura no tempo, sem que haja pluralidade de ações;

c) *continuado* — quando, como assinala Giuseppe Maggiore (*Principi di Diritto*

Penale, 2.ª ed., Bolonha, 1937, pág. 212), "há pluralidade de ações e de violações, cada uma das quais tem todos os caracteres de um crime perfeito, e seriam delitos distintos se a lei não lhes imprimisse unidade em razão da intenção comum".

9. Essa a classificação geral, a que se deve acrescentar, como esclareci no pronunciamento tantas vêzes citado:

"Ao lado dos crimes instantâneos pròpriamente ditos, há os que a doutrina penal classifica como instantâneos com efeitos permanentes, e que os alemães denominam *Zustandsverbrechen*, isto é, crime com consumação instantânea, mas cujos efeitos perduram no tempo" (*Diário Oficial* e *Revista* cits.).

10. Entendo que o abandono de cargo público, delito capitulado no artigo 323 do Código Penal, é crime instantâneo com efeitos permanentes, vale dizer, consuma-se no 31.º dia de ausência contínua ao serviço sem justa causa, embora os seus efeitos se prolonguem no tempo. Comparei-o, quanto à consumação, ao delito de falsificação ou alteração de documentos e ao de bigamia, cuja ação se esgota com a falsificação ou alteração do documento, ou com a assinatura do têrmo de casamento no registro civil, mas que têm os seus *efeitos* protraídos no tempo.

11. O acórdão cuja ementa se acha transcrita no item 4, que assevera não se poder cogitar de prescrição para a despedida do empregado trabalhista por abandono de emprêgo, enquanto durar o abandono, não tem, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, grande interêsse para a controvérsia, pois que ali apenas se diz que o abandono, que houve, não impede a despedida a qualquer tempo, mas não aprecia o ilícito penal de que se cogita. Ademais, bem diversa é a situação na Administração pública, quando a jurisprudência dos nossos tribunais tem indiscrepantemente sustentado, como já esclareci em outra oportunidade, que a simples reassunção do exercício do funcionário que abandonou o cargo importa em renúncia da Administração em puni-lo (cf. meus *Estudos de Direito Administrativo*, Imprensa Nacional, 1960, vol. I, págs. 134 e seguintes).

12. Quando essa e a jurisprudência dos nossos tribunais, no sentido de que o retôrno ao serviço do funcionário que abandonou o cargo representa verdadeira readmissão, perdendo a Administração o direito de puni-lo, está mais do que evidenciado não se tratar de crime permanente, desde que, em conseqüência disso, não se permite êsse retôrno. Ora, em sendo assim, não há falar em crime permanente, pois a êste é essencial a possibilidade de cessação, por ato voluntário do agente, do estado permanente de criminalidade. Como bem ensina Maggiore (obra e vol. cits., pág. 210), no crime permanente, *"sta in potere dell'agente il far continuare o cessare la situazione antigiuridica."*

13. Se essa cessação voluntária é impossível, desde que a Administração estaria aí abrindo mão do direito de punir, com o que com essa renúncia tácita, não apenas se extinguiria o estado permanente de antijuridicidade como até a própria punibilidade, não vejo como se possa classificar o delito de que se cogita entre os de natureza permanente.

14. Nem há de se arrecear a Administração de ver dificultada a sua ação disciplinar, pois, em se tratando de crime instantâneo com efeitos permanentes, a prescrição da punibilidade só começa a fluir da data em que o fato chegou ao seu conhecimento (Código Penal, art. 111, alínea *d*). No caso dêste processo, quando feita a comunicação de fls. 1, ainda que um ano após a consumação do ilícito. E terá, dessa data em diante, na pior das hipóteses (no caso de abandono simples sem prejuízo público — Código Penal, art. 328, *caput*), dois anos para iniciar o competente processo administrativo.

15. Na espécie dos autos, embora feita a comunicação do abandono, na forma do art. 228 do Estatuto dos Funcionários (fls. 1), uma burocracia, incrìvelmente lenta e inepta, foi procrastinando a abertura do processo respectivo, que, até hoje (mais de quatro anos após o abandono!), ainda se não instaurou, quando já não mais se puder fazer sentir a ação disciplinar, pela desenganada prescrição em que se incorreu.

16. Embora, no caso concreto, se ache prescrita a ação penal e, por via de conseqüência, a ação disciplinar (Estatuto dos Funcionários, art. 213, parágrafo único), há, entretanto, um fato jurídico de existência real, ainda que insuscetível de punição — o abandono.

17. Não mais passível o agente da sanção administrativa que lhe seria de aplicar se não houvesse prescrito a ação — a demissão do cargo (Estatuto dos Funcionários, art. 207, n.º II), impõe-se, no entanto, a declaração de vacância dêste. E esta se fará através de exoneração *ex officio* como já esclareci de outra feita (cf. meus *Estudos de Direito Administrativo* cits., vol. II, págs. 107 a 109), a cuja argumentação elucidativa me reporto.

18. Não vejo necessidade, nesta altura dos acontecimentos, de instauração de inquérito administrativo a respeito do fato do abandono, quando o ilícito já não mais seria passível de punição. O único inquérito que me parece procedente é o que se instaure para apurar responsabilidades pela ação administrativa excessivamente lenta, que possibilitou a prescrição da ação disciplinar que se impunha.

19. Em conclusão, entendo:

a) que o ilícito penal capitulado no art. 323 do respectivo Código é de consumação instantânea com efeitos permanentes, sendo, em conseqüência, iniciada a contagem do prazo de prescrição da ação penal e correspondente publicidade administrativa a partir da data em que a Administração tiver ciência do evento;

b) que, por fôrça da extinção da punibilidade, a vacância do cargo não se fará através de demissão, mas de simples exoneração *ex officio*, e

c) que se impõe a instauração de inquérito administrativo, para apurar responsabilidades por não tão longa e estranha inércia administrativa, no descumprimento do disposto nos artigos 217 e seguintes do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União.

20. É o que se me afigura pertinente a propósito da matéria, não havendo eu encontrado, *data venia* dos que pensam diferentemente, razões de ordem jurídica para modificar pronunciamentos anteriores.

É o meu parecer.

S. M. J.

Brasília, 3 de novembro de 1966. — *Clenício da Silva Duarte*, Consultor Jurídico.

"Aprovo o parecer da Consultoria jurídica.

Restitua-se ao Serviço do Pessoal do Ministério da Fazenda."

DASP, 9 de novembro de 1966. — *Luís Vicente B. de Ouro Prêto*, Diretor-Geral.