FUNCIONÁRIO PÚBLICO — ABANDONO DE CARGO — PRESCRIÇÃO DA PUNIBILIDADE — EXONERAÇÃO

— Não cabe a instauração de processo administrativo por abandono de cargo, extinta a punibilidade.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO

PROCESSO Nº 9.339/66

*

PARECER

Em data de 13 de setembro de 1965, o representante no Brasil da Organização Mundial de Saúde oficiou ao Ministério da Saúde, solicitando *prorrogação,* por mais dois anos, da licença que, segundo êle teria sido concedida ao Engenheiro José Silveira, funcionário do Quadro de Pessoal — Parte Suplementar — daquela Secretaria de Estado, para trabalhar na aludida organização internacional.

2. Feitas diligências, descobriu-se:

a) que o funcionário se afastara do serviço em 31 de agôsto de 1960, no gôzo de um ano de licença para o trato de interêsses particulares;

b) que dita licença fôra prorrogada a partir de 31 de agôsto de 1961, "a título precário até que seja solucionado o processo de cessão solicitada pela OMS, através do Ministério das Relações Exteriores;

c) que nada mais consta nos assentamentos do funcionário a respeito;

d) que a Repartição Sanitária Panamericana, embora afirme haver encaminhado ao Ministério das Relações Exteriores as competentes requisições, não pôde fornecer cópia dos expedientes; e

e) que, nos arquivos do Ministério das Relações Exteriores, não consta haver passado por ali nenhum processo concernente à requisição do interessado.

3. Como o Ministério da Saúde, apesar de tudo, tenha encaminhado o processo a êste Departamento "na forma do Decreto-lei nº 9.538, de 5 de agôsto de 1946", passo a opinar.

4. Segundo a letra expressa do mencionado diploma legal, os afastamentos de servidores brasileiros para trabalho junto a Organizações Internacionais com as quais coopere o Brasil, podem resultar: ou de solicitação indiscriminada de pessoal (hipótese em que o DASP se incumbirá de selecionar os servidores que devam ser cedidos), ou de convites nominais.

5. Na espécie, como se viu, não há prova da existência de nenhuma solicitação ou convite: nos assentamentos do funcionário, nada consta; na Organização Internacional, não foi encontrada nenhuma cópia; nos Ministérios da Saúde e das Relações Exteriores, os arquivos e fichários nada contêm a respeito.

6. Outro requisito legal, igualmente inatendido, é que o afastamento seja procedido de expressa autorização do Presidente da República.

7. Ora, se não houve, ao término da licença para o trato de interêsses particulares, permissão expressa do Presidente da República para que o interessado se pusesse a serviço da Organização Mundial de Saúde, claro que êle não se acha em condições de pleitear "prorrogação" de uma licença que nunca lhe foi dada.

8. Considerando-se que a licença para tratar de interêsses particulares só se pode estender até um máximo de 24 meses, em virtude do disposto no art. 94 do Estatuto dos Funcionários forçoso é concluir-se que em 1 de outubro de 1962, se caracterizou, em relação ao interessado, a situação prevista no art. 228, combinado com o artigo 207, § 1º, do mesmo Estatuto.

9. Não tendo sido, entretanto, instaurado, naquela época, o competente inquérito administrativo, por desídia da autoridade a quem competiria formular a comunicação de que trata o dispositivo estatutário retrocitado (art. 228), e, outrossim, havendo sido assentado, pela douta Consultoria Jurídica dêste Departamento, que o abandono simples de cargo prescreve em dois anos, contados do 31º dia de faltas consecutivas ao serviço, (cfr. parecer no Processo número 7.342-64, *Diário Oficial* de 29 de dezembro de 1964), conclui-se que, em 1 de outubro de 1964, estava extinta, por prescrição, a punibilidade da falta disciplinar de que se trata.

10. Para casos como êste, a saber de abandono de cargo caracterizado, mas tornado impunível pela superveniência da prescrição, a mesma Consultoria Jurídica do DASP firmou o entendimento de que deve decretar-se a exoneração "ex officio" (cfr. parecer no Processo nº 7.067-58, *Diário Oficial* de 22 de novembro de 1958).

11. Como a Divisão do Regime Jurídico do Pessoal houvesse ponderado que, mesmo decorrido o prazo prescricional conviria realizar-se o inquérito para apurar se, verdadeiramente, com a ausência prolongada, se configurara o abandono, a aludida Consultoria Jurídica, em parecer emitido no Processo nº 7.464-66 (*Diário Oficial* de 25 de novembro de 1966), assim resolveu o problema:

"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."

12. Em virtude dêsse entendimento, parece que o caso em exame comporta uma única solução, que seria a de se propor ao Exmo. Sr. Presidente da República a exoneração "ex officio" de José Silveira, do cargo de Engenheiro, nível 22, do Quadro de Pessoal — Parte Suplementar — do Ministério da Saúde.

13. Permito-me, todavia, ponderar — e o faço com profundo respeito — que a exoneração compulsória de um servidor beneficiado com a prescrição da falta cometida — ainda por cima sem que se lhe assegure o direito de defesa, sem dar-se-lhe a oportunidade de provar, no inquérito, o eventual não cometimento do ilícito — resulta, em última análise, em punição mais drástica do que a própria demissão, vez que esta última não prescinde de inquérito em que se assegurem ao indiciado garantias de ampla defesa.

14. Pela audiência, por conseguinte, da douta Consultoria Jurídica dêste Departamento.

Brasília, 2 de agôsto de 1967. — *Alcindo Noleto Rodrigues*, Assistente Jurídico. — De pleno acôrdo. À consideração do Sr. Diretor.

Brasília, 4 de agôsto de 1967. — *Inaya Barbariz A. de Carvalho*. — Substituto da Chefe do S.R.I.F.

De acôrdo. Submeto a consideração do Sr. Diretor-Geral, propondo que sejam submetidas ao exame da Consultoria Jurídica dêste Departamento as considerações constantes do item 13 do Parecer supra.

Brasília, 4 de agôsto de 1967. — *Paulo César Cataldo*, Diretor da Divisão do Regime Jurídico do Pessoal.

A Consultoria Jurídica dêste Departamento.

Em 8 de agôsto de 1967. — *Belmiro Siqueira,* Diretor-Geral.

*

PARECER

I

Em decorrência de pronunciamento desta Consultoria Jurídica, no sentido de que, ocorrendo abandono de cargo público com a prescrição da punibilidade pela inércia administrativa, torna-se inócua a instauração de processo administrativo pois que êste só se justifica quando passível de punição o ilícito a apurar, pretende a Divisão do Regime Jurídico do Pessoal, dêste Departamento (D.R.J.P.), nova audiência dêste órgão, pois que, segundo entende.

..."a exoneração compulsória de um servidor beneficiado com a prescrição da falta cometida — ainda por cima sem que se lhe assegure o direito de defesa, sem dar-se-lhe a oportunidade de provar, no inquérito, o eventual não cometimento do ilícito — resulta, em última análise em punição mais drástica do que a própria demissão (?!), vez que esta última não prescinde de inquérito em que se assegurem ao indiciado garantias de ampla defesa" (fls. 16).

2. Daí a conclusão da D.R.J.P., que entende que, mesmo nas hipóteses de extinção da punibilidade pela ocorrência de prescrição, seria de instaurar-se processo administrativo para apurar o que não mais pode ser objeto de ação disciplinar do Estado.

II

3. A prescrição, no campo do Direito Disciplinar, como na esfera de incidência do Direito Penal, extingue a punibilidade do ilícito, não permitindo, em conseqüência, quer a ação administrativa no primeiro caso, quer o procedimento judicial, no segundo, pois que a falta cometida não mais pode ser objeto da ação corretiva do Estado.

4. Assim como, verificada a prescrição da ação penal, não tem cabimento a instauração de processo judicial para a apuração do delito, que não pode ser punido, também no Direito Disciplinar, extinta a punibilidade, não haveria como acionar a máquina do Estado, para apurar falta disciplinar não mais passível de sanção. O Direito não se perde em inutilidades nem se preocupa com incursões no óbvio.

5. Há nas considerações da D.R.J.P., tremenda e estranha confusão, desde que se procura identificar punição onde ela não existe, pois o que se afirmou peremptòriamente, foi a inutilidade da instauração de processo administrativo, pela impossibilidade do exercício conseqüente de ação disciplinar, qualquer que fôsse o resultado do inquérito.

6. Se o ilícito não é mais punível pela inércia administrativa durante certo prazo, um fato, entretanto é irretorquível e se conceitua como o não exercício do cargo pelo seu titular, sem justa causa. A conseqüênte exoneração dêste *que não se constitui em punição,* pois que exoneração não é pena, se destina tão-sòmente, a vacância do cargo, para o seu posterior provimento, visto que, como é evidente, a impossibilidade de punição do fato não chegaria ao ponto de impedir a continuidade da Administração.

7. Em caso idêntico, a que se refere a própria DRJP, já tive oportunidade de opinar (Cf. *Diário Oficial* de 22 de novembro de 1958, pág. 24.923, e meus *Estudos de Direito Administrativo,* Imprensa Nacional, 1965, vol. II, págs. 107 a 110), de que peço *venia* para extrair o seguinte excerto:

"É evidente a lacuna da legislação específica, quanto ao modo de proceder em casos desta natureza.

Há que se afastar de logo, a demissão, pois esta só se aplica como medida disciplinar. Ora, extinta a punibilidade com a prescrição, nenhuma pena pode ser imposta.

Quanto à exoneração *ex officio*, é certo que se entende comumemente que só ocorre nos casos especificados no art. 7º, nº II, alíneas *a* e *b*, do Estatuto dos Funcionários isto é, quando se tratar de cargo em comissão e quando não satisfeitas as condições de estágio probatório. Nesse sentido, aliás opinei em um dos processos citados (Processo nº 2.523-58).

Mas, melhor examinando, não só naqueles casos ocorre a exoneração *ex officio*. O próprio Estatuto dos Funcionários contempla outros, como os especificados nos § § 5º e 7º do art. 19, onde se lê:

"§ 5º Aprovadas as inscrições, serão exonerados os interinos que tenham deixado de cumprir o disposto no parágrafo anterior.

.....

§ 7º Homologado o concurso, serão exonerados todos os interinos".

Nas duas hipóteses acima, como se vê, também se verifica a exoneração *ex officio*, sem que haja sido prevista no art. 75, número II, do mencionado diploma básico dos funcionários.

Em parecer que proferi no Processo número 5.955-58, ainda não publicado, esclarecendo com apoio na opinião indiscrepante da doutrina a ser o funcionário interino demissível *ad nutum*, impôs-se-me a conclusão por via de conseqüência, de que igualmente poderia ocorrer a exoneração *ex officio dessa categoria funcional* ao nuto do nomeante sem que houvesse prévia estipulação legal nesse sentido. Assim fundamentei o meu ponto de vista.

"Se o Estatuto dos Funcionários determina as hipóteses em que, não satisfeitas determinnadas condições (art. 19, § 5º) ou realizando-se certo evento (art. 19 § 7º) ocorre exoneração *ex officio* do interino, daí não se infere que só possa verificar-se esta naqueles casos.

O provimento em caráter interino é sumamente precário não condicionando a perda do cargo a qualquer motivo ou fundamento. O ato exoneratório fica à discrição à vontade do nomeante, sem que haja de justificá-lo. Está para êsse efeito, em pé de igualdade com o provimento em comissão."

Acrescentaria agora: naqueles casos (art. 19, § § 5º e 7º, do Estatuto dos Funcionários), há obrigatoriedade de exoneração; na hipótese então focalizada naquele processo essa exoneração se defere à discrição do nomeante.

Tais considerações servem para demonstrar que a enumeração dos casos de exoneração *ex officio* não é taxativa mas exemplificativa, podendo, por conseguinte, extender-se, através de interpretação, a outros casos em que não há previsão legal expressa.

Se a demissão é aplicada como pena disciplinar a exoneração *ex officio* não tem êsse enderêço. A primeira se acha fora de cogitação em espécie em que não há como aplicar pena, desde que a punibilidade se encontra extinta. A segunda, sem caráter punitivo, se destina a resolver os casos em que não se pode infligir a outro nem houve pedido exoneratório. É uma forma intermediária a que se tem de recorrer, sob pena de se criar um impasse, numa perplexidade que o direito repele.

Em outra aportunidade (parecer emitido no Processo nº 5.318, de 1957), salientei:

"Em tema de interpretação de lei, é lícito assegurar-se ao hermenêuta condições de atender à finalidade social a que ela se dirige, desde que se não violente o seu conteúdo normativo, pois a realidade jurídica exige adequação àqueles fins.

Não vejo outra solução, e ao intérprete cabe, dentro do princípio da plenitude hermética da ordem jurídica positiva apontar os meios de se resolverem os conflitos que se estabeleçam (Cf. RECASENS SICHES, *Nueva Filosofia de la Interpretatión del Derecho*, página 23).

Embora não punível, o abandono existe, pois que é um fato, cuja consumação ocor-

reu com o simples decurso do trintídio de ausência sem causa justificada.

.....

Em conclusão, entendo que em casos de abandono de cargo, cuja ação disciplinar se ache defesa pela inércia que acarretou a prescrição, não tendo havido manifestação expressa de vontade do agente, pedindo exoneração do cargo, deve esta ser decretada *ex officio*, pelas rezões acima aduzidas."

8. O Decreto de exoneração *ex officio* isto é, o ato declaratório da vacância, embora na realidade, de há muito se ache desocupado o cargo, terá efeito a partir, apenas, da data de sua publicação.

9. Reportando-me às considerações acima transcritas reitero o meu pronunciamento anterior pela absoluta impropriedade das alegações da D. R. J. P., que vê punição onde ela não existe e pretende a instauração de processo administrativo cujas conclusões, quaisquer que fôssem seriam totalmente inócuas, para extinção da punibilidade do ilicito.

É o meu parecer.

s.m.j.

Brasília, 25 de agôsto de 1967. — *Clenício da Silva Duarte,* Consultor Jurídico.

"A D.R.J.P. Face à natureza da questão e para decisão normativa, solicito expediente à Consultoria-Geral da República.

Em 29-8-67 — *Belmiro Siqueira,* Diretor-Geral."