FUNCIONÁRIO PÚBLICO – FUNÇÃO GRATIFICADA – EXERCÍCIO DE FATO

– A posse e o exercício de função gratificada sem ato regular de designação não gera direitos.

– Interpretação da Lei n.º 1.741, de 22 de novembro de 1952.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO

PROCESSO N.º 3.522-68

PARECER

No anexo processo, que o Gabinete Civil da Presidência da República encaminhou a êste Departamento para exame, o Ministério da Fazenda propõe a agregação, ao respectivo Quadro de Pessoal, de acôrdo com o artigo 60 da Lei n.º 3.780, de 12 de julho de 1960, de Maria Nazaré de Melo, ocupante do cargo de Oficial de Administração, nível 12-A, dos mesmos Quadro e Ministério, visto considerá-la amparada pela Lei n.º 1.741, de 1952.

2. A medida é proposta com efeitos a partir de 1 de novembro de 1967 e acarretaria o enquadramento da interessada no símbolo 5-F, correspondente à função gratificada de Chefe do Serviço Regional da Dívida Fundada, da Delegacia Fiscal do Tesouro Nacional no Estado de Alagoas, da qual foi dispensada através de Portaria publicada no *Diário Oficial* de 17 de novembro de 1967.

3. A aplicabilidade da Lei n.º 1.741, de 1952, a servidor afastado de função gratificada, depois de havê-la exercido por mais de dez anos ininterruptos, foi reconhecida através do Parecer n.º 76-H, de 1964, da douta Consultoria-Geral da República, por fôrça do convencimento gerado da interpretação dada pelo egrégio Tribunal Federal ao citado diploma legal, em face, principalmente, de na Lei n.º 3.780, de 1960, o sistema de retribuição ser substancialmente igual para a função gratificada e para o cargo em comissão.

4. Atento a essas conclusões, êste Departamento, ao dirimir dúvidas surgidas sôbre a data da vigência da agregação relativamente aos titulares de funções gratificadas, entendeu que o direito decorre do advento da Lei n.º 3.780, fazendo jus ao benefício todo aquêle que, satisfazendo os demais pressupostos legais, se tenha afastado da chefia após a vigência dêsse diploma — 1.º de julho de 1960 — vigorando os efeitos da agregação *a partir do dia imediato ao do afastamento* (parecer emitido no processo n.º 12.083-65 — *in Diário Oficial* de 27 de outubro de 1966).

5. Ocorre que, para perfazer o decênio legal, a requerente teve computados períodos de exercício na função gratificada de Encarregada da Turma de Administração da Seção Regional de Coletorias da Delegacia Fiscal em Alagoas para a qual foi designada através de portaria que não chegou a ser publicada, embora tenha tomado posse e entrado em exercício, bem como nas funções gratificadas de Encarregada da Tur-

ma de Orientação e Inspeção da mesma Seção, e de Chefe do Serviço de Obrigações de Guerra (depois Serviço Regional da Dívida Fundada), para as quais foi designada por portarias que sòmente vieram a ser publicadas muito depois de haver ela tomado posse e entrado em exercício nessas mesmas funções.

6. Cabe, portanto, examinar se a falta de publicação do ato de designação ou a publicação do ato após a posse prejudicam o reconhecimento, na espécie, do amparo da Lei n.º 1.741, de 1952, e a conseqüente agregação prevista no artigo 60 da Lei número 3.780, de 1960, desde que a interessada exerceu, sem interrupção, as atribuições inerentes às referidas funções gratificadas, percebendo, também sem solução de continuidade, as gratificações respectivas.

7. Êsse Departamento sempre defendeu a necessidade de publicação prévia dos atos de provimento de cargo ou função gratificada, como *formalidade essencial* à sua validade e, conseqüentemente, à posse e ao exercício subseqüente, antes mesmo de tal requisito se converter em exigência legal.

8. Assim é que a Consultoria Jurídica dêste Departamento, em parecer da lavra do Dr. Clenício da Silva Duarte, publicado no *Diário Oficial* de 24-12-56, assim se expressou a respeito do assunto:

"Na hipótese, não há como dispensar a publicação do ato, que só tem validade após o cumprimento dessa formalidade essencial (Cf. Temístocles Cavalcânti, *Tratado de Direito Administrativo*, 2.ª ed., 1948, p. 106 a 308; Garcia Oviedo, *Derecho Administrativo*, 5.ª ed., 1955, vol. I p. 196; Gascon y Marin, *Tratado de Derecho Administrativo*, 12.ª ed., 1952, Tomo I, p. 196).

7. *A posse anterior à publicação do ato é de nenhum efeito*, pois que esta pressupõe ato válido de designação ou nomeação, que só se concretiza com a imprescindível publicidade.

8. No caso, não se trata de mero ato declaratório, como quer a D.P. dêste Departamento, mas ato constitutivo, indispensável à investidura. Só após a sua publicação, quando satisfez a última formalidade essencial para a sua validade, é que começou a gerar efeitos.

9. A situação do requerente, no interregno entre a assinatura do ato de designação e a sua publicidade, não tem amparo legal, sendo irrelevante, na espécie, que continuasse a prestar serviços, sem solução de continuidade. Trata-se de mera situação de fato, sem possibilidade de convalidar-se." (Grifou-se).

9. Essa orientação parece eliminar, de plano, a viabilidade de considerar-se o exercício da requerente naquelas funções gratificadas com exercício *de direito* a não ser que, considerando-se o espírito e a finalidade da Lei n.º 1.741, de 1952 — a estabilidade financeira — e a circunstância de que a interessada, durante aquêles períodos de exercício, percebeu, sem solução de continuidade, as gratificações de função a elas correspondentes, se admita o cômputo daqueles períodos de exercido para integralizar o decênio legal, evitando-se, destarte, que a servidora venha a sofrer prejuízo por situação para a qual não concorreu.

10. Aliás, talvez fôsse o caso de aplicarem-se à espécie as considerações expendidas pela douta Consultoria-Geral da República, em seu parecer n.º 531-H, de 11-7-67 (*in Diário Oficial* de 20 subseqüente), que também cuidou da incidência da Lei n.º 1.741, de 1952, assim se expressando:

"8. Como se vê, o benefício requer, como pressuposto de sua legitimidade, sempre, dois elementos essenciais — o exercício de função de direção e a respectiva retribuição por êsses encargos — além dos demais requisitos prescritos na legislação própria.

9. Argumentar-se-á que a verba de representação não se destina a retribuir o desempenho de serviços dessa natureza, mas, sim, a indenizar despesas eventuais de representação social a que estão sujeitos os que têm exercício em gabinete, conforme acentuei no parecer n.º 211-H, (*Diário Oficial* de 9-7-65).

10. Reconheço a veracidade do argumento. Entretanto, no particular, a Administração se utilizou daquela dotação específica para remunerar prestações de serviços em função de direção, o que não deveria ocorrer e é, até mesmo, medida digna de censura. *A irregularidade, porém, não deve constituir óbice à pretensão, mesmo porque para isso não contribuíram os interessados.*" (Grifou-se).

11. À consideração do Sr. Diretor.

Brasília, 7 de agôsto de 1968. — *Míriam Sampaio Lofrano*, Chefe do S.R.L.F.

A questão suscitada na espécie é a da viabilidade jurídica e legal de considerar-se como fato gerador de direito aos benefícios da Lei n.º 1.741, de 1952, a posse e o exer-

cício de função gratificada sem que precedentemente tivesse sido satisfeito o requisito essencial de designação do servidor através de ato dado à publicação oficial, sequer em Boletim Interno do Órgão.

Sempre constituiu elementar advertência dos princípios gerais do Direito que o que se faz contra à proibição da lei ou com desprêzo de requisito legal expresso há de ser tido por não feito, por nulo.

Não há como se ter por válidos a posse e o exercício de cargo ou função gratificada por quem não fôra para tanto devidamente nomeado, a isso correspondendo a designação por ato que não se completa tempestivamente com a publicação.

É recente o ensinamento da douta Consultoria-Geral da República, em seu parecer de n.º 622-H, de que sequer podem ser sanados os atos que não tenham sido praticados com atenção às exigências da lei.'

O parecer da Consultoria Jurídica dêste Departamento, indicado pelo Serviço do Regime Legal do Funcionário, afigura-se cabal no demonstrar que "A posse anterior à publicação do ato (de nomeação ou de designação) é de nenhum efeito".

Doutra parte, a irregularidade que se surpreende no caso concreto não se assemelha àquela que o Doutor Consultor-Geral da República, em seu parecer n.º 531-H, entendeu suscetível de gerar direito para o servidor.

No caso presente, o efeito que se admitisse da posse sem prévia designação por forma necessária importaria, desenganadamente, em frontal contravenção à lei, dando-se a situação *de fato* conseqüências que o Direito veda extrair-se dela.

Se, por absurdo, se entendesse lícitos a posse e o exercício de função gratificada sem designação regular, para atender ao interêsse da servidora de que trata êste processo, estar-se-ia, sem dúvida, subvertendo os comandos do Direito positivo e, mais, as próprias razões éticas que o informam.

Ao submeter o assunto à consideração do Sr. Diretor-Geral, peço vênia para sugerir a audiência da Consultoria Jurídica dêste Departamento.

Brasília, 8 de agôsto de 1968. — *Paulo César Cataldo*, Diretor da Divisão do Regime Jurídico do Pessoal.

De acôrdo. A. C. Jurídica.

Em 9 de agôsto de 1968. — *Belmiro Siqueira*, Diretor-Geral.

CONSULTORIA JURÍDICA

Processo n.º 3.522-68

— Aplicação da Lei n.º 1.741, de 1952, e, por via de conseqüência, do disposto no artigo 60 da Lei n.º 3.780, de 1960.

— A inexistência de ato de designação, bem como o retardamento na publicação dêste, tornam o servidor, durante o interregno, funcionário de fato, ainda que tenha havido posse e pagamento da respectiva gratificação, o que ocorreu com infringência de normas legais.

— Tal exercício de fato não se considera para efeito do benefício de que trata a Lei n.º 1.741, de 1952.

PARECER

I

A questão que ora se suscita diz respeito a interrupções *de direito*, do exercício de função gratificada, porque, ou não se publicou o ato de designação, ou essa publicação foi retardada, quando, não obstante, se deu posse imediata à servidora e lhe foram pagas as vantagens respectivas.

2. Em outras palavras, houve exercício *de fato*, sem suporte legal na investidura, com o que se discute se ocorreu, ou não, interrupção de exercício, para efeito do benefício conferido pelo art. 1.º da Lei número 1.741, de 22 de novembro de 1952.

3. A Divisão do Regime Jurídico do Pessoal, dêste Departamento, citando pronunciamento meu, emitido em 20 de novembro de 1956, concluiu pelo não reconhecimento dessa situação de fato. Entretanto, deseja-se nova manifestação desta Consultoria Jurídica.

II

4. As posses e exercícios, concedidos à interessada, quer antes da publicação do ato de designação, quer na inexistência dêste, não podem ser, evidentemente, considerados como salientei no parecer acima referido (Cf. meus *Estudos de Direito Administrativo*, vol. I, p. 232 e 233). Disse, então, ao propósito, naquela oportunidade (ob. e vol. cits., p. 233):

"6. Na hipótese, não há como dispensar a publicação do ato, que só tem validade

após o cumprimento dessa formalidade essencial (Cf. Temístocles Cavalcânti, *Tratado de Direito Administrativo*, 2.ª ed., 1948, p. 306 a 308; Garcia Oviedo, *Derecho Administrativo*, 5.ª ed., 1955, vol. I, p. 196; Gascon y Marin, *Tratado de Derecho Administrativo*, 12.ª ed., 1952, Tomo I, p. 196).

7. A posse anterior à publicação do ato é de nenhum efeito, pois que esta pressupõe ato válido de designação ou nomeação, que só se concretiza com a imprescindível publicidade.

8. No caso, não se trata de mero ato declaratório, como quer a D.P. dêste Departamento, mas ato constitutivo, indispensável à investidura. Só após a sua publicação, quando satisfez a última formalidade essencial para a sua validade, é que começou a gerar efeitos.

9. A situação do requerente, no interregno entre a assinatura do ato de designação e a sua publicação, não tem amparo legal, sendo irrelevante, na espécie, que continuasse a prestar serviços, sem solução de continuidade. Trata-se de mera situação de fato, sem possibilidade de convalidar-se".

5. Idêntica é a situação na espécie, em que o exercício de fato não assegura à servidora a continuidade imprescindível para a concessão da vantagem excepcional prevista no art. 1.º da Lei n.º 1.741, de 1952.

6. Tais *exercícios de fato* se têm como interruptivos da contagem legal, o que lhe impossibilita o amparo pretendido, não vendo como cogitar-se, na hipótese, de incidência da Lei n.º 1.741, de 1952 e, por via de conseqüência, do disposto no art. 60 da Lei n.º 3.780, de 12 de julho de 1960.

É o meu parecer. S.M.J.

Brasília, 3 de setembro de 1968. — *Clenício da Silva Duarte*, Consultor Jurídico.

Aprovo o parecer.

Restitua-se o processo.

Brasília, 6 de setembro de 1968. — *Raimundo Xavier de Meneses*, Substituto do Diretor-Geral.