FUNCIONÁRIO PÚBLICO — FUNÇÃO GRATIFICADA — PUBLICAÇÃO DO ATO DE DESIGNAÇÃO — AGREGAÇÃO

— A falta de publicação do ato de designação para o exercício de função gratificada, observados os requisitos legais, não impede o benefício da agregação.

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

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

PROCESSO P.R. N.º 5.084-68

Presidência da República. Consultoria-Geral da República. E.M. n.º 760-H, de 24 de outubro de 1968. — "Aprovo. Em 7-11-68". — (Enc. ao M.F., em 11-11-68).

PARECER

A Subchefia para Assuntos de Administração-Geral do Gabinete Civil da Presidência da República sugeriu a audiência desta Consultoria-Geral, neste processo, com a finalidade de elucidar as seguintes indagações:

a) se a falta de publicação no *Diário Oficial* de uma portaria de designação para exercício de função gratificada seria suficiente para denegação de *agregação* pretendida em decorrência dêsse exercício — mesmo se fôr apresentado original de portaria designativa com nota de inclusão em Boletim de Pessoal e, ainda, comprovação de posse e desempenho da função em causa, bem como do pagamento da respectiva retribuição pecuniária;

b) se irregularidade qualquer em ato pretérito, presumida ou provada, discutível ou evidenciada, deve ser causa, por si só, de denegação de benefício quando para a configuração da mesma não contribuiu o interessado — eis que se poderia alegar a inobservância de alguma formalidade, mas não se poderia discutir a materialidade do desempenho da função nem a percepção da respectiva gratificação.

2. A questão se relaciona com o decreto publicado no *Diário Oficial* de 1.º de outubro do corrente ano, através do qual foi declarada a agregação de Maria Nazaré de Melo, 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.

3. O referido ato foi expedido sem a observância da orientação firmada pelo Departamento Administrativo do Pessoal Civil (DASP), consoante têrmos da E.N. número 647-68, que concluía pela não assinatura do projeto de decreto.

4. A opinião manifestada pelo DASP fundamenta-se nas conclusões a que chegaram seus órgãos especializados (DRJP e CJ), após minucioso exame da matéria. É o que se lê na mencionada Exposição de Motivos daquele Departamento:

"Ocorre que a Divisão do Regime Jurídico do Pessoal e a Consultoria Jurídica dêste Departamento, através dos pareceres anexos aprovados por esta Direção-Geral, concluíram por que, na espécie, não está configurado o exercício ininterrupto de funções gratificadas no lapso temporal estabelecido pela Lei n.º 1.741, de 1952, como condição básica para o deferimento do benefício que assegura.

Com efeito, segundo consta do processo, os atos que designaram a referida servidora para o desempenho das funções de chefia ou não foram publicados ou o foram tardiamente, embora lhe tivessem sido dados posse e exercício e lhe fôsse paga a gratificação respectiva.

Destarte, surpreende-se no caso, simples exercício *de fato*, que se tem como interruptivo, do decênio legal, não havendo como cogitar-se da 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."

5. Na realidade, a investidura na função gratificada dá-se com a posse, conforme estabelece o art. 21 do Estatuto dos Funcionários, e esta deve ser precedida pelo ato de designação respectiva, devidamente publicado no órgão oficial, para que produza os seus efeitos.

6. São estas as formalidades requeridas pela legislação própria, as quais não podem ser olvidadas em relação ao conjunto de elementos jurídicos, necessário à eficácia do ato. Tem razão, assim, a douta Consultoria Jurídica do DASP, quando defende a tese de que a designação não é mero ato declaratório, e sim ato constitutivo, indispensável à investidura, motivo pelo qual só após sua publicação, começa a gerar efeitos.

7. Ocorre, porém, que o estudo da hipótese visa à aplicação da Lei n.º 1.741, de 1952, cujo propósito indisfarçável de beneficiar o servidor com permanência superior a dez anos no cargo em comissão ou na função gratificada, já foi, por esta Consultoria, ressaltado em inúmeras oportunidades.

8. Não se trata, no particular, de debater o problema sob o aspecto da validade do ato de designação e suas conseqüências, mas, da possibilidade de aplicação da Lei número 1.741-52 ao funcionário que, efetivamente, exerceu a função para a qual foi designado e, por êsse exercício, recebeu a remuneração que lhe era devida.

9. O caso em aprêço, parece-me mereça ser enquadrado na orientação doutrinária que se vem adotando em relação àquele diploma legislativo, para cada situação peculiar, dentro da inspiração liberal que o texto permite e a Administração tem aceito.

10. Embora não absolutamente idêntica, a hipótese se assemelha, em seus princípios, com a que foi examinada no parecer número 531-H, publicado no *Diário Oficial* de 20-8-67, como bem lembrado no pronunciamento do Chefe do S.R.L.F.D. Míriam Sampaio Lofrano, em que se acentuou:

"Como se vê, o benefício requer, como pressupostos 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. 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 9-7-52).

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."

11. De igual modo, não contribuiu a servidora para a irregularidade que se argüi. Foi ela designada pela autoridade competente, através de ato próprio, deram-lhe posse, investiram-na na função e lhe pagaram a gratificação correspondente. Se a formalidade da publicação não foi cumprida, a culpa não lhe cabe. Como, então, negar-lhe o benefício de uma lei, cujos pressupostos jurídicos ela os preenche, integralmente? A censura deve recair sôbre aquêles que negligenciaram no cumprimento do dever, ao deixarem de proceder à publicação em causa, e não, como se quer, sôbre a interessada, retirando-lhe, em conseqüência, o benefício da norma que a ampara.

12. Não vejo, pois, razões que justifiquem o desfazimento do Decreto de 27-10-68 (*Diário Oficial* de 1-10-68). Está, assim, respondido o item *a* da consulta.

13. Com referência ao item *b*, é óbvio que nem tôda irregularidade pretérita, para a qual não contribuiu o servidor, dá ensejo ao atendimento da pretensão. Há irregularidades insanáveis, de cujas conseqüências resultam violados princípios e textos legais. Há outras que não concorrem para a violação do ordenamento jurídico em vigor e que se pretendem executar, como na espécie, por exemplo, onde o que se desejava era a aplicação da Lei n.º 1.741-52, em que, ao contrário de ser infringida, estavam, perfeitamente, atendidas suas condições precípuas.

14. Não há conceito absoluto em se tratando de matéria interpretativa. A peculiaridade de cada caso fornecerá ao intérprete os elementos para sua convicção jurídica, e conseqüente exegese.

Sub censura.

Brasília, 24 de outubro de 1968. — *Adroaldo Mesquita da Costa,* Consultor-Geral da República.