FUNCIONÁRIO PÚBLICO — NOMEAÇÃO — POSSE — EXERCÍCIO

— A nomeação em virtude de concurso de funcionário público que tomou posse, não pode ser desfeita, apesar de não ter êle entrado em exercício.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Idoly Alberto Reolon *versus* Exmo. Sr. Presidente da República
Mandado de segurança n.º 18.764 — Relator: Sr. Ministro
OSWALDO TRIGUEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos, acórdam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conceder a segurança, em parte.

Brasília, 24 de outubro de 1968. — *Gonçalves de Oliveira*, Presidente. — *Oswaldo Trigueiro*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro — Idoly Alberto Reolon impetrou segurança contra o ato do Sr. Presidente da República, publicado no *D. O.* de 24/10/67, que tornou sem efeito sua nomeação para o cargo de Agente Fiscal do Impôsto Aduaneiro, do Quadro de Pessoal, Parte Permanente, do Ministério da Fazenda (fls. 12).

Alega: *a*) nomeado para o cargo referido, em virtude de classificação em concurso, tomou posse na Delegacia do Tesouro Nacional, em Pôrto Alegre, tendo sido, a seguir, lotado na Alfândega de Uruguaiana; *b*) não entrou no exercício de suas funções por motivo de doença, que o levou a ficar hospitalizado durante 38 dias seguidos de mais 20 dias de tratamento intensivo em seu

domicílio; *c*) quando se apresentou à repartição, não lhe permitiram assumir suas funções, sendo-lhe comunicado que teria de responder a inquérito por abandono de cargo; *d*) êsse inquérito se arrastou por mais de três anos, resultando no ato presidencial que lhe tornou sem efeito a nomeação.

A autoridade impetrada informou a fls. 40 e a douta Procuradoria-Geral da República, a fls. 47, emitiu êste parecer:

"1. A impetração visa à reintegração do requerente, no cargo de Agente Fiscal do Impôsto Aduaneiro, tornada sem efeito que foi a sua nomeação por ato presidencial de 23 de outubro de 1967 (fls. 12). Alega-se que o ato se dera por não haver o impetrante assumido o exercício do cargo no prazo legal de prorrogação, mas não lhe coube qualquer culpa pelo evento, desde que se encontrava impedido por motivo de saúde, conforme teria procurado justificar, sem que lograsse êxito, instaurado o competente inquérito administrativo para apurar o abandono de cargo.

2. As informações de fls. 40 refutam os argumentos da impetração, começando por corrigir a denominação do cargo em causa, o de Agente Fiscal do Impôsto Aduaneiro, e não do Impôsto de Consumo. Sustentam, em síntese, a improcedência do pedido, pois que ao impetrante foi dada ampla oportunidade de defesa no inquérito administrativo, no qual se apurou a evidência do abandono do cargo, embora que sem margem para aplicação de qualquer penalidade, inexistindo dolo.

3. O impetrante confessa que jamais assumiu o exercício do cargo. Se para isso estêve impedido, por motivo de fôrça maior, já que diz estivera doente no período de 17/12/63 a 25/4/64 (fls. 8, a comprovação e a aferição do motivo relevante a que se apega haveria de se dar contemporâneamente àquêle impedimento, de forma que a repartição onde fôra lotado tivesse conhecimento imediato do fato.

4. É verdade que o impetrante alega haver informado à Administração o que se passara, mas disso não fêz qualquer prova, tudo indicando que preferiu aguardar o processo administrativo, sem antes, durante tão longo período, haver postulado o que fôsse em defesa de seu arrogado direito, que oportunidade não tinha de ser reconhecido no falado inquérito, no qual, em casos tais, tão-só se indaga sôbre ter havido dolo ou não no abandono, capaz de tipificar a falta disciplinar e a implicação criminal correspondente. Tal dolo, decerto, não se apurou, e por isso ao impetrante não foi aplicada qualquer penalidade. Mas isso não haveria de obstar a formalização de vacância do cargo, inapelàvelmente consumada pela culpa do funcionário, que em momento algum requereu o abono daquelas faltas a que diz ter sido compelido, ou de qualquer outra forma demonstrou o ânimo de continuar no serviço público.

5. O desfazimento de sua nomeação, pois, foi ato de plena legalidade, corolário formal do abandono consumado, e que à Administração era lícito declarar a qualquer tempo, não vindo ao caso discutir-se a ocorrência da prescrição, porque a decisão naquele inquérito não impôs ao impetrante nenhuma penalidade, que por esta causa se encontrasse extinta. O que se deu foi tornar-se sem efeito a nomeação, porque, na verdade, efeito algum ela chegou a operar de fato e de direito, ante a inércia do nomeado em não cuidar da prestação que lhe competia, como inerte permaneceu por todo o tempo sem postular a justificação de seu procedimento.

6. Assim, vê-se às claras a inviabilidade da segurança para a espécie. A impetração objetiva o reconhecimento extemporâneo do motivo de fôrça maior de que teria decorrido a consumação do abandono do cargo. O exame de tal *matéria de fato*, porém, pela sua complexidade, não cabe nos estreitos limites do processo preferido. O simples atestado médico de fls. 8 — referente a uma

internação em nosocômio sequer mencionado — não haverá de servir de prova suficiente ao reconhecimento de um direito, cuja apreciação requer uma dilação probatória de todo impossível no sumarismo do *mandamus*.

7. Pelo exposto, o parecer é pelo não conhecimento do pedido, ou, em última análise, pelo seu indeferimento."

VOTO

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro (Relator) — Indaga-se, no caso dos autos, se era lícito à Administração tornar sem efeito a nomeação de servidor admitido por concurso, e que tomou posse do cargo por forma regular.

Penso que essa solução não se harmoniza com a jurisprudência predominante. Interpretada *a contrario sensu*, a *Súmula* 17 prescreve que, depois da posse, não é possível tornar-se sem efeito a nomeação do funcionário. E a *Súmula* 20 é explícita em afirmar que o funcionário admitido por concurso sòmente pode ser *demitido* mediante processo próprio.

Na esfera administrativa, é corrente o entendimento de que o funcionário, que não entra em exercício dentro do prazo, deve ser demitido. A êsse respeito, o Consultor Jurídico do DASP emitiu parecer, no Processo n.º 157-53 (*D.O.* de 15/4/53, p. 6.669), que assim aprecia a hipótese:

"O atual Estatuto dos Funcionários Públicos Civis não mais reproduz o art. 38 da lei anterior que determinava a demissão do funcionário que não entrasse em exercício no prazo legal.

2. A omissão não significa, porém, que a inércia do funcionário em assumir o exercício do cargo esteja imune àquela pena administrativa.

3. A posse é a investidura no cargo público (art. 21) e com ela surge para o funcionário o dever do exercício assíduo da função pública (art. 194, n.º I).

4. Excedido, portanto, o prazo legal de início do exercício (art. 31, n.º II), inclusive o de sua prorrogação, se concedida (art. 31, § 3.º), caracteriza-se o abandono do cargo, passível de demissão (art. 207, n.º II), e, mesmo, de procedimento criminal, se evidenciado o dolo (art. 15, parágrafo único, e art. 323 do C. Penal)."

No caso, houve inquérito administrativo, em que se reconheceu que o impetrante estava isento de pena e culpa, como consta das informações (fls. 42). Mas, apesar de considerado sem culpa, para efeito de demissão, entendeu-se que a nomeação do impetrante devia ser tornada sem efeito.

Essa solução não me parece lógica nem amparada em bom direito. Verificada a culpa do servidor, impunha-se a demissão. Em caso contrário, não me parece cabível o ato que tornou sem efeito a nomeação, até porque essa nomeação já produzira os efeitos decorrentes da posse, disso resultando situação jurídica que sòmente pode ser desfeita na forma da lei.

Pelo exposto, defiro a segurança, porém sem a extensão com que foi impetrada. Entendo que a Fazenda não deve responder pela impontualidade do impetrante em assumir o exercício do cargo para que foi nomeado, do mesmo modo que a abertura do inquérito, apesar de sua injustificável delonga, não configura ilegalidade ou abuso de poder. Assim sendo, concedo a segurança, em parte, para, declarando nulo o ato que tornou sem efeito a nomeação do impetrante, reconhecer-lhe o direito de assumir o exercício das funções do cargo de Agente Fiscal do Impôsto Aduaneiro, na Alfândega de Uruguaiana.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Victor Nunes — Sr. Presidente, não obstante o pedido de vista do Sr. Ministro Thompson Flores, peço vênia para fazer, desde logo, uma ponderação a propósito da *Súmula*. A *Súmula* 16 declarou que o

funcionário nomeado por concurso tem direito à posse, porque o concurso é uma promessa que obriga o Estado. Se o candidato, que atende às condições, é nomeado, não pode a Administração, unilateralmente, impedir a posse. Daí resulta que o candidato, em tais condições tem direito a completar os atos subseqüentes, um dêles o exercício efetivo do cargo ou função.

No caso, a nomeação foi ato regular, legítimo. Como podia ser tornada sem efeito, isto é, anulada por motivo superveniente?

O Sr. Ministro Amaral Santos — Acho que o ato não estava completado.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Como não?

O Sr. Ministro Amaral Santos — Sòmente com a entrada em exercício é que passou a ter os direitos.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Aprovado no concurso, sua nomeação não podia ser tornada sem efeito, porque se fêz legalmente. Por falta posterior, a conseqüência seria outra, não o desfazimento da nomeação, que teria de pressupor motivo preexistente.

Esta é a ponderação que desejava fazer. Em tal hipótese — falta posterior — não se pode prescindir do inquérito. Já julgamos casos em que governos estaduais anularam o concurso para fugir ao inquérito. E não aprovamos o ato.

O Sr. Ministro Thompson Flores — Seria um artifício com o qual jamais concordaria.

O Sr. Ministro Amaral Santos — O concurso foi válido, o funcionário foi nomeado, deixou de assumir.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Terá cometido uma falta.

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro (Relator) — É caso de demissão.

O Sr. Ministro Amaral Santos — Se, dentro de certo prazo, não assumiu, está desfeito o ato. Não tem direito à posse.

O Sr. Ministro Thompson Flores — Peço a atenção de V. Exa. para o preceito do nosso regimento. Não tem aplicação ao caso vertente, mas reflete melhor a doutrina, no meu entender.

"Art. 5.º ...

§ 3.º O compromisso pode ser prestado por procurador perante o Presidente, em seu gabinete, mas, sòmente depois do exercício, o ato de posse se considerará completo para os efeitos legais."

O caráter de vitaliciedade só o alcança o Ministro com o exercício. O direito vai sendo conquistado por degraus, desde o pedido de assunção, e culmina com o exercício, ato complementar de posse. Só *al fim* torna-se funcionário.

O Sr. Ministro Amaral Santos — Caduca a nomeação.

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro (Relator) — Fica passível de demissão.

O Sr. Ministro Thompson Flores — Não, desfaz-se. Fica sem efeito. O interessado como que dela se desinteressou. Faltou com o dever de passar ao exercício para o qual tinha prazo.

Deixou fluir. Cabia provar o impedimento de apresentar-se à repartição do destino...

Não estou fora de ver e concordar com o eminente Relator, mas vou examinar os autos e a tese.

VISTA

O Sr. Ministro Thompson Flores — Sr. Presidente. Não tenho presente os têrmos do Estatuto dos Funcionários.

Estranho que se tenha aberto processo administrativo para apurar o abandono, a quem, no meu entender, a rigor, ainda não era funcionário, pois ainda que tendo prestado compromisso, não se investira no cargo...

O vínculo, parece-me, só se estabelece com o exercício.

Enquanto não sucede, tenho que a Administração pode tornar sem efeito a nomeação. Evidente, que ocorrendo

uma daquelas causas que a invalidou. Entre essas, não haver o interessado *assumido*.

Êle é que deveria, em caso de impossibilidade, requerer a prorrogação, provando o obstáculo. Não a Administração investigá-la...

O Sr. Ministro Amaral Santos — Mas a União, o Estado pode aceitar que um ato complexo, como é êsse que se acaba de referir, se consagre com êsses defeitos? A impetrada podia consentir em que êsse ato complexo se aperfeiçoasse com êsse defeito?

O Sr. Ministro Thompson Flores — Êsse é um dos aspectos da questão.

Não dispondo de elementos para firmar meu convencimento, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

MS 18.764 — DF — Rel. Ministro Oswaldo Trigueiro. Reqte., Idoly Alberto Reolon (Adv., Jefferson de Aguiar). Reqdo., Exmo. Sr. Presidente da República.

Decisão: Depois do voto do Relator concedendo a segurança, pediu vista o Ministro Thompson Flores. Falou o Dr. Jefferson de Aguiar pelo requerente, e o Dr. Décio Miranda, Procurador-Geral da República, pelo requerido.

Presidência do Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira, Vice-Presidente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Luiz Gallotti, Presidente, e Barros Monteiro. Licenciado, o Senhor Ministro Adaucto Cardoso.

VOTO

O Sr. Ministro Thompson Flores — Sr. Presidente.

Segundo bem expôs o eminente Relator em sessão de 17, o impetrante, concursado, foi nomeado para exercer o cargo de Agente Fiscal do Impôsto Aduaneiro, segundo publicação do *D.O.* de 23/7/63, republicado a 19 do mês seguinte.

Lotado na Alfândega de Uruguaiana, Estado do Rio Grande do Sul, prestou compromisso perante o Delegado Fiscal, após prorrogação de prazo em *21 de outubro do mesmo ano* (fls. 33).

Sucedeu que não entrou em exercício no prazo legal, resultando ter sido aberto inquérito para apurar o abandono, onde foi ouvido o interessado e produziu defesa.

Em conseqüência, houve por bem S. Exa., o Sr. Presidente da República, tornar sem efeito a nomeação, à vista do processo n.º 5.332-64, em ato publicado no *D.O.* de 24/10/67.

2. Contra êsse ato que reputa ilegal ajuizou mandado de segurança, através do qual quer a investidura (exercício) e bem assim os vencimentos que deixou de perceber.

O eminente Relator concedeu em parte a segurança, negando apenas as vantagens pecuniárias.

3. Pedi vista dos autos para melhor meditar a respeito da relação discutida.

4. Do exame dos autos convencido estou, com a vênia do eminente Relator, não poder a espécie ser solvida através do mandado de segurança.

5. Efetivamente.

Empossado que foi o requerente em 21/10/63, alcançado o prazo de prorrogação para o exercício, deveria fazê-lo até 20/12 do mesmo ano.

Alega que estêve doente, e para tanto exibe apenas atestado particular, fls. 8, expedido do longínquo distrito do município de Sarandi, Ronda Alta, nos têrmos seguintes:

"Atesto, para os devidos fins, que o Sr. Idoly Alberto Reolon estêve hospitalizado neste nosocômio, portador de *hepatitis* infecciosa *(a virus)* durante o período compreendido entre 17 de dezembro e 25 de janeiro próximo passado e a partir de então, prosseguiu em tratamento intensivo por mais 20 dias em seu domicílio."

Entretanto, não consta ter comunicado a ocorrência, e que poderia ter

feito, antes mesmo de fluído o prazo para assumir, ou durante a estadia no Hospital do médico atestante.

Ignora-se quando se apresentou para invocar o impedimento e colhêr instruções.

E mais: aguardou, por vários anos, o andar do inquérito, cujos têrmos e conclusões não constam dos autos.

6. É possível que, através de ação ordinária, melhormente instruída, possa o requerente ver reconhecido o seu direito.

7. Aqui nesta via, porém, onde todos os fatos devem vir expungidos de dúvidas, precisos, certos, para que, relacionados à lei, deixem ver a liquidez do direito — não encontro a prova em questão.

8. Em conclusão, com tôdas as vênias do eminente Relator, permito-me dissentir de S. Exa., porque, tornando sem efeito a nomeação do requerente, como o fêz a autoridade tida como coatora, apenas, procedeu para alcançar a vacância do cargo, seguindo orientação administrativa, recapitulada nas *informações*, e adotada em textos expressos de várias leis, que sustentam que, só com o exercício, se completa a investidura do servidor.

Denego a segurança.

É o meu voto.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro (Relator) — Sr. Presidente, em meu voto, não me detive na matéria de fato, porque entendo que ao Supremo Tribunal não compete rever o processo administrativo. Coloquei a questão em outros têrmos.

O caso é êste: o impetrante fêz concurso para Agente Fiscal do Impôsto Aduaneiro. Foi aprovado, classificado, nomeado, tendo tomado posse por forma regular. Contra sua posse nada se alegou. Depois desta, evidentemente, ficou êle vinculado à Administração Pública. É de nossa jurisprudência, como acentuei, que, após a posse do funcionário, o Govêrno já não tem o arbítrio de tornar sem efeito a nomeação. É êste um aspecto meramente jurídico.

Ocorreu que, embora empossado, o impetrante não entrou em exercício dentro do prazo legal. Tendo tomado posse em Pôrto Alegre, devia entrar em exercício a 700 quilômetros de distância, na Cidade de Uruguaiana, onde foi lotado. No curso da viagem, teria adoecido, e esta foi a razão que deu para o retardamento. Quando quis assumir o exercício, isso não lhe foi mais permitido. Teve então de responder a processo, que se arrastou por três anos. Só a remessa do inquérito de Pôrto Alegre para Uruguaiana levou mais de dois anos.

O Sr. Ministro Thompson Flores — Extraviou-se.

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro (Relator) — Mas o impetrante não pode ser culpado por êsse fato.

Em conclusão, entendo que à Administração cabia abrir inquérito para apurar o abandono do cargo, e, em conseqüência, poderia demitir o impetrante. Mas o inquérito concluiu que êle estava isento de culpa. É o que está expressamente reconhecido pela informação, no trecho que li. Verificada a inocorrência de culpa, o Govêrno entendeu que o impetrante não podia ser demitido. Mas entendeu, curiosamente, que podia tornar sem efeito a nomeação. É o que, *data venia*, não me parece possível.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Desvio de poder.

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro (Relator) — Por estas razões é que concedi a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Themistocles Cavalcanti — Sr. Presidente, estou de acôrdo com o eminente Relator em afirmar que o Govêrno não podia tornar sem efeito a nomeação do impetrante, por-

que êle já tinha completado, com a posse, o ato de nomeação.

Sempre tenho sustentado que a posse é a aceitação pelo funcionário de sua nomeação.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Presidente) — Estabelece a relação jurídica de emprêgo.

O Sr. Ministro Themistocles Cavalcanti — Com a posse estabelece-se a relação de direito.

De maneira que todos os atos que se sucedem à posse precisam ser apurados de acôrdo com o Estatuto. Quer dizer, sendo o funcionário nomeado por concurso e tomado posse, só em virtude de inquérito pode ser demitido.

Foi aberto inquérito regularmente. O impetrante se submeteu ao inquérito e êsse inquérito, como informou o eminente Relator, perdeu-se, por culpa da Administração. Não se pode atribuir ao funcionário a responsabilidade pela demora.

Estou de acôrdo com o eminente Relator em anular o ato que tornou sem efeito essa nomeação. Seria caso de demissão, mas demissão em face de inquérito regular, por estar o funcionário em estágio probatório.

O Sr. Ministro Thompson Flores — — V. Exa. lhe confere tôdas as vantagens solicitadas?

O Sr. Ministro Themistocles Cavalcanti — Não mando pagar as vantagens. Se êle quiser, por meio de ação ordinária promova o pedido de vencimentos atrasados, dada a complexidade de sua situação.

VOTO

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — O ponto fundamental reside na prova de fôrça maior, que tivesse impossibilitado o impetrante de entrar no exercício do cargo.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Perante a Comissão de Inquérito.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — O impetrante foi nomeado, tomou posse, pediu e lhe foi concedida, inicialmente, prorrogação para o exercício. O eminente Relator esclarece que houve processo administrativo, para apuração de falta, e êsse inquérito concluiu pela inexistência de culpa.

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro (Relator) — Isso está expresso nas informações do Sr. Presidente da República.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Ocorre que o impetrante não cometeu falta que lhe acarretasse pena disciplinar. O que se imputou ao impetrante, foi que êle não iniciou o exercício do cargo, no prazo legal.

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso — O inquérito reconheceu a ocorrência de caso de fôrça maior.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — O inquérito administrativo foi instaurado para apurar abandono de cargo. Declarou-se a inexistência de culpa do impetrante. O Serviço de Pessoal, segundo os têrmos da informação, considerou-se "isento de culpa e pena, face à jurisprudência firmada sôbre a matéria, no sentido de que, no caso de posse sem o conseqüente exercício, deve ser tornada sem efeito a nomeação, sendo desnecessária a instauração do inquérito por abandono de cargo". Entendeu o Serviço do Pessoal que a não entrada em exercício do cargo não caracteriza falta, sujeita a pena disciplinar. Verificada a omissão, não se completa, apenas, a investidura, já, que, com a posse, o funcionário tem o direito de entrar em exercício.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Presidente) — Mas não é para êsse fim que êle está requerendo o mandado de segurança?

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Se êle tivesse comprovado que não entrou em exercício, por motivo de fôrça maior, eu não teria dúvida em proclamar que lhe assiste direito líquido e certo. Mas não comprovou. Não se atribuiu ao impetrante falta disciplinar, mas a omissão de não entrar em exercício do cargo, no prazo legal.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Mas essa omissão pode não ser culposa.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Quem, nomeado, não entra em exercício do cargo, não comete falta disciplinar que sujeite a pena.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Se não cometeu falta, não lhe pode ser impedido o exercício.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Não praticou falta disciplinar; como diz a informação, não incidiu em "culpa e pena". Deixou correr o prazo legal para o exercício do cargo. O impetrante não demonstrou, nem a Administração admitiu, que êle tivesse tido motivo justo para isso. Penso que êle não tem direito líquido e certo. *Data venia* do eminente Relator, estou de acôrdo com o voto do Sr. Ministro Thompson Flores.

EXTRATO DA ATA

MS 18.764 — DF — Rel., Ministro Oswaldo Trigueiro. Reqte., Idoly Alberto Reolon (Adv., Jefferson de Aguiar). Reqdo., Exmo. Sr. Presidente da República.

Decisão: Concedida a segurança contra os votos dos Ministros Thompson Flores e Eloy da Rocha. Plenário, em 24/10/68.

Presidência do Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Srs. Ministros Thompson Flores, Themistocles Cavalcanti, Barros Monteiro, Adaucto Cardoso, Djaci Falcão, Eloy da Rocha, Aliomar Baleeiro, Oswaldo Trigueiro, Adalício Nogueira, Evandro Lins, Hermes Lima, Victor Nunes e Lafayette de Andrada. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Luiz Gallotti, Presidente, e Amaral Santos.