NOTAS E COMENTÁRIOS

POSSE EM CARGOS PÚBLICO

ALCINDO NOLETO RODRIGUES *

Funcionário Público — Nomeação — Posse — Exercício — Abandono do cargo — Conclusão.

Ao examinar, em 15/9/67, o Processo DASP 503/67 (PR-26 839/63; MF-5 332/64), do interêsse de Idoly Alberto Reolon, emiti parecer dêste modo ementado: "O cidadão regularmente nomeado para cargo público e solenemente empossado (investido) nêle é funcionário público para todos os efeitos, inclusive disciplinares, contando-se-lhe como de faltas, até a consumação do abandono, os dias em que deixar de comparecer ao serviço após o prazo que lhe tenha sido dado para iniciar o exercício das funções. Prevalência, entretanto, do entendimento em contrário da douta Consultoria Jurídica do DASP".

2. No corpo do aludido parecer, escrevevi: "Propõe o Ministério da Fazenda seja tornada sem efeito, por falta de exercício, a nomeação de Idoly Alberto Reolon para o cargo de agente fiscal do impôsto aduaneiro, nível 11, da parte permanente do quadro de pessoal respectivo.

A nomeação efetivou-se mediante Decreto publicado no *Diário Oficial* de 23/7/63, sendo que a posse sòmente se deu em 21/10/63, quase noventa dias depois. Ainda assim, o funcionário pediu prorrogação do prazo de 30 dias de que dispunha para entrar em exercício e, esgotados todos os prazos, não se apresentou para trabalhar.

Note-se a importância das funções (agente fiscal do impôsto aduaneiro) e do órgão de lotação (Alfândega de Uruguaiana)

Tempo houve em que a não-entrada em exercício, por parte do funcionário regularmente nomeado e solenemente investido no cargo mediante o ato de posse, implicava em abandono do mesmo cargo (cfr. Parecer n.º 30/53, do

* Advogado em Brasília.

então Consultor Jurídico do DASP, Professor Caio Tácito. In *Diário Oficial* de 15/4/53, p. 6.669).

Realmente, quando a Administração nomeia um funcionário, presume-se que tenha grande necessidade de seus serviços. E a posse completa o ato de provimento, porquanto o investe no cargo, como, aliás, está expresso no art. 21 do Estatuto dos Funcionários, *verbis*:

"Posse é a investidura em cargo público ou função gratificada."

Por isto mesmo, o antigo Estatuto dos Funcionários prescrevia: "o *funcionário* que não entrar em exercício dentro do prazo *será demitido do cargo* ou destituído da função". (art. 38).

Consoante doutrina Paulo Poppe de Figueiredo (*Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União,* 1953, p. 36), "o nôvo Estatuto *não achou necessário declarar de modo expresso* que a não-entrada em exercício dentro dos prazos legais acarretaria a demissão ou destituição. Se não entrar em exercício nos prazos previstos caracteriza-se o abandono".

O exercício não se reveste, com efeito, de nenhuma formalidade, não é uma terceira etapa do provimento, mas é o simples ato de se apresentar o funcionário para o trabalho no órgão de lotação. Segue-se à investidura no cargo, que esta, sim, é solene e dependente da satisfação de requisitos legais.

Não havia, por conseguinte, necessidade de o Estatuto explicar que a falta de exercício após a posse e nos prazos estabelecidos implica em infração do dever de assiduidade; porquanto não há a menor dúvida de que, como a posse, de cujo têrmo constou, por sinal, o "compromisso do fiel cumprimento dos deveres e atribuições" (art. 24 do Estatuto dos Funcionários), o cidadão é funcionários público para todos os efeitos, inclusive disciplinares.

O fato de o funcionário dispor de 30 dias, prorrogáveis por mais 30, para entrar em exercício, afigura-se-me de somenos, porquanto, em determinadas circunstâncias, êle dispõe, também, de prazo igual para reentrar em exercício, sem que isso implique em interrupção da titularidade (cf. § 2.º do art. 31 do Estatuto dos Funcionários).

Se a posse é que não há, ainda, investidura e, por isso, o Estatuto dos Funcionários reza que: 'será tornada sem efeito, por decreto, a nomeação se a posse não se verificar no prazo estabelecido". (art. 14). Mas tornar simplesmente sem efeito a nomeação por falta de exercício, como se nada de grave tivesse acontecido, como se a Administração não houvesse sofrido dano algum com a expedição do ato de nomeação, com a posse, as anotações, as publicações, a dação de número de matrícula, a abertura da pasta de assentamentos, a lotação, etc., parece-me liberalidade demasiada e perigosa.

A verdade, porém, é que, como bem diz o Ministério, vigora, hoje, o entendimento, firmado por um dos atuais Consultores Jurídicos do DASP, o Dr. Clenício da Silva Duarte, de que, em casos como o de que se trata, não há falar em abandono do cargo, cumprindo à Administração apenas tornar sem efeito a nomeação.

Lê-se, com efeito, no parecer emitido por aquêle eminente jurista no processo n.º 9.635/65 (*Diário Oficial* ed 8/12/65, p. 12.574):

"Ora a posse, sem se seguir a ela o exercício, não pode determinar, *em hipótese alguma,* o ilícito administrativo previsto no art. 207, § 1.º, do Estatuto dos Funcionários, por isso que jamais se configurarão os pressupostos do abandono — a ausência do serviço, sem justa causa, por mais de trinta dias consecutivos.

E a razão é simples: decorridos trinta dias da data da posse (Estatuto dos Funcionários, art. 31, n.º II), sem que o nomeado assuma as funções do cargo em que se investiu, vale dizer, sem nêle entrar em exercício, não havendo, como no caso não houve, requerimento de prorrogação por mais 30 dias (Estatuto citado, art. 31, § 3.º), *caducou o direito à detenção dêsse cargo,* devendo, então, ser tornado sem efeito o Decreto que o nomeara, pela não assunção do exercício no prazo legal.

Na realidade, é impossível o abandono, pois êste, entre outras coisas, só se efetiva com a falta ao serviço, e esta só passa a existir depois do exercício, isto é, após a assunção das funções inerentes ao cargo.

Durante o prazo legal situado entre a posse e o exercício, não há falar em faltas ao serviço, pois que, se o funcionário assumir o exercício do cargo, por exemplo, no 30.º dias após a posse, ou no 60.º, havendo solicitado prorrogação, na forma do § 3.º do art. 31 dos Estatutos dos Funcionários, não terá nenhuma falta, pois que os dias anteriores ao exercício assim não se consideram. Creio que, quanto a isso, ninguém sustentaria o contrário.

.....

O equívoco se originou, no meu entender, da definição legal da posse, que diz ser esta a *investidura* em cargo público (Estatutos dos Funcionários, art. 21), *o que leva muitos a confundir essa investidura com titularidade, quando a titularidade só ocorre após o exercício.*

Posse, sem exercício, não determina a titularidade, pois que, em conseqüência da ausência, no prazo legal, do segundo, ter-se-á de determinar o desfazimento do ato anterior, que é pressuposto dêsses dois — a nomeação".

Embora, *data venia,* discorde do que aí está dito, curvo-me à autoridade da douta Consultoria Jurídica e opino por que se proponha ao Chefe do Govêrno a assinatura do projeto de Decreto apresentado pelo Ministério da Fazenda".

3. Dito parecer, que emiti como assistente jurídico do DASP, mereceu de meu chefe imediato, Dr. Alberto da Cruz Bonfim, o seguinte despacho: de acôrdo com a conclusão. O que significa que S. S.ª, quanto ao mais, estava de acôrdo era com a tese da Consultoria Jurídica.

4. Tornada sem efeito a nomeação, nos têrmos do projeto de Decreto elaborado pelo Ministério da Fazenda, o interessado impetrou mandado de segurança perante o Excelso Pretório e, ali, obteve ganho de causa, conforme se pode ver na *Revista Trimestral de Jurisprudência,* vol. 51, p. 4 e seg., e, bem assim, na *Revista de Direito Administrativo,* vol. 100, p. 83 e seg...

5. Está assim ementado o aresto do Egrégio Supremo Tribunal Federal: "funcionário nomeado em virtude de classificação em concurso: tomou posse,

porém não entrou em exercício. Sem amparo legal o ato que tornou sem efeito a nomeação. Segurança concedida em parte".

6. No voto de relator, Ministro Oswaldo Trigueiro, está escrito:

"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.

.....

No caso houve inquérito administrativo, em que se reconheceu que o impetrante estava isento da 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."

Consoante as notas taquigráficas, reproduzidas nos mencionados repositórios de jurisprudência, os Senhores Ministros, ao votar, teceram sôbre a espécie, entre outras, as seguintes considerações:

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

O Senhor Ministro Victor Nunes — Terá cometido uma falta.

O Senhor Ministro Oswaldo Trigueiro — É caso de demissão.

.....

O Senhor Ministro Oswaldo Trigueiro — ... 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 concluí 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 Themístocles Cavalcanti — Sr. Presidente, estou de acôrdo com o eminente Relator em afirmar que o Govêrno não podia tornar sem efeito a nomeação do impetrante, porque êle já tinha completado, com a posse, o ato de nomeação.

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

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

O Sr. Ministro Themístocles 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.

.....

Estou de acôrdo como 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."

8. Votaram, igualmente, com o Relator, os Exmos. Srs. Ministros Barros Monteiro, Adaucto Cardoso, Djaci Falcão, Aliomar Baleeiro, Adalício Nogueira, Evandro Lins, Hermes Lima, Victor Nunes e Lafayette de Andrada. Estavam ausentes os Senhores Ministros Luiz Galloti e Amaral Santos.

9. Como se vê, não logrou prosperar, na Suprema Côrte, a tese de que posse, antecedida da nomeação mas não seguida de exercício, não confere ao cidadão o *status* de funcionário.

10. Recorde-se que a Consultoria Geral da República, através do parecer C-25, de 30/1/61, in *Diário Oficial* de 23/2, p. 1.660, assim analisava o instituto da posse em cargo público:

"Temos que o prazo de 30 dias, assinado pela lei para a posse do funcionário, não se deve compreender senão como estabelecido para que o nomeado manifeste a sua aceitação, que tem o caráter de condição resolutória da nomeação (DUEZ, Paul. DEBEYERE, Guy. *Traité de Droit Administratif*, 1952, n.º 884, *b*; PLANTEY, Alain. *Traité Prat. de la Fonction Publique*, 1956, p. 124, n.º 289". (Cf. *Revista de Direito Administrativo* n.º 66/217).

11. Conforme ensina CAETANO, Marcelo. in *Manual de Direito Administrativo*, 3.ª ed., Coimbra, p. 475/6,

"tomada posse, a nomeação fica sendo plenamente eficaz e torna-se irrevogável; o nomeado fica investido nos podêres e deveres inerentes à função".

12. Outro não é o entendimento de Mário Masagão, segundo cujo magistério:

"a manifestação da vontade do indivíduo na formação do contrato de função pública dá-se pela posse no cargo" (*Curso de Direito Administrativo*, 3.ª ed., p. 207).

13. Igualmente Contreiras de Carvalho. (*O Estatuto dos Funcionários Interpretado*, 3.ª ed., vol. I, p. 178):

"Na promessa de bem desempenhar as atribuições do cargo ou da função pública em que é investido manifesta o nomeado o seu assentimento ao ato da nomeação, tornando-se perfeito".

14. Ainda Contreiras (Op. cit., p. 161):

"No comentário ao art. 1.º, em que examinamos a natureza da relação jurídica da nomeação, vimos que esta é um ato unilateral imperfeito, que se completa com a aceitação, por parte do nomeado, do emprêgo público. Ao ato que consubstancia essa aceitação denomina o Estatuto posse..."

15. Por todo o exposto, fica restabelecido o entendimento, firmado em 1953, pelo Consultor Jurídico do DASP, Professor Caio Tácito, no sentido de que comete abandono do cargo o novel funcionário que, sem motivo justificado, faltar ao serviço por mais de 30 dias consecutivos, a contar da data em que tenha obrigação de dar início ao exercício daquele cargo. Não há o menor fundamento jurídico para a assertiva de que "posse, sem exercício, não determina titularidade", mesmo porque a titularidade decorre da nomeação, como a investidura decorre da posse e o abandono decorre da exacerbação da inassiduidade.

LANÇAMENTOS RECENTES DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS

ORÇAMENTOS PLURIENAIS DE INVESTIMENTO
Fernando Bessa de Almeida e Armando Moreira da Cunha

I.P.I.
Durval Ferreira de Abreu e Otto Garcindo de Sá

PRINCÍPIOS DE FINANÇAS PÚBLICAS — 2.ª edição
Hugh Dalton

CASOS DE ADMINISTRAÇÃO MERCADOLÓGICA
EAESP

ESTÁGIOS DE TREINAMENTO PARA ESTUDANTES DE ADMINISTRAÇÃO
Marina Brandão Machado

FORMAÇÃO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Riva Bauzer

TEORIA DAS ORGANIZAÇÕES — 2.ª edição
James March e Herbert Simon

CHEFIA — SUA TÉCNICA, SEUS PROBLEMAS — 5.ª edição
Wagner Estelita Campos

ELEMENTOS DE MATEMÁTICA FINANCEIRA
Luiz Cavalheiro

À venda nas principais livrarias ou pelo reembôlso postal. Pedidos para a Fundação Getúlio Vargas, Serviço de Publicações, Praia de Botafogo 188, Caixa Postal 21.120, ZC-05, Rio de Janeiro, GB.