FUNCIONÁRIO PÚBLICO — NOMEAÇÃO — DISPENSA POR JUSTA CAUSA

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria-Geral da República
Parecer nº SR-002, de 26 de março de 1986.
"Aprovo. Em 26.3.86." (Processo nº 24000.005287-85 encaminhado ao Ministro do Trabalho em 31 de março de 1986.)

PARECER Nº SR-002

I

Ex-empregado, que exercia função de assessoramento (FAS), no Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), dispensado por justa causa, pleiteia sua nomeação para cargo de fiscal do trabalho para o qual foi aprovado e classificado em concurso a que se submeteu.

No Ministério do Trabalho foram suscitadas dúvidas quanto à legalidade dessa nomeação ante a posição de *mau procedimento* que se constituiria no impeditivo de posse estabelecido no art. 22, V, do Estatuto dos Funcionários Públicos (Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952).

A dispensa do emprego por justa causa se prendia à conclusão de inquérito administrativo, em que o pleiteante era acusado de estar envolvido em irregularidades por quebra de sigilo de provas realizadas a 27 de maio de 1983 para a contratação de fiscais do trabalho.

Posteriormente, essas provas foram anuladas e o emprego de fiscal do trabalho foi transformado em cargo público; precisamente aquele para o qual o pleiteante veio a ser admitido e aprovado em concurso público.

II

O Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho, chamada a manifestar-se (fls. 13), sustentou que "a idoneidade ou capacidade de moral é condição indispensável para os candidatos a qualquer cargo ou função privada e pública", razão pela qual a nomeação

do candidato deveria ser procrastinada em razão dos fatos reveladores de faltar-lhe o requisito de "bom procedimento e boa conduta".

Ouviu-se o Dasp (fls. 18), que pelo Parecer nº 489/85, da Secretaria de Pessoal Civil (fls. 23), entendeu não estar caracterizada a prática de uma "infração infamante" por parte do ex-empregado a implicar incompatibilidade para o exercício de outra função pública.

Diante desse distinto posicionamento da SPC, foi pedido novo pronunciamento da CJ/Trabalho, que voltou a afirmar a sua anterior posição, segundo a qual o candidato "não pode tomar posse por falta de preenchimento do requisito do inciso V do art. 22 da Lei nº 1.711/52" (fls. 66), no que o acompanhou o despacho ministerial (fls. 67).

Cientificado dessa decisão (fls. 70v), o interessado limitou-se a requerer cópia do processo (fls. 71) para a defesa dos seus direitos (art. 153, § 35 da Constituição).

Não consta ter havido recurso.

Sobrevindo a Lei nº 7.391, de 25 de outubro de 1985, que transformou todos os *empregos* de Fiscal do Trabalho em *cargos*, sob o regime do Estatuto dos Funcionários Públicos, a CJ/Trabalho voltou a pronunciar-se (Parecer nº 250/85, fls. 84, o que ensejou o venerando despacho ministerial, de 28.11.1985, fls. 89, ratificando o anterior fls. 67 e mandando encaminhar o processo ao Gabinete Civil da Presidência da República, para ser colhido parecer desta CGR, ante os entendimentos divergentes.

De ordem do Exmo. Sr. Presidente da República, foi solicitado o parecer deste órgão, pelo Aviso nº 664, de 19.12.1985, da chefia do Gabinete Civil (fls. 90).

III

O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, adotado pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, dispõe no art. 22, V, que "só poderá ser emposado em cargo público" quem satisfizer o requisito de "ter bom procedimento".

Examinando questão análoga — negativa de posse a candidato aprovado em concurso público e nomeado para o cargo de Técnico de Controle Externo do TCU, porque estava ele respondendo a processo administrativo no Ministério da Fazenda, onde era funcionário — o Supremo Tribunal Federal entendeu que a submissão a inquérito administrativo poderia constituir-se impedimento para posse em cargo público a teor do disposto no art. 22, da Lei nº 1.711/52 (MS nº 19.974-DF, publicado no *RTJ*, 66/671).

O relator do feito, o eminente Ministro Barros Monteiro, assim justificou o seu voto:

"Penso que a simples leitura do parecer da ilustrada Procuradoria-Geral da República mostra, à saciedade, não ser líquido e certo o direito a que se arroga o impetrante, não o socorrendo, em absoluto, os documentos por ele oferecidos e mandados juntar por linha, o primeiro relativo ao fato de somente agora ter sido constituída a comissão de inquérito, e os demais, referentes a atestados firmados por funcionários categorizados da Delegacia do Fiscal do Tesouro Nacional em Goiás, inclusive pelo próprio delegado fiscal, referentes aos seus bons antecedentes.

A verdade é que, como diz a alta autoridade apontada como coatora, em situação embaraçosa ficaria a Corte de Contas se tivesse que utilizar um funcionário seu, no caso, um técnico de controle externo, para fiscalizar um órgão do Poder Executivo, onde esse mesmo funcionário estivesse respondendo a inquérito administrativo.

Essa e as demais considerações alinhadas nas extensas informações bem resumidas no parecer da Procuradoria-Geral da República, bastam para convencer-me de que, como já adiantei, líquido e certo não se apresenta o direito do impetrante."

A manifestação referida, da ilustrada Procuradoria-Geral da República foi vasada nos seguintes termos (*RTJ*, 66/674):

"1. Pede-se mandado de segurança contra despacho do presidente do Tribunal de

Contas da União, a teor do qual foi impedida a posse do impetrante em cargo para o qual prestou concurso. Alega-se a improcedência da motivação do ato, vez que o interessado, como funcionário da Delegacia Fiscal do Tesouro Nacional em Goiás, foi exculpado das faltas funcionais referidas em inquérito administrativo, não se havendo instaurado o novo inquérito ordenado por despacho presidencial (fls. 17), para aprofundada investigação dos 'graves fatos atribuídos'.

2. Entretanto, a excelente defesa contida nas informações de fls. 25-39 dispensa subsídios à sustentação da legalidade do malsinado ato impeditivo da posse. Com efeito, par da carência do requisito de "bom procedimento" (art. 22, V, da Lei nº 1.711, de 1952), que a imputação de faltas graves revela, por si só, em desfavor da posse do impetrante, ocorre que o novo inquérito em andamento (informação transcrita a fls. 26) torna indiscutível o impedimento legal da pretendida posse, tal a impossibilidade do desligamento do servidor, em tema de exoneração vedada pelo art. 231 da prefalada lei estatutária.

3. Por outro lado, não socorre ao impetrante a invocação do precedente administrativo que diz da compatibilidade de nova investidura do funcionário que esteja respondendo a inquérito administrativo. Esse pronunciamento se cifra no pressuposto de que o funcionário permaneça vinculado à mesma esfera administrativa, sem que se frustre o ato punitivo subseqüente, porque o apanhará no novo cargo. Mas a espécie dos autos não é essa. É de investidura pretendida para cargo de outro órgão, o Tribunal de Contas da União, de plena independência em relação à esfera administrativa do Poder Executivo. Significa, pois, que se resultar ato punitivo daquele inquérito em andamento, tal ato não poderá alcançar o indiciado, posto que já se encontrará desvinculado do poder decretante.

4. Eis por que, com inteira remissão às informações da autoridade, o parecer é pelo indeferimento do pedido."

De acordo com as informações prestadas pela digna autoridade impetrada, o presidente do colendo Tribunal de Contas da União, a negativa da posse estava embasada nas seguintes razões (*RTG*, 66/672):

"a) A Lei nº 1.711/52, em seu art. 22, inciso V, exige, para a posse, que o candidato habilitado tenha *bom procedimento;*

b) para provar seu bom procedimento, a administração estabeleceu como meio hábil 'o atestado de bons antecedentes (ou folha corrida) fornecida por autoridade policial competente ou atestado firmado por dois funcionários públicos e visado pelo chefe da repartição a que servir o interessado (para os que já são funcionários)';

c) a administração desconhece tenha o impetrante apresentado na delegação o documento comprobatório de seus bons antecedentes e aqui na sede do Tribunal ele não fez prova de tal;

d) no caso de apresentação de documento, quer policial, quer funcional, que fé mereceria referido atestado, quando é público e notório que o interessado responde a inquérito administrativo, 'destinado a aprofundar as investigações em torno dos graves fatos atribuídos a Melchiades Floriano Lemos' (*DO*, de 4.11.72, p. 10.123 e Ofício nº 28, de 12.1.73, do Diretor-Geral do Departamento de Pessoal do Ministério da Fazenda);

e) a posse em novo cargo, na área de outro poder (o Tribunal de Contas da União é órgão auxiliar do Poder Legislativo) traria implicações, na hipótese de ser considerado culpado o impetrante, de vez que ou ele ficaria impune ou obrigaria a autoridade de outro poder a executar as conclusões e apenas um servidor por crime cometido no âmbito de repartição federal de outro poder;

f) a procrastinação da abertura e andamento do competente inquérito e suas conseqüências desfavoráveis ao impetrante, de modo algum devem ser imputados ao Tribunal, obrigando este a lhe dar posse com efeito retroativo, visto que não deu causas à referida procrastinação nem a seus efeitos;

g) dadas as atribuições constitucionais do Tribunal a seus servidores, mormente ao técnico de controle externo incumbe executar as tarefas de fiscalização da execução financeira e orçamentária no desempenho das atividades de auditoria, através do exercício do controle externo. Dada posse ao candidato, o Tribunal ficará tolhido, até as conclusões do referido inquérito, de designar aquele servidor para fiscalizar unidades administrativas e orçamentárias dos demais poderes, mormente do Executivo, sob pena de correr o risco de sofrer vexame ao conferir delegações de poderes de fiscalização a funcionário que responde inquérito administrativo por prática de *graves fatos* (*in DO* cit.);

h) na hipótese de lhe ter sido dada a posse, *longa manus,* da autoridade do Ministério da Fazenda, por certo se sentiria tolhida em sua ação na eventualidade de ter que alcançar servidor já ausente de sua jurisdição e a coberto de punição por estar investido em cargo na Secretaria-Geral do TCU;

i) os pareceres e formulação invocados, *data venia,* não obrigam o Tribunal, dada a hierarquia da autoridade dos mesmos, e por versarem casos concretos;

j) apenas os pareceres do Consultor-Geral da República aprovados pelo Exmo. Sr. Presidente da República têm a autoridade que o impetrante quer atribuir aos trazidos à colação, em seu proveito, expandidos pelo Dasp;

l) como bem ressalta, na instrução do presente, a Sra. Chefe da seção de pessoal, se há proibição, por decreto presidencial, de transferência de servidor que responde a inquérito administrativo — a transferência se verifica na esfera do mesmo poder — com muito maior razão se aplica ao caso aquela proibição, visto tratar aqui de posse de servidor que responde a inquérito administrativo no Ministério da Fazenda, em novo cargo do quadro da Secretaria-Geral do TCU (Decreto nº 53.481, de 1964, item II, alínea *e*);

m) na hipótese de a procrastinação do inquérito o prejudicar, caberia, a nosso ver, ao interessado, acionar as autoridades de seus ministérios; é interessante frisar que a lei não assegura aos ministério ou órgão o direito de acionar o servidor que, por mau procedimento, lhe conspurca a honorabilidade e atrai sobre a repartição a que pertence e sobre os colegas de trabalho situações vexatórias decorrentes da suspeição que sobre estes possa vir pesar, após a instauração de inquérito; os prejuízos morais causados à repartição e aos seus bons servidores, pela irresponsabilidade de maus funcionários, permanecem descobertos de proteção legal;

n) o direito líquido e certo, amparado pela lei, não foi ofendido pela autoridade dita coatora, visto que o nomeou, há garantia de sua vaga, enquanto o impetrante permanecer *sub judice.* O Tribunal, através do ato de seu presidente, praticou ato justo, legal, resguardador dos atos de interesses da administração ao negar ao candidato sobre o qual pesa a suspeição de mau proceder, cuja prova favorável ou desfavorável está na dependência do inquérito administrativo a que responde o impetrante;

o) o candidato é quem, por responder a inquérito administrativo visto lhe serem atribuídos *graves fatos,* não se habilitou, na forma da lei, ao exercício do direito à posse no novo cargo mediante a apresentação de atestado de bons antecedentes, atestado, aliás, de autenticidade duvidosa, em face do que consta do *Diário Oficial* e do expediente précitados (alínea *d,* destas informações)."

Esta é a colocação jurisprudencial da mais alta Corte. Mais liberal, entretanto, tem sido a interpretação desta Consultoria-Geral.

IV

No caso, não houve apenas indiciamento em inquérito administrativo, simples suspeita de falta grave: ela foi caracterizada e determinou a cota de *justa causa*. Ocorre, porém, que a própria demissão "a bem do serviço público", decorrente de *falta grave* (art. 209 do Estatuto), não constitui impedimento absoluto para que o demitido volte a exercer

outro cargo público. Este é o pacífico entendimento desta Consultoria-Geral há 26 anos, originado no B-5 (*DOU* de 30 de julho de 1960), da lavra do eminente Victor Nunes Leal, e reafirmado no CGR-M-46 (publicado no *DOU* de 5 de agosto de 1964) e no ofício-parecer H-50 (publicado no *DOU* de 21 de agosto de 1964), ambos do Consultor-Geral Adroaldo Mesquita da Costa.

Recolhemos, do primeiro dos pareceres mencionados, o seguinte raciocínio:

"9. Se não há, confessadamente, disposição legal que institua a interdição de direitos que ora discutimos, não pode essa conseqüência ser derivada por via administrativa. Basta considerar que nos casos indicados, além da demissão, o servidor culpado é passível de pena criminal. Se isto ocorrer, isto é, se ele vier a sofrer penalidade mais severa que a demissão, em conseqüência da gravidade da falta, ainda assim a sua incapacidade para o serviço não será permanente, mas temporária, na conformidade do que dispõe o Código Penal.

Como seria possível criar, por via administrativa, um caso de incapacidade definitiva ou permanente em função pública, quando a própria lei penal só contempla esta hipótese por prazo determinado?

10. A questão é da maior importância, porque envolve não somente a readmissão, que é ato voluntário da administração pública, mas também as situações em que um servidor demitido a bem do serviço público pretenda competir em concurso para obtenção de outro cargo.

(omissis).

11. Pelos motivos expostos, não podemos concordar com essa interpretação extensiva. Tratando-se de cargo a ser conquistado em concurso, a nota de demissão a bem do serviço público não pode constituir obstáculo absoluto. Impedimento desta natureza terá lugar apenas na hipótese de interdição de direitos constantes da lei penal. Aquela nota será levada em conta, com peso negativo, no conjunto das provas do requisito do *bom procedimento,* previsto no art. 22, V, do Estatuto. Isso não exclui, contudo, a possibilidade de reabilitação.

Tratando-se, porém, de readmissão, que é ato facultativo, embora não haja impedimento jurídico, a nota de demissão a bem do serviço público, exprimindo a gravidade da falta cometida, impõe à administração pública o dever de proceder com extrema cautela, de modo a só fazer voltar ao serviço, mormente na mesma função anterior, o funcionário que tiver dado demonstração inequívoca de se haver reabilitado (ou nos casos de revisão do processo em que haja desclassificação da falta).

12. Em conseqüência, os despachos presidenciais referidos pelo Dasp deverão ser entendidos não como tendo criado uma norma jurídica nova, mas como instrução de serviço dirigida aos órgãos administrativos, no sentido de não processarem readmissão de servidores demitidos a bem do serviço público. Essa instrução, entretanto, não obriga o próprio chefe de Estado, que julgará cada caso segundo o seu prudente critério.

13. É este, aliás, o entendimento do ilustre Themístocles Cavalcanti. Como Consultor-Geral da República, ao opinar pela readmissão de determinados funcionários, observou: 'Assim entendo porque não vejo como prolongar indefinidamente os efeitos da expulsão a bem do serviço, pena, a meu ver, demasiadamente rigorosa' (Parecer 94-X).

O seu pensamento está expresso com mais nitidez na segunda edição da obra *O funcionário público e o seu regime jurídico,* 1958, t. 2, p. 266: 'Quanto às conseqüências desta nota para a readmissão do funcionário ou a sua nomeação para outro cargo, é preciso esclarecer que, embora tenha havido opinião oficial no sentido de estabelecer uma conseqüência maior, a verdade é que não há nenhuma limitação legal à readmissão. Deve-se, porém, observar que a própria nota constitui uma orientação para a administração no sentido de maior cautela no ato da nomeação. A não ser que haja demonstração de uma reabilitação e um lapso razoável de tempo, não se justifica a readmissão. O caminho para a reabi-

litação efetiva é a revisão e o reexame do processo'.

(omissis).

18. A doutrina administrativa do cancelamento da nota de demissão a bem do serviço público, independentemente de processo de revisão, foi uma construção que se tornou necessária em virtude da tese de que o servidor demitido a bem do serviço público não poderia ser beneficiado pela readmissão. Verificado, porém, que este entendimento não tem base legal, o cancelamento da nota é uma complicação burocrática, perfeitamente inútil.

Nem cabe, aqui, a nosso ver, a consideração de que o texto constitucional veda as penas perpétuas (art. 141, § 31). Há penas que produzem um efeito permanente, mas que não se incluem no conceito de penas perpétuas, vedadas pela Constituição. Isto ocorre nos casos em que a permanência dos efeitos resulta, não diretamente da pena, mas do rompimento, por ela determinado, de um vínculo jurídico. Se a pena de demissão põe termo à relação de serviço público que existe entre o servidor e o estado, é óbvio que tais efeitos se produzem de uma vez para sempre, e, portanto, em caráter permanente. O servidor deixa para sempre de ser funcionário, a menos que, por outro título, venha a adquirir, de novo, aquela situação. Nem por isso a pena de demissão pode ser considerada perpétua para os efeitos da vedação constitucional.

Se da nota de demissão a bem do serviço público resultasse incapacidade permanente para o exercício de função pública, só então teria lugar o exame do assunto sob aquele ângulo porque haveria, em tal caso, uma pena acessória permanente. Entretanto, a nota referida apenas exprime que o servidor foi afastado por um motivo grave, e esta circunstância é mencionada no ato demissório para conhecimento de todos, através da sua publicidade oficial. Trata-se, sem dúvida, de uma pena diversa da demissão — por que acessória — mas seu efeito, que consiste em tornar ostensiva a qualificação da falta, nos termos da lei, é inseparável do próprio ato demissório.

19. Com base nas considerações precedentes, assim conclui esta Consultoria:

I — A nota indicativa de que a demissão se deu a bem do serviço público não tem o efeito de inabilitar o servidor atingido para o serviço público, nem impede a sua readmissão.

II — Impõe-se, porém, a maior cautela na apreciação das circunstâncias e fatos comprobatórios da reabilitação do servidor, condição do seu reingresso no serviço público.

III — Não é necessário o cancelamento da nota referida como formalidade prévia da readmissão, podendo a reabilitação do servidor ser apreciada no próprio processo de readmissão.

IV — Esse cancelamento só é possível em processo de revisão, no qual se prove a inocência do servidor, ou se desclassifique a falta para um dos incisos legais que não acarretam a imposição obrigatória da nota de demissão a bem do serviço público.

V — Os despachos presidenciais, que declararam a nota de demissão a bem do serviço público impeditiva da readmissão, devem ser interpretados como instrução de serviço no sentido de não ser processada qualquer readmissão naquelas condições, sem prévia autorização presidencial. Essa providência equivale, para o efeito prático de facultar a readmissão, ao cancelamento, e formaliza a cautela indispensável em tais casos."

V

Em síntese, a orientação emanada do Parecer CGR B-5, relativamente ao tema em exame, é a seguinte:

"Tratando-se de cargo a ser conquistado em concurso público, a nota de demissão a bem do serviço público não pode constituir obstáculo. Impedimento desta natureza terá lugar, apenas, na interdição de direitos constantes da lei penal. Aquela nota será levada em conta, como peso negativo, no conjunto das provas do requisito do bom procedimento, previsto no art. 22, item V, do Es-

tatuto. Isto não exclui, contudo, a possibilidade de reabilitação."

Ora, no caso presente, sequer houve demissão "a bem do serviço público, mas mera rescisão de contrato de trabalho, por *justa causa*. Acresce que no inquérito policial mandado instaurar, o ex-servidor apenas foi ouvido como testemunha e não como indiciado (fls. 16).

Além disso, o pleiteante apresentou certidão negativa (fls. 7) expedida pela Justiça Federal de Brasília, comprovando inexistência da interdição prevista na lei penal (art. 67 do Código Penal).

Enfim, a penalidade administrativa, consistente na rescisão do contrato por justa causa, não vai além de pôr termo qualificado à relação empregatícia, não existindo texto de lei que a torne perpétua e definitivamente inabilitante, sobretudo:

a) porque o cargo foi conquistado por concurso público;

b) porque está previsto o estágio probatório para aferir, na prática, as condições exigidas *in abstractu* (Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, art. 15).

Ocorre, finalmente, que o pleiteante não recorreu do ato ministerial (fls. 67) nem se deu a avocação presidencial, tendo ficado, destarte, esgotada a instância administrativa.

Está em curso a tutela externa do direito subjetivo, o controle jurisdicional do ato, suscitado pelo interessado, para o que se lhe foi satisfeito o direito às certidões (Constituição, art. 153, § 35).

Nada impediria a decisão presidencial de caráter avocatório, mas o despacho ministerial solicitando parecer desta Consultoria-Geral indica disposição do Sr. Ministro de rever sua própria decisão em face do parecer desta Consultoria, revisão que, à luz das razões de direito e doutrina aqui sustentadas, certamente observará as cautelas que as informaram ou aguardará o deslinde da questão posta em juízo.

Sub censura.

Brasília, 26 de março de 1986. — *J. Saulo Ramos*, Consultor-Geral da República.