

# DIREITO E JURISPRUDÊNCIA

## PARECERES

### *Consultor Jurídico do D. A. S. P.*

*Gratificação pela execução de trabalho de natureza especial, com risco de vida ou saúde. Tratando-se de contraprestação objetiva de risco de fato ocorrido diuturnamente, não é devida aos servidores efetivos em gozo de licença especial*

A expressão — «com todos os direitos e vantagens do seu cargo efetivo», contida no art. 116, in fine, do Estatuto dos Funcionários, abrange tão somente os direitos e vantagens inerentes ao cargo efetivo, sem atenção a outros conferidos acessória e eventualmente, não atribuíveis a todos os ocupantes de cargo da mesma natureza.

#### PARECER

##### I

Indaga-se se a gratificação pela execução do trabalho de natureza especial, com risco de vida ou saúde, prevista no art. 146, n.º VI, do Estatuto dos Funcionários, é devida durante o afastamento do servidor em gozo de licença especial.

2. A consulta teve origem no Ministério da Guerra, havendo o seu Consultor Jurídico opinado pela percepção integral da referida vantagem, durante o afastamento decorrente da licença especial, como se verifica do parecer de fls. 8 usque 15.

3. De modo contrário se manifesta a D.P. deste Departamento, que, entretanto, concluiu por solicitar minha audiência a respeito da matéria. É nesse sentido o despacho do Sr. Diretor-Geral.

##### II

4. A licença especial foi instituída no art. 116 do Estatuto dos Funcionários, nos seguintes termos:

“Após cada decênio de efetivo exercício, ao funcionário que a requerer, conceder-se-á licença especial de seis meses com todos os direitos e vantagens do seu cargo efetivo”.

5. O Decreto n.º 38.204, de 3 de novembro de 1955, regulamentou o instituto, estabelecendo as normas complementares indisponíveis.

6. A exegese da expressão — “com todos os direitos e vantagens de seu cargo efetivo”, que se encontra no corpo do art. 116 do mencionado Estatuto, é fundamental para a solução da controvérsia.

7. Assim, há que perquirir se devem ser conferidos, durante o afastamento provenientes da licença, apenas os direitos e vantagens inerentes ao cargo efetivo, como decorrência tão só do seu exercício pleno, ou, ao revés, todos os demais direitos e vantagens atribuíveis ao titular do cargo efetivo, mas não necessariamente emanados dessa titularidade. Em outras palavras, direitos e vantagens não concedidos a todos os ocupantes efetivos de cargos da mesma natureza.

##### III

8. Entendo que a expressão — “com todos os direitos e vantagens do seu cargo efetivo” só alcança os mesmos direitos e vantagens decorrentes necessariamente do exercício do cargo, a eles se não adicionando direitos e vantagens oriundos de condições outras, não ligados a essa titularidade.

9. Corrobora a interpretação o disposto no art. 1.º, § 1.º, do Decreto n.º 38.204, de 1955, que regulamentou a concessão da licença especial, ao estatuir:

“O funcionário efetivo que ocupar cargo em comissão ou função gratificada, fi-

cará afastado durante o gôzo da licença especial, percebendo o vencimento ou remuneração do cargo de que seja ocupante efetivo" (grifei).

10. Dêse modo, o servidor efetivo, ocupante de função gratificada, ao entrar em gôzo de licença especial, não percebe a respectiva gratificação de função, vantagem acessória e eventual que lhe era deferida antes da licença e que passará a lhe ser novamente paga quando retornar ao exercício. Tal ocorre, precisamente, porque não é uma vantagem proveniente apenas da titularidade do cargo efetivo por êle ocupado.

11. Na mesma situação se encontra a vantagem instituída no art. 145, n.º VI, do Estatuto dos Funcionários. Esta só se justifica quando o servidor efetivamente executa trabalho de natureza especial, com risco de vida ou saúde. Enquanto não sujeito a êsse risco, que é considerado dia a dia, eis que deferido na base da respectiva freqüência, não há como pagar a correspondente contraprestação.

12. O mesmo ocorre, *verbi grata*, com o auxílio para diferença de caixa, instituído no art. 137 do citado Estatuto, regulamentado pelo Decreto n.º 34.406, de 29 de outubro de 1958, com alterações feitas pelo Decreto n.º 35.983, de 5 de agosto de 1954. O artigo 2.º do primeiro dos diplomas mencionados está assim redigido:

"O auxílio para diferença de caixa será pago ao funcionário que se encontrar em efetivo exercício, na base da respectiva freqüência, não sendo devido quando, em virtude de qualquer afastamento, deixar de pagar ou receber em moeda corrente". (grifei).

#### IV

13. E' certo que o Decreto n.º 32.652, de 25 de agosto de 1953, que regulamentou a concessão da gratificação do que cogita o art. 145, n.º VI, do Estatuto dos Funcionários nos estabelecimentos de fabricação de explosivos ou munições, admite o pagamento da gratificação nos casos de férias e licenças em virtude de doença profissional ou acidente em serviço (art. 2.º). No mesmo sentido dispõe o Decreto n.º 43.186, de 6 de fevereiro de 1953, que regulamentou aquela gratificação quanto aos médicos acrescentando mais os casos de afastamento decorrente de casamento e falecimento do cônjuge, filhos, pai ou irmão (art. 4.º).

14. Trata-se, todavia, de uma liberalidade, por êsse efeito insuscetível de interpretação extensiva.

15. Em face do exposto, entendo, *data vênia* da opinião em contrário do Dr. Consultor Jurídico do Ministério da Guerra, que a gratificação pela execução de trabalho de natureza especial, com risco de vida ou saúde, não pode ser concedida durante o afastamento proveniente de licença especial, mas apenas nos casos taxativamente previstos nos regulamentos próprios, pois que corresponde a uma contraprestação objetiva de risco de fato corrido diuturnamente.

É o meu parecer. — S. M. J.

Rio de Janeiro, 24 de julho de 1958. —  
CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, Consultor Jurídico.

*Acumulação de cargos. Competência da Comissão respectiva para apreciar os processos que envolvam a matéria. Sendo um dos cargos da administração federal, n.º II, alínea b, ambos da Constituição.*

*Conceito de demissibilidade ad nutum, para efeito do art. 197, combinado com o art. 48, n.º II, alínea b, ambos da Constituição Federal.*

#### PARECER

#### I

Tendo em vista o preceituado no art. 197, combinado com o art. 48, n.º II, alínea b, ambos da Constituição Federal, indaga a Comissão de Acumulação de Cargos se há incompatibilidade entre o exercício dos cargos de Desembargador do Tribunal da Justiça do Piauí e de Professor Catedrático, interino, da Faculdade de Direito daquele Estado, federalizada pela Lei n.º 1.254, de 4 de dezembro de 1950 (art. 3.º, n.º II, e art. 18).

2. A consulta, na forma como foi formulada, abrange dois aspectos:

a) a competência daquela Comissão para se pronunciar a respeito da acumulação de tais cargos, tendo em vista as normas gerais do Decreto n.º 35.956, de 2 de agosto de 1954; e

b) o conceito de demissibilidade *ad nutum*, para o fim de se esclarecer se o ocupante interino de cargo público é demissível livremente.

## II

3. Quanto à primeira indagação, entendo que, sendo um dos cargos, cuja acumulação se pretende, da administração federal, a competência da comissão especial instituída pelo art. 15 do Decreto n.º 35.956, de 2 de agosto de 1954, alterado pelo de n.º 38.965, de 3 de abril de 1956, está plenamente firmada, embora o outro seja estadual.

4. A circunstância de pertencer o cargo estadual ao Poder Judiciário do Estado em nada altera o princípio, eis que o provimento em cargo federal só pode ocorrer, em se tratando de acumulação, nos termos do Decreto n.º 35.956, de 1954.

5. Terá, assim, o Poder Executivo da União de apreciar a matéria, pois o cargo que determinaria a acumulação pertence aos quadros da administração federal.

## III

6. No que se refere à alínea *b* do item 2, entendo que o provimento em caráter interino sujeita o seu ocupante a demissão ao arbítrio do poder nomeante, eis que não se exige uma causa para a perda da função pública.

7. Embora, no caso de funcionários federais, a demissão seja aplicada como pena disciplinar e o respectivo Estatuto não contemple expressamente, entre os casos de exoneração *ex officio*, a hipótese de que se cogita (V. art. 75, n.º II), é certo que ali não se acham configuradas tôdas as situações ensejadoras dessa exoneração, pois que nem mesmo há referência ao estatuído nos §§ 5.º e 7.º do art. 19 daquele diploma legal, que configuram exoneração *ex-officio*, como se vê da redação dos citados dispositivos:

"§ 5.º. Aprovadas as inscrições, serão exonerados os interinos que tenham deixado de cumprir o disposto no parágrafo anterior;

.....  
§ 7.º. Homologado o concurso, serão exonerados todos os interinos".

8. Nesse sentido, vejam-se as opiniões de THEMÍSTOCLES B. CAVALCANTI (*O Funcionário Público e o seu Regime Jurídico*, 3.ª ed., Freitas Bastos, 1958, vol. I, pp. 369 e 370) e A. A. CONTREIRAS DE CARVALHO (*Es-*

*tatuto dos Funcionários Públicos Interpretado* 2.ª ed., Freitas Bastos, 1957, vol. I, pp. 283 e 284). O primeiro dos autores citados assim se manifesta:

"O estatuto evita a definição, prefere seguir o método casuístico, mas aqui omite hipóteses outras mesmo previstas no próprio estatuto, como o caso do interino (art. 19, § 5.º, que fala expressamente em exoneração)".

Mas a omissão serve apenas para pôr em evidência o processo casuístico.

Assim, a exoneração *ex-officio* pode ocorrer tôdas as vezes que o funcionário puder ser "dispensado" do cargo que exerce, sem necessidade de outras formalidades, inerentes à estabilidade.

É uma expressão intermediária entre a simples dispensa ou destituição (o que ocorre nas funções gratificadas) e a demissão" (ob. e vol. cit., p. 370).

9. Se o Estatuto dos Funcionários determina as hipóteses em que, não satisfeitas determinadas condições (art. 19, § 5.º) ou realizando-se certo evento (art. 19, § 7.º), ocorre exoneração *ex-officio* do interino, daí não se infere que só possa verificar-se esta naqueles casos.

10. O provimento em caráter interino é sumamente precário, não condicionando a perda do cargo a qualquer motivo ou fundamento. O que exoneratório fica à discrição, à vontade do nomeante, sem que haja de justificá-lo. Está, para êsse efeito, em pé de igualdade com o provimento em comissão.

11. THEMÍSTOCLES B. CAVALCANTI (*Traçado de Direito Administrativo*, Freitas Bastos, 1942, vol. II, p. 380, e *o Funcionário Público e o seu Regime Jurídico*, cit. vol. I, p. 407) vai mais longe, estendendo a demissibilidade *ad nutum* a certas categorias de extranumerários, aos funcionários nomeados por concurso com menos de 2 anos de serviço e aos demais com menos de 10 anos (quer dizer 5 anos, em face da atual Constituição, art. 188, II). Também é essa a opinião de PEDRO NUNES (*Dicionário de Tecnologia Jurídica*, v.º *ad nutum*) e JOSÉ MÁUFEL (*Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*).

12. Não me parece que, em tais casos, sejam êsses servidores passíveis de demissibilidade ao nuto do nomeante, por isso que em nenhum dêles a perda da função ou do cargo independe de prévia causa justificadora. Veja-se, ao propósito, o excelente parecer do douto FRANCISCO CAMPOS, Direito

Administrativo, Imprensa Nacional, 1943, pp. 83 e seguintes. Ali se manifesta o projecto jurista sobre a demissibilidade *ad nutum*, com a proficiência habitual, assim conceituando-a:

“A demissibilidade *ad nutum* é a que se opera, como a própria expressão indica, ao arbitrio do governo, sem necessidade de causa, motivo ou fundamento, incondicionalmente, livremente, discricionariamente. Desde que o funcionário não possa ser demitido senão mediante causa, condição ou motivo, deixa de ser demissível *ad nutum*, não se encontra mais submetido ao nudo do governo, à sua vontade, ao seu arbitrio, a sua discricção; o governo não é mais livre de demiti-lo quando aprouver ou quando fôr de seu agrado, do seu interesse, de sua conveniência, ou de sua vontade” (ob. cit., p. 84).

13. Ora, em nenhum dos casos a que THEMÍSTOCLES B. CAVALCANTI e os demais autores citados estendem a demissibilidade *ad nutum*, além dos provimentos em comissão e interinamente, é possível a perda da função ou de cargo sem uma causa prévia justificadora. No caso dos extranumerários ali referidos, a inexistência de verba ou alguma falta funcional cometida; relativamente aos nomeados por concurso, antes da aquisição de estabilidade, só na hipótese do não preenchimento de um dos requisitos do estágio probatório; no que concerne aos funcionários efetivos nomeados sem concurso antes de 5 anos, também se exige, para a perda do cargo, justa causa.

14. Quanto ao provimento interino, todavia, não há discrepância na doutrina sobre a sua demissibilidade livre, sem prévia causa justificadora do ato.

#### IV

15. Voltando ao processo, não é possível ao meu parecer a acumulação do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Piauí com o cargo de Professor Catedrático, interino, da Faculdade de Direito do mesmo Estado, em face dos termos taxativos do art. 197, combinado com o art. 48, n.º II, alínea b, da Constituição Federal.

16. Em conclusão, respondo às duas indagações formuladas na consulta do seguinte modo:

a) é competente a Comissão de Acumulação de Cargos para apreciar a hipótese de que cogita o processo, do momento em que um dos cargos é da administração federal; e

b) o provimento em caráter interino não assegura garantias de permanência ao ocupante do cargo, sujeitando-o à perda deste sem motivo justificado, à livre discricção do nomeante.

É o meu parecer. — S. M. J.

Rio de Janeiro, 14 de agosto de 1958. —  
CLENICIO DA SILVA DUARTE, Consultor Jurídico.

*Abandono de cargo. Prescrição da pena. Embora não mais punível o ilícito, este se configurou, devendo ser declarada a vacância do cargo.*

*Não sendo de aplicar a demissão por se revestir esta, em nosso direito, das características de pena disciplinar, impõe-se a exoneração.*

*Hipóteses em que pode ocorrer exonerações ex-officio, ainda que não expressamente previstas no art. 75, n.º II, do Estatuto dos Funcionários.*

#### PARECER

##### I

Funcionário do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio incorreu em abandono do cargo, sem que se houvesse instaurado o competente processo administrativo.

2. Prescrita a punibilidade, nos termos do art. 213, parágrafo único, do Estatuto dos Funcionários, combinado com os arts. 823, *caput* e 109, n.º VI, do Código Penal, indaga-se como proceder, uma vez que o funcionário não solicitou exoneração, nem atendeu a editais para comparecimento à Divisão do Pessoal do Ministério, não tendo, assim, qualquer novo contato com o órgão a que pertencia.

3. A solução proposta pela Divisão do Pessoal da mencionada Secretaria do Estado, em face da prescrição da punibilidade, é a de intimar o funcionário a ocupar o cargo, com a abertura do processo administrativo para demissão por abandono, na hipótese de não ser atendida a convocação.

4. Estando a conclusão em desacôrdo com pronunciamentos meus anteriores, solicita-se nova audiência desta Consultoria.

## II

5. Por duas vêzes opinei sôbre matéria semelhante (pareceres emitidos nos processos ns. 10.138-57 e 2.523-58, publicados, respectivamente, no *Diário Oficial* de 17 de janeiro de 1958, pp. 1.074 e 1.075, e de 27 de maio subsequente, p. 12.155). Em ambos os casos, prescrita a punibilidade, havia pedido de exoneração dos interessados. Na espécie, não há qualquer manifestação expressa do funcionário, cujo paradeiro é ignorado pela administração.

6. É evidente a lacuna da legislação específica, quanto ao modo de proceder em casos desta natureza.

7. Há que se afastar, de logo, a demissão, pois esta só se aplica como medida disciplinar. Ora, extinta a punibilidade com a prescrição, nenhuma pena pode ser imposta.

8. Quanto à exoneração *ex-officio*, é certo que se entende comumente que só ocorre nos casos especificados no art. 75, n.º II, alíneas a e b, do Estatuto dos Funcionários, isto é, quando se tratar de cargo em comissão e quando não satisfeitas as condições de estágio probatório. Nesse sentido, aliás, opinei em um dos processos citados (processo número 2.523-58).

9. Mas, melhor examinando, não só naqueles casos ocorre a exoneração *ex-officio*. O próprio Estatuto dos Funcionários contempla outras, como as especificadas nos §§ 5.º e 7.º do art. 19, onde se lê:

“§ 5.º Aprovadas as inscrições, serão exonerados os interinos que tenham deixado de cumprir o disposto no parágrafo anterior.

§ 7.º Homologado o concurso, serão exonerados todos os interinos”.

10. Nas duas hipóteses acima, como se vê, também se verifica a exoneração *ex-officio*, sem que hajam sido previstas no art. 75, n.º II, do mencionado diploma básico dos funcionários.

11. Em parecer que proferi no processo n.º 5.955-58, ainda não publicado, esclarecendo, com apoio na opinião discrepante da doutrina, ser o funcionário interino demissível *ad nutum*, impôs-se-me à conclusão, por via de

conseqüência, de que igualmente poderia ocorrer a exoneração *ex-officio* dessa categoria funcional ao nuto do nomeante, sem que houvesse prévia estipulação legal nesse sentido. Assim fundamentei o meu ponto de vista:

“Se o Estatuto dos Funcionários determina as hipóteses em que, não satisfeitas determinadas condições (art. 19, § 5.º) ou realizando-se certo evento (art. 19, § 7.º), ocorre exoneração *ex-officio* do interino, daí não se infere que só possa verificar-se esta naqueles casos.

O provimento em caráter interino é sumamente precário, não condicionando a perda do cargo a qualquer motivo ou fundamento. O ato exoneratório fica à discrição, à vontade do nomeante, sem que haja de justificá-lo. Está, para esse efeito, em pé de igualdade com o provimento em comissão”.

12. Acrescentaria agora: naqueles casos (art. 19, §§ 5.º e 7.º do Estatuto dos Funcionários), há obrigatoriedade de exoneração: na hipótese então focalizada naquele processo, essa exoneração se defere à discrição do nomeante.

## III

13. Tais considerações servem para demonstrar que a enumeração dos casos de exoneração *ex-officio* não é taxativa, mas exemplificativa, podendo, por conseguinte, estender-se, através de interpretação, a outros casos em que não há previsão legal expressa.

14. Se a demissão é aplicada como pena disciplinar, a exoneração *ex-officio* não tem esse enderêço. A primeira se acha fora de cogitação em espécie em que não há como aplicar pena desde que a punibilidade se encontra extinta. A segunda, sem caráter punitivo, se destina a resolver os casos em que não se pode infligir a outra, nem houve pedido exoneratório. É uma forma intermediária a que se tem de recorrer, sob pena de se criar um impasse, numa perplexidade que o direito repele.

15. Em outra oportunidade (parecer emitido no processo n.º 5.318-57), salientei:

“Em tema de interpretação de lei, é lícito assegurar-se ao hermeneuta condições de atender à finalidade social a que ela se dirige, desde que se não violente o seu conteúdo normativo, pois a realidade jurídica exige adequação àqueles fins.

Não vejo outra solução, e ao intérprete cabe, dentro do princípio da ple-

nitidade hermética da ordem jurídica positiva, apontar os meios de se resolverem os conflitos que se estabeleçam (Cf. RE-CASENS SICHES, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, p. 23).

16. Embora não punível, o abandono existe, pois que é um fato, cuja consumação ocorreu com o simples decurso do trintídio de ausência sem causa justificada.

17. A solução que se preconiza, com editais de convocação, para, não atendida esta, iniciar-se o procedimento por abandono do cargo, não tem foros de juridicidade, eis que importaria em atribuir novo crime, quando só houve um, já consumado, isento de punibi-

lidade pela prescrição determinada pela incúria administrativa durante mais de dois anos de evento.

18. Em conclusão, entendo que em casos de abandono de cargo, cuja ação disciplinar se ache defesa pela inércia que acarretou a prescrição, não tendo havido manifestação expressa de vontade do agente, pedindo exoneração do cargo, deve ser esta decretada *ex-officio*, pelas razões acima aduzidas.

É o meu parecer. — S. M. J.

Rio de Janeiro, 7 de outubro de 1958. —  
CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, Consultor Jurídico.