Despacho Normativo do Governador, de
16-3-77

No processo GG. 2.124-76 e/aps. — SS. 10.450-73 — DAPE. — 1.250-76 — SENA — PGE. — 51.292-76 — SJ, sobre interrupção de exercício do cargo em comissão para assumir o exercício de cargo efetivo: «Diante do Parecer 55-77 da Assessoria Jurídica do Governo, que aprovo, decido, em caráter normativo que: o titular de cargo em comissão que vier a prover cargo em caráter efetivo, no momento em que assumir o exercício deste cargo, no mesmo ato poderá ser a seu pedido, considerado afastado do cargo efetivo, pela autoridade que lhe atestar o exercício, por se encontrar exercendo cargo de provimento em comissão. Publique-se referido parecer para conhecimento dos órgãos da Administração».

Processo: GG. 2124-76 e/aps. DAPE — 1250-76 — SS — 10450-73. PGE 51292-76
Parecer: 55-77.

Interessado: Secretaria da Saúde.

Assunto: Cargo Público — Provimento. Dispensabilidade de exercício imediato se o nomeado e empossado já está em exercício de outro cargo público. Interrupção de exercício que contraria o interesse da Administração e do nomeado. Interpretação sistemática do Estatuto. Desnecessidade de edição de lei dispensadora.

1. Os doutos Pareceres AJG — 1506-76 (f. 9-12), 1924-76 (f. 19-23) e 31-77 (f. 24-30), subscritos pelos Drs. José Carlos de Moraes Salles e Geraldo Campos Pacheco, respectivamente, examinam em extensão e profundidade «vexata quaestio» posta pelo parecer inicial (f. 2-6), sufragada pelo eminente Secretário da Saúde (f. 7), abrindo à superior Administração alternativa para sua solução.

2. Em suma, pelos Pareceres AJG — 1506 e 1924-76, o desate do problema deve dar-se pela adição de um parágrafo ao art. 60 do Estatuto, com a redação proposta (f. 22); de seu lado, o Parecer AJG - 31-77 entende dispensável a edição de lei pois, de «jure constituto», é possível construir interpretação que contorna a via legislativa, mais complexa e demorada.

3. A aceitação de uma delas é matéria de conveniência e oportunidade, inclinando-se entretanto nosso entendimento pela solução do Parecer AJG - 31-77, que ostenta a vantagem assinalada no item anterior.

4. Em seu abono, pedimos vênias para acrescentar que, como se sabe, a investidura em cargo público dá-se em regra pela nomeação, ato que «se completa com a posse e o exercício» (Hely Lopes Meirelles — Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Rev. dos Tribs., 4.º ed. 1976, pág. 401).

«A posse» — prossegue o ilustre administrativista — «é a «conditio juris» da função pública. Por ela se deferem ao funcionário ou ao agente político as prerrogativas, os direitos e os deveres do cargo ou do mandato. Antes da posse não há provimento do cargo, nem pode haver exercício da função pública. É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como também gera as restrições, impedimentos, e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos. Por isso mesmo, a nomeação regular só pode ser desfeita pela Administração antes da posse do nomeado.

«O exercício do cargo é decorrência natural da posse. Normalmente a posse e o exercício são dados em momentos sucessivos e por autoridades diversas, mas casos há em que se reúnem num só ato, perante a mesma autoridade. É o exercício que marca o momento em que o funcionário passa a exercer legalmente suas funções e adquire direito às vantagens do cargo e à contraprestação pecuniária devida pelo Poder Público. Sem exercício, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, não há direito ao recebimento de vencimentos».

No respeitante ao exercício, cujo estudo tem maior relevo para a hipótese em tela, Themistocles Brandão Cavalcanti bem acentua não ser o instituto definido pelo Estatuto Federal, que lhe deu «um conceito material, ligando-o à noção de registro, de assentamento» (O Funcionário Público e seu Regime Jurídico, Ed. Borsoi, 1958, Tomo I), constituindo sua verificação «uma das preocupações mais severas da administração, não somente porque dela depende o bom andamento do serviço público, mas porque constitui uma parte importante da vida do funcionário».

O exercício «representa a atividade funcional, o trabalho, a execução do serviço», «sendo que o exercício é que constitui, afinal, o objetivo maior da função pública — a nomeação e a posse são meros atos preparatórios do exercício» (ob. cit., pág. 228 e 235).

Parece legítimo colher do ensino do eminente mestre a conclusão de que, embora importante para a vida funcional, o exercício atende precipuamente o interesse da Administração, pois, sem ele, não haveria a «prática pelo funcionário de atos relativos ao cargo Público» (Cretella Júnior — Dicionário de Direito Administrativo, Ed. José Bushatsky, 1972, verbete exercício, p. 121).

Sim, a finalidade do ato administrativo nomeação, que se completa com a posse e o exercício, é atender o interesse da Administração, vale dizer, tem-se em vista com ela primeiro o interesse público e apenas obliquamente o do nomeado.

Veja-se o magistério de Bielsa: «la causa general de todo nombramiento público es la realización de una función pública, es decir, proveer una función que el legislador en principio instituye para realizar un fin del Estado. Pero la causa inmediata es el servicio público, o sea, que en el servicio público se objetiva la causa. Sin servicio al cual referir al nombramiento, éste no tiene causa» (Derecho Administrativo, Ed. La Ley, Buenos Aires, 6.a ed., 1964, Tomo III, n. 470, p. 125).

4. Dai porque o exercício é imprescindível no provimento inicial ou autônomo, «modalidade de provimento em que o preenchimento do cargo se faz de modo autônomo, isto é, independente de anteriores relações entre o provimento no cargo e o serviço público» (Celso Antônio Bandeira de Mello — Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos, Ed. Rev. dos Tribs., 1.a ed., 2.a tir., 1975, p. 29), mas dispensável caso o agente nomeado já venha exercendo outro cargo público.

E tal afigura-se ser o sentido e alcance do disposto no artigo 57 do Estatuto, conclusão a que se chega, a «fortiori» em face do disposto no artigo 172, consoante destaca o Parecer AJG — 31-77, sustentado, aliás, no resultado de estudo de Grupo de Trabalho constituído no DAPE (f. 25-30, n. 5 e seguintes).

Cabe lembrar ainda neste passo que o Estatuto dos Funcionários Cíveis da União (Lei 1711, de 28-10-52), art. 79, IV, considera de efetivo exercício o afastamento em virtude de exercício de outro cargo federal de provimento em comissão.

5. Concluindo: se o agente nomeado já se encontra em exercício de outro cargo, a não ser por rigorismo formal, não deve deixar o exercício desse cargo para entrar em exercício no novo, do qual desligar-se-á em seguida, para retorno ao do anterior.

A interrupção do exercício, em tais condições, afora acarretar prejuízos desnecessários ao servidor público, contrapor-se-ia, de resto, ao interesse da própria Administração, cujo resguardo é prioritário, por confundir-se com o interesse da comunidade, pedra angular da interpretação do direito administrativo (cf. Hely Lopes Mello, ob. cit., p. 17 e ss.).

S. M. J.

Assessoria Jurídica do Governo, 12 de janeiro de 1977.

Milton Nogueira Brando

Assistente Jurídico

Procurador do Estado

I — Esta Chefia inclina-se pela tese sustentada com os bem lançados pareceres us, 1506, digo, 31-77 (f. 21-30) e 55-77 (f. 31-36) em contraposição aos de n.ºs 1506-76 (f. 9-12) e 1924-76 (f. 19-23), todos desta AJG.

II — A Superior Autoridade, no caso o Senhor Governador, caberá decidir afinal.

S. m. j.

A. J. G., 12-1-77.

Thyrso Borba Vita

Assistente Jurídico Chefe.