

ABANDONO DE CARGO

REGINALDO DE SOUZA AGUIAR *

SUMÁRIO: Conceito de abandono. Norma estatutária. Assiduidade. Decurso de prazo legal. Ilícito penal. Prescrição. Artigo 100 do Decreto-lei n.º 200, de 1967. Conclusão.

Escolhemos êste tema, que nos parece importante, tendo em vista que a Rêde Ferroviária Federal, num total de 131.154 funcionários conta com 90.653 servidores públicos a seu serviço, na qualidade de cedidos nos termos dos arts. 15 e 16 da Lei n.º 3.115, de 1957, remanescentes que são das antigas estradas a ela incorporadas.

O assunto tem relevância para o serviço público, de vez que, sôbre êle não se firmou ainda entendimento decisivo, o que tem trazido problemas à administração, tôdas as vêzes que precisa punir funcionário faltoso ou dêle libertar-se.

Muitas vêzes o funcionário se ausenta do cargo e a êle não retorna sem qualquer explicação, seja por descaso, seja fiado no emperramento da máquina burocrática, ficando porém com a porta aberta para uma volta eventual, protegido pela impunibilidade decorrente da prescrição, com o que perturba a administração, prejudica o serviço, e impede o tão desejado planejamento que venha a permitir a dinamização do trabalho e sua conseqüente melhor rentabilidade.

As comunicações difíceis, sobretudo no interior, retardam o início da apuração da falta, e o despreparo dos encarregados do inquérito acarreta nulidades e o conseqüente reinício de todo o processamento, com graves inconvenientes, inclusive o decurso do tempo que permite novas indagações sobretudo quanto à extinção da punibilidade decorrente da prescrição.

O trabalho assim, se dividirá em duas partes, a saber: conceito de abandono, e exame da prescrição. Desenvolvidos dois temas, caberá então a conclusão com a proposta de soluções.

Para o abandono do cargo, consigna o Estatuto dos Funcionários a pena mais grave que é a de demissão.

* Advogado no Rio de Janeiro.

Éis o que dispõe o artigo a êle referente:

Art. 207 — A pena de demissão será aplicada no caso de:

- I — crime contra a administração pública;
- II — abandono do cargo.

§ 1.º — Considera-se abandono do cargo a ausência do serviço sem justa causa, por mais de 30 dias consecutivos.

De acôrdo com a definição acima, a falta se integra de três elementos:

- a) não comparecimento ao serviço;
- b) ausência de justa causa;
- c) período mínimo de 30 dias consecutivos.

Sem a presença do funcionário, não é possível o funcionamento da máquina administrativa. Daí porque, o mais importante dever do funcionário é a assiduidade, ou, como disse CAIO TÁCITO — “O abandono de emprêgo importa violação do dever de assiduidade, primeiro dentre os previstos no inciso I do art. 194 do Estatuto, afetando a continuidade do serviço, que é postulado essencial da administração (parecer do processo n.º 4.125/53 — *Revista de Direito Administrativo*, vol. 35, p. 353).

Não é, entretanto, apenas o não comparecimento que justifica a aplicação da pena máxima. Êle há de ser imotivado, ou, como diz a lei, sem justa causa.

“Abandono do cargo, como se sabe, segundo o Estatuto dos Funcionários, e a ausência do serviço, sem justa causa, por mais de 30 dias consecutivos. Pelo só enunciado do preceito, depreende-se que não se trata de ilícito meramente formal, que se exaure com a só constatação do elemento material da falta. Faz-se mister cuidar, para sua plena representação, e conseqüente imposição da pena, do elemento subjetivo, que é a justa causa que se daria, exemplificativamente, no caso de impedimento, coação, doença do servidor ou de pessoa de sua família, fôrça maior, desastre, etc., que podem ocorrer justificando a ausência ao serviço.” (*Revista de Direito Administrativo*, volume 80, p. 312).

Sôbre êsses dois elementos integradores da falta, não encontramos divergências de entendimento. Apenas, exige-se que a justa causa para o abandono do cargo público seja comprovada e não apenas presumida (Cf. parecer n.º 241-H de 19 de agôsto de 1965 da Consultoria-Geral da República — *Diário Oficial* de 9-9-1965, p. 9.215 — parecer da Consultoria do DASP Processo n.º 9.636-64 — *Diário Oficial* de 4-1-65, p. 7 — parecer do Diretor da Divisão do Regime Jurídico do Pessoal do DASP — *Diário Oficial* de 25-1-65, p. 910 — *Revista de Direito Administrativo*, vol. 80, p. 309).

O terceiro dos elementos integradores do ilícito entretanto, já comporta algumas dúvidas de interpretação.

Tratando-se, como acima foi dito, de violação do dever de assiduidade, previu o Estatuto um prazo mínimo para que se configurasse.

Quer-nos parecer diante disso, que a lei estabeleceu uma presunção de que, decorrido êsse prazo, o propósito do servidor é de abandonar o cargo que deixou de freqüentar. Entretanto, embora reconhecendo não ser pacífica

a tese, diz o eminente Consultor-Geral da República em parecer publicado no *Diário Oficial*, Seção I, Parte I, de 1-9-1965, p. 9.215:

“Prefiro a corrente que exige a necessidade do *animus* para se configurar o abandono. É preciso a intenção do servidor, como indicativa de sua renúncia ao cargo ou função pública. Entendo porém, que esse elemento *animus* — necessário ao estudo da hipótese — deve ser examinado nos autos do inquérito administrativo. Não é lícito presumir-se se o funcionário teve ou não o desejo de se desvincular da administração. Esse aspecto positivo ou negativo, terá de ficar provado no processo”.

Ora, esse entendimento, em que põe o respeito que nos merece a pessoa de seu eminente adepto, nos parece em desacôrdo com o preceito legal específico, encerrando um excesso de liberalismo que dificulta a apuração da falta.

Com feito. Diferentemente da Consolidação das Leis do Trabalho, onde a falta de abandono está relacionada também, na letra *i* do seu art. 482, como justa causa para a despedida, fixa o estatuto um prazo mínimo de 30 dias para que se configure.

A lei trabalhista diz sêcamente:

Art. 482 — Constituem causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

.....
i) abandono de emprêgo.

Esse dispositivo legal permite a pesquisa do *animus*, podendo a falta configurar-se de duas diferentes maneiras; se o trabalhador deixa de comparecer à emprêsa durante cinco ou seis dias, e durante esse interregno vai trabalhar para outro patrão, o que revela de modo inequívoco a sua deliberação de abandonar o antigo cargo (elemento psicológico), ou a ausência prolongada (elemento material). A manifestação inequívoca do ânimo de abandonar o emprêgo suprime a necessidade de ausência prolongada. (Cf. RUSSELO, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, Konfino, 1952, volume II, p. 743).

Essa opção, entretanto, não é dada a quem examina a falta perante o Estatuto. Antes de decorrido o prazo de 30 dias não há abandono. Por conseguinte, a nosso ver, decorrido esse prazo, não há pesquisar a existência do *animus*. Ele é presumido. Restaria ao funcionário faltoso alegar em seu favor, como defesa, a justa causa, nos termos da lei. Provada essa, não há ilícito a punir. Não provada, o abandono está caracterizado.

Fixadas as características da falta administrativa, cumpre distingui-la do delito previsto no Código Penal, com a mesma denominação, no seu art. 323.

De acôrdo com o mencionado dispositivo legal, é crime:

Art. 323 — Abandonar cargo público fora dos casos previstos em lei.

PENA — detenção de 15 dias a um mês, ou multa de duzentos a dois mil cruzeiros.

Se do fato resulta prejuízo público ou se a ocorrência se dá em lugar compreendido na faixa de fronteira, a pena se agrava nos termos dos dois parágrafos do citado artigo.

Como se vê, para a caracterização do crime, não exige a lei específica o terceiro dos elementos que integram o ilícito administrativo — o prazo mínimo de 30 dias de ausência. Exige porém a possibilidade de que dela advenha o prejuízo para a administração pública, fator não necessário para permitir a configuração do abandono nos termos do Estatuto.

Trata-se, assim, a nosso ver, de duas infrações inteiramente distintas com caracterização e regulamentação inteiramente diversas, que só têm em comum a designação — abandono do cargo.

Esse entendimento não discrepa daquele dos mais abalizados comentadores na nossa lei penal. Veja-se como, com a habitual clareza, demonstra essa idéia, o mais autorizado comentador do nosso Código Penal, em escólio ao seu art. 323.

“O abandono de função na órbita do Direito Penal comum corresponde, pode dizer-se, à *deserção* no Direito Penal Militar. Ao contrário do que tem sido admitido por certos comentadores do art. 323, o crime em exame nada tem a ver com o *abandono de emprego* de que trata o § 1.º do art. 207 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei n.º 1.711/52) subordinado à condição objetiva de “ausência do serviço sem justa causa”, por mais de 30 dias consecutivos. O crime de abandono de função pressupõe necessariamente a conseqüente acefalia do cargo, isto é, a inexistência ou ocasional ausência de substituto legal do desertor. Como justamente observa SOLER (op. cit. p. 166), “debe distinguirse la situación de algunos cargos que tienen reemplazante preestablecido en forma concreta”. Em tal hipótese, se a ausência durar por mais de 30 dias (segundo a nossa lei administrativa), poderá haver falta disciplinar, mas não crime. Para existência dêste, não se faz mister o decurso do dito prazo, bastando que o abandono dure por tempo capaz de criar possibilidade de prejuízo, público ou particular (a efetividade de prejuízo, público, como adiante se verá, constitui condição de maior punibilidade). — HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. IX, p. 388.

Também GALDINO DE SIQUEIRA em seu *Tratado de Direito Penal*, vol. IV, p. 622, esclarece: “o abandono a que se refere a lei é o fato do funcionário, voluntariamente, deixar o cargo ao desamparo com o ânimo de não voltar.

No mesmo sentido, MAGALHÃES NORONHA, em seu *Direito Penal*, vol. 4, p. 334 — “o conceito de abandono está subordinado à probabilidade de dano ou prejuízo. O afastamento de funcionário que não crie êsse perigo não será abandono. Tal acontece com cargos que têm substitutos que os assumem na ausência do titular, *ex vi legis*. Presente o substituto, ainda que aquêle se tenha afastado indevidamente, não há dano para a administração pública, em face da substituição imediata.

“Nem tôda ausência constitui abandono. É preciso, como escreve MANZINI, que haja decorrido “tempo suficiente ou se tenha dado por modo idôneo a concretizar a violação do interesse tutelado, ainda que não se tenha verifi-

cado o dano. Tanto se abandona o cargo dêle se afastando, como não se apresentando no momento devido. De qualquer modo, o que caracteriza o delito é a probabilidade de prejuízo. Fora disso, a ausência do funcionário se situa apenas na esfera administrativa: haverá falta disciplinar somente”.

O crime é doloso, havendo interesse, portanto em pesquisar-se o *animus* do indiciado.

Essa opinião encontra apoio na jurisprudência dos Tribunais, como se pode ver das seguintes decisões:

Acórdão da 2.^a Turma do Tribunal Federal de Recursos na apelação Criminal n.º 500, publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 293, p. 684. É preciso que o abandono tenha a má intenção de prejudicar o serviço: não sendo assim, não se configure o crime”.

O referido acórdão confirma interessante e bem elaborada sentença do Dr. LEÔNICIO CAVALHEIRO NETO, juiz em São Paulo, prolatada em 27 de setembro de 1956, da qual destacamos os seguintes trechos:

“No Direito Administrativo é pacífica a doutrina de que o serviço público deve funcionar rigorosa e continuamente (BONNARD, DUGUIT e JÉZE).

.....

O abandono do cargo ou função públicos, segundo o Estatuto se caracteriza tão-somente pela ausência do funcionário durante 30 dias consecutivos ao serviço. Não se verifica simplesmente pelo não comparecimento do servidor. O abandono é de aspecto formal.

.....

Veja-se também: Acórdão do Tribunal Federal de Recursos na Apelação Civil n.g 12.159, Rel. Min. CUNHA MELLO — 2.^a Turma, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 77, set. 1964, p. 206. Acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo, 2.^a Câmara, unânime, Ap. n.º 19.184, Rel. Juiz HENRIQUE MACHADO, *Revista dos Tribunais*, vol. 297, p. 419, *Revista Forense*, vol. 144, p. 447.

Essa distinção entre o crime e a simples falta administrativa é da maior importância, sobretudo para o exame da prescrição como adiante se verá.

Fica, portanto, desde logo, estabelecido que as duas faltas não se confundem, podendo existir independentemente uma da outra. O crime é muito mais raro que o ilícito administrativo.

Somos de parecer, assim, que, caracterizado o delito, a demissão do funcionário deve ter por fundamento o disposto no inciso I do art. 207 do Estatuto, que manda aplicar a pena de demissão nos casos de crime contra a administração pública, e não no inciso II que prevê a mesma pena para o abandono do cargo.

Em seu art. 213 dispõe o Estatuto:

PRESCREVERA

I — Em dois anos, a falta sujeita:

- a) a pena de demissão no caso do § 2.º do art. 207.
- b) a cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

PARÁGRAFO ÚNICO — A falta também prevista na lei penal como crime, prescreverá juntamente com êle.

Não estabelece o Estatuto o prazo de prescrição para o abandono do cargo, se não, quando êle configura também um crime.

A ausência de dispositivo específico para a falta meramente administrativa tem criado divergência em tôrno da aplicação da lei e da fixação do prazo prescricional. Assim, entendem muitos que o prazo da prescrição do abandono é de dois anos, a contar do trigésimo-primeiro dia de ausência:

“Achamos porém, diz **CONTREIRAS DE CARVALHO**, que a falta se completa com a decorrência do prazo, fatal, ainda que sujeita a sua punição à indagação da justa causa. A prescrição deve correr, portanto, no dia em que se integra para a lei o conceito do abandono” — *Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União*. Interpretado, Freitas Bastos, 2.^a Edição, 1957, p. 198.

No mesmo sentido: Pareceres do Sr. Consultor Jurídico do DASP em seus *Estudos de Direito Administrativo*, vol. II, Departamento de Imprensa Nacional, 1965, p. 52, 107, 172.

Para chegar a essa conclusão, baseiam-se os filiados a essa corrente, no parágrafo único do art. 213 do Estatuto, que remete à lei penal a solução do problema, sempre que nela a falta também esteja prevista como crime.

Essa opinião, tendo em vista as premissas acima estabelecidas, parece inaceitável.

Sustentamos que quando a falta administrativa não configura um ilícito penal, não há por que aplicar-lhe as normas reguladoras da prescrição prevista no Código Penal. Esse ponto de vista, entretanto, sofre contestação, o que acarreta inúmeras dificuldades para a punição do funcionário faltoso.

Ainda em recente parecer no Processo 7.474/66, publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 87, p. 277, o ilustre Consultor Jurídico do DASP, aprovado pelo seu Diretor-Geral, examinando hipótese de funcionário que desde 1961 vinha faltando ao serviço, e contra o qual não foi instaurado o competente inquérito, assim se manifesta nas conclusões:

- a) que o ilícito penal capitulado no art. 323 do respectivo Código é de consumação instantânea com efeitos permanentes, sendo em consequência iniciada a contagem do prazo da prescrição da ação penal e correspondente punibilidade administrativa, a partir da data em que a Administração tiver ciência do evento.
- b) que, por força da extinção da punibilidade, a vacância do cargo não se fará através de demissão, mas de simples exoneração *ex officio*.

A essas conclusões, ora dominantes, teríamos a opor os seguintes argumentos. Embora o crime de abandono do cargo seja de consumação instantânea e efeitos permanentes, tal classificação não pode ter influência na esfera administrativa quando não concorram na mesma espécie crime e a infração à norma do Estatuto.

Temos que diversos são os elementos objetivos das duas infrações:

No delito, o que se pune é a possibilidade de prejuízo criada pela acefalia, ainda que momentânea do cargo, sendo que a efetividade dêsse prejuízo constitui agravante.

Na falta meramente administrativa, o que se reprime é a violação do dever de assiduidade.

Nessas condições é perfeitamente certo que a prescrição na hipótese de crime comece a fluir da data de sua consumação que é realmente instantânea.

Não é admissível êsse entendimento, a nosso ver, entretanto, quando se trata de falta meramente administrativa. Para essa, como se viu, o decurso do prazo de 30 dias é *indispensável* à configuração do ilícito.

Não há, assim, a instantaneidade que se admite no crime, e até na esfera trabalhista.

E, se a violação não cessou, porque o funcionário não reassumiu seu cargo, não há falar-se em prescrição.

“A prescrição — é ainda HUNGRIA quem fala — põe fim à ação ou à pena pelo decurso do tempo. Transposto certo período, sem que o processo tenha começado ou terminado (prescrição da ação), ou, na hipótese de condenação sem que se tenha dado execução à sentença (prescrição da pena), não é razoável prolongar o constrangimento ao criminoso, por delito cuja repercussão social vai exatamente diminuindo, pelo esquecimento em que o envolve o tempo transcorrido”. *Comentários ao Código Penal*, vol. IV, p. 201.

A prescrição portanto, tem função social e humana, sendo também seus fundamentos:

“Os remorsos que afligem o criminoso na intranquã expectativa da condenação, valendo, por isso, a prescrição como sucedâneo da pena: a dificuldade de reunir, consumidas pelo tempo, as provas do crime, o desuso da sanção penal por parte da sociedade, a presunção da emenda do delinqüente pelo tempo decorrido: a posse da impunidade (*op. cit.* p. 206).

Ora, nenhum desses fatores milita em favor do funcionário relapso que abandona seu cargo, e a êle não retorna sem qualquer explicação. Não são apenas os efeitos de um ato que perduram, como no caso do delito.

Na falta administrativa, o que persiste, é a própria violação do dever de assiduidade, é o descaso pela coisa pública, é o descumprimento da lei, sem que a favor do culpado milite qualquer das razões que justificam a extinção da punibilidade pelo desuso do prazo da prescrição.

Foi por isso que, no nosso entender, o Estatuto não previu um prazo para a extinção da punibilidade da falta. Êle quis, sem dúvida, ficasse a Administração sempre protegida contra essa espécie de faltosos.

Em apoio dessa opinião podemos citar TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, *in verbis*:

Um dos princípios geralmente considerados pelos autores como inerentes à pena disciplinar é a sua imprescritibilidade.

É a lição, notadamente, de CINO VITTA, *Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*, p. 166.

“Un caractère della sanzione disciplinare dicui giova far richiano separatamente, é l'imprescrittibilità”.

Mas o próprio VITTA reconhece a conveniência de atender a princípios universais com relação ao assunto.

No direito francês a ação disciplinar não prescreve, subsiste, enquanto estiver o funcionário no serviço público. É a opinião de GASTON JÈZE, firmada na jurisprudência administrativa. *Les principes generaux du droit administratif*, 3^{ème} edition, III, p. 105.

(*O funcionário público e seu regime jurídico*, vol. II, Borsoli, 1958, p. 271).

E à p. 275 assim se externa: “No silêncio da lei não corre a prescrição, que constitui favor excepcional, senão medida de ordem social ditada pela política repressiva penal e administrativa”.

E conclui à p. 275:

“Se é verdade que existe uma diferenciação entre o direito penal comum e o chamado direito penal administrativo, os princípios, entretanto, que informam a base dos dois, são os mesmos. Assim, o prazo inicial da prescrição há de se contar da data do ato ou fato punível, ou, como quer o Código Penal em seu art. 111, nos crimes continuados, no dia em que cessou a permanência ou continuidade”.

Também na Jurisprudência encontra ressonância essa maneira de pensar.

“É imprescindível o poder de aplicar penas expulsivas em face do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União. Se a autoridade administrativa manifesta vontade de punir o funcionário por abandono do cargo, sua reasunção, enquanto não se decide o processo administrativo não impede a demissão” (ac. proferido no Mandado de Segurança pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro — n.º 190 — rel. Des. BALTAZAR BARBOSA, publicado na *Revista Forense*, vol. 172, 1957, p. 365).

Tal critério está baseado na distinção entre as duas infrações: a penal e a administrativa.

Também temos notícia de acórdão do Supremo Tribunal Federal, do qual foi relator o Exmo. Sr. Ministro NÉLSON HUNGRIA, no Agravo de Instrumento n.º 15.826, publicado no *Diário de Justiça* de 11 de janeiro de 1954, p. 77 e citado no parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 87, p. 277, 1967, que assim decidiu:

“Despedida de empregado por abandono de emprego; não há falar-se em prazo prescricional enquanto durar o abandono”.

Esse entendimento se reforma em face do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que, dispondo sobre a organização da administração federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências. Esse importante Decreto-lei, contendo 17 títulos, visa a simplificar e ordenar a administração pública, orientando a reforma administrativa. Contém êle normas auto aplicáveis e outras que dependem de regulamentação.

No seu Título XI, das Disposições referentes ao pessoal civil, divide-se em quatro capítulos, a saber:

- I — Das normas gerais.
- II — Das medidas de aplicação imediata.
- III — Do Departamento Administrativo do Pessoal Civil.
- IV — Do Assessoramento Superior da Administração Civil.

Dêsses capítulos, interessa a êste estudo o que tem por objeto as medidas de aplicação imediata.

Essas medidas são as primeiras e mais urgentes providências no sentido de sanear o serviço público e escoimá-lo do excesso de pessoal, dos maus funcionários, dos ociosos e dos desidiosos.

Com êsse propósito, determina o citado Decreto-lei no seu art. 100, contido no Capítulo II acima destacado:

Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres.

Êsse dispositivo legal vem facilitar a solução do problema pois o funcionário que abandona cargo público poderá ser demitido em face da desídia caracterizada.

Diante do exposto, e, em *conclusão*, entendemos:

1. Que o crime e a falta administrativa denominados abandono do cargo, não se confundem.
2. Que, em face disso, ambos devem ter tratamento diferente.
3. Que o prazo de prescrição previsto na lei penal para o abandono só tem aplicação e falta administrativa, quando esta também é crime.
4. Que, por analogia, pode-se aplicar à falta administrativa o prazo prescricional previsto na lei penal, se o funcionário reassumisse seu cargo, e a partir do momento que o fizesse.
5. Que, enquanto persistir o abandono, a falta não corre prescrição.
6. Que o abandono pode ser punido como desídia, em face do Decreto-lei n.º 200/67.