

Não se verifica, então, para a administração estadual, a possibilidade de tornar sem efeito qualquer das aposentadorias a que se referem os diversos processos acostados ao expediente originário da Secretaria de Administração.

* * *

Em resumo do que foi considerado e concluído:

a) foram ilegais as aposentadorias concedidas pelo IPEG a servidores seus, que serviram em “zona de guerra”, a pretexto de adaptação da Lei estadual 9/61 à Lei federal 3.906/61. Tais atos são, em princípio, anuláveis;

b) A Lei federal 5.315/67, que regulamenta o art. 178 da Constituição de 67 (amparo ao ex-combatente), em princípio não obrigaria o Estado, mas a orientação jurisprudencial que se forma em sentido contrário e a remissão indireta que à mesma faz a Constituição estadual (art. 105, e). Conduzem a que a Administração estadual se decida pela obrigatoriedade.

c) A ressalva da parte final do art. 3.º do Dec.-lei 628/69 aplica-se aos servidores autárquicos estaduais beneficiados com a aposentadoria de ex-combatente, face ao disposto do art. 3.º do Dec.-lei estadual n.º 127 de 15/8/69 (adoção dos princípios referentes à interpretação e aplicação de leis federais).

É o parecer.

S.M.J.

Rio de Janeiro, de de 1972.

JOSÉ ANTUNES DE CARVALHO
Procurador do Estado

BANIMENTO. FUNCIONÁRIO ESTADUAL. CONSEQUÊNCIAS

Por ofício SU/MEHP n.º 91, de 15 de maio de 1970, o Agente do Pessoal da Maternidade Herculano Pinheiro comunicou à Diretora de Pessoal da SUSEME que o Médico)Obstetra nível 1 — Almir Dutton Ferreira — matrícula 102.514, ocupante da função de Chefe da Seção de Documentação Médica, símbolo F-07, lotado na divisão Médica daquela maternidade, completara 30 (trinta) faltas consecutivas ao serviço em 14-5-70, formando-se, assim o processo n.º 08/512 305/70.

Promovida a apuração do fato denunciado, antes porém de ser instaurado o competente inquérito administrativo, verificou-se que o servidor fora banido do Território Nacional, por força do Decreto Federal n.º 66.716, de 15 de junho de 1970, publicado no *Diário Oficial da União* da mesma data (fls. 10v e 11v. do processo acima referido).

Enviado o processo à consideração do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Administração, aquela autoridade encaminhou ao Exmo. Sr. Governador Exposição sugerindo, afinal, que:

“Sendo a hipótese omissa, face ao AI-10 complementado pelo AC-78, mas indubitosa a natureza da sanção política institucional do banimento parece-me deva Vossa Excelência comunicar a S. Exa. o Sr. Ministro da Justiça, simplesmente para os fins que forem julgados devidos, o fato de deter a condição de funcionário estadual efetivo o banido a que se refere o presente processo” (Fls. 15 do proc. adm.)

Aprovada a exposição, o Exmo. Sr. Governador, remeteu ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça o ofício GGG n.º 700 de 24-6-70, cuja cópia se encontra a fls. 16 do processo administrativo n.º 08/512 305/70 e fls. 3 do processo n.º 15/2 947/70, da Casa Civil do Governo do Estado.

Em resposta a esse expediente, o Exmo. Sr. Ministro da Justiça remeteu ao Governo local o ofício n.º G/273, de 9 de setembro de 1970, através do qual comunica *in verbis* que:

“Ouvida a Consultoria Jurídica deste Ministério, é a mesma de parecer que Vossa Excelência promova investigação sumária prevista no Ato Complementar n.º 39/68 (art. 6.º) e no Decreto n.º 63.888, de 20 de dezembro de 1968, com o objetivo de aplicar a Almir Dutton Ferreira a pena de demissão com fundamento no artigo 6.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968”.

Remetido à Secretaria de Segurança Pública, o Assessor Técnico opinou fosse iniciada a investigação sumária pela comissão para tanto criada pelo Decreto “E” n.º 2.765 de 14 de abril de 1969.

A fls. 9 encontra-se a página da Parte I do “Diário Oficial” de 2 de fevereiro de 1971, estampando curioso edital em que a Comissão de Investigação Sumária, convoca o servidor banido a, no processo contra êle instaurado, oferecer defesa dentro do prazo de 10 dias.

Finalmente, a fls. 10 o Presidente da citada Comissão encaminha os processos 15/2947/ e 08/512.305/70 ao Exmo. Sr. Governador, justificando tal medida em face das ponderações oferecidas à Comissão

“... pelo relator do feito, relativas a óbices na interpretação dos dispositivos legais em vigor (parágrafo único do artigo 1.º, do AI n.º 13, de 5-9-69)”.

A fls. 11 do processo 15/2 947/70 o Exmo. Chefe do Executivo solicitou a audiência da Procuradoria Geral, vindo o processo, a nós distribuído, no dia 17 de abril transato.

Diante da indigência de elementos dentro dos processos a nós encaminhados, que permitissem exame detalhado da matéria, sugerimos ao Exmo. Dr. Procurador-Geral do Estado nos permitisse um contato pessoal com o Exmo. Sr. Consultor Jurídico do Ministério da Justiça, a fim de colher, junto àquale autoridade, maiores detalhes. Acolhido nosso pedido, e de posse de ofício de Apresentação firmado pelo Chefe desta Casa, em 19 de abril transato, procuramos o ilustre Consultor Jurídico daquele Ministério por diversas vezes, sendo impossível com êle nos avistarmos, face a seus inúmeros afazeres em Brasília, o que o impedia de maior permanência no Rio.

Finalmente, poucos dias atrás resolvemos procurar um dos assessores de S.S. que nos escaminhou ao Chefe de Gabinete do Exmo. Sr. Ministro da Justiça, com quem mantivemos breve conversa.

Infelizmente não pudemos ver atendido o desejo de examinar o parecer na Consultoria Jurídica referido no ofício do Sr. Ministro, por se tratar, segundo esclarecido pelo assessor, de *processo secreto*.

Destarte, muito embora sem conhecer as razões daquele pronunciamento e os motivos de sua conclusão, examinaremos a matéria à luz dos dispositivos legais pertinentes.

Queremos crer que os óbices referidos pelo Presidente da Comissão de Investigação Sumária do Estado, em sua manifestação de fls. 10 do processo 15/ 2 947/70 sejam os mesmos apontadas na exposição do Sr. Secretário de Administração a fls. 15 do processo 08/512 305/70 ao considerar omissa a hipótese em estudo, frente ao AI-13 de 6-9-69, e AI-10 e AC-78.

O AI — 13, de 5 de setembro de 1969, dispõe:

Art. 1.º — O Poder Executivo poderá, mediante proposta dos Ministros de Estado da Justiça, da Marinha de Guerra, do Exército ou da Aeronáutica Militar, banir do Território Nacional o brasileiro que comprovadamente se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à Segurança Nacional.

§ único — Enquanto perdurar o banimento, ficam suspensos os processos ou a execução da pena a que porventura, esteja respondendo ou condenado o banido, assim como a prescrição da ação ou da condenação”.

O ilustre Sr. Secretário de Administração, vendo uma omissão no texto acima transcrito, opinou no sentido de que embora banido continua o Dr. Almir Dutton Ferreira a deter a condição de funcionários estadual efetivo.

Com a devida venia, não concordamos com a conclusão de S. Exa. bastando atentar para o próprio conceito do banimento como sanção.

Etimologicamente, “banimento é pena criminal ou medida de ordem política, que consistia na expulsão do território nacional de quem atentasse contra a ordem política interna ou a

forma de governo estabelecida”. (*Dicionário de Tecnologia Jurídica* de PEDRO NUNES, Ed. Freitas Bastos, 1956, vol. I, pág. 143).

E o mesmo autor na obra citada, assim define o verbo banir:

“Banir — Obrigar o governo a saída de alguém de sua própria pátria com proibição de a ela regressar; degredar, desterrar, exilar.”

Pelo próprio significado da medida, verifica-se ser mais grave como pena, do que a cassação de direitos políticos, que a nosso ver é um *minus* já contido no *plus* que é o banimento.

Com efeito, a primeira carta política brasileira, a Constituição de 25 de Março de 1824, estabelecia a pena de banimento, determinando ainda, em seu artigo 7.º:

Art. 7.º — Perde os direitos de cidadão brasileiro:

- 1.º)
- 1.º)
- 3.º) o que foi banido por sentença. (grifamos)

Fiel aos ditames constitucionais, o Código Criminal do Império, de 16 de dezembro de 1830, dispunha no artigo 5.º, guardada a sua redação em português da época:

“Art. 5.º — A pena por banimento privará para sempre os réus dos direitos de Cidadão Brasileiro, e os inibirá perpetuamente de habitar o território do Império.

Os banidos que voltarem ao território do Império serão condenados a prisão perpétua.” (grifamos)

Ora, o conceito de banimento como sanção gravíssima — só inferior à pena de morte — já traz no seu bojo, como resultado imediato a perda dos direitos inerentes à cidadania brasileira, e, como corolário, também a dos direitos políticos e conseqüentemente a impossibilidade de ocupar cargo público.

A Constituição de 16 de Julho de 1934, considerada, naquele momento histórico, como conquista democrática ímpar no continente sul-americano, não encontrou nenhuma incongruência entre o sopro liberal que a inspirou e a redação conferida ao seu art. 11:

Art. 11 — Perdem-se os direitos políticos:

- A)
- B)
- C)

§ 1.º — *A perda dos direitos políticos acarreta simultaneamente, para o indivíduo, a do cargo público por ele ocupado.*" (grifamos)

A nosso ver a disposição é até *ex-abundante*, pois quem ficou privado do exercício dos seus direitos políticos, obviamente perdeu as condições mínimas necessárias à função pública.

O legislador de 34, porém, sem abandonar as cautelas que urgiam acompanhar o surto libertário, determinante da aparição daquela Carta, julgou por bem cercá-la de certos conhecimentos bem definidos, visando evitar interpretação por demais amplas da *mens legislatoris*.

A prudência, que se fez presente no constituinte de 1934, foi ditada — como já dissemos — pelo desejo de, sem deixar de dar ressonância aos anseios de liberdade e democracia do povo brasileiro, ainda que cometendo o pecado da redundância, estabelecer, com nitidez, os limites do liberalismo que impregnou e marcou aquela Carta Política.

Pelas mesmas razões, em outro momento igualmente difícil de nossa história, o Executivo, da mesma forma que o Constituinte de 34, fez constar do AI-10 de 15 de maio de 1960, artigo 1.º e letra A, que:

Art. 1.º — *A suspensão dos direitos políticos ou a cassação dos mandatos efetivos federais, estaduais ou municipais, com fundamento nos Atos Institucionais n.º 1, de 9-4-64, n.º 2 de 27-10-65, n.º 5 de 13-12-68 e n.º 5 de 13-12-68 e n.º 6 de 1-2-69, poderá, além do que dispõe a legislação em vigor, acarretar ainda:*

a) *a perda de qualquer cargo ou função exercidos na administração direta ou indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista) tanto da União, como dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios.*" (grifamos)

O breve histórico da sanção política do banimento, feito acima a *vol d'oiseau*, teve como objetivo único mostrar quais as conseqüências da aplicação da pena e como tal contempladas na legislação pátria.

Do que ficou dito resulta, portanto, trazer o banimento insita na sua aplicação, a perda da cidadania e porconsequente a supressão dos direitos políticos, acarretando simultaneamente a perda do cargo público, porventura ocupado por aquele sobre quem recaiu a sanção.

Desse modo, não tendo o banido condições para exercer a função pública atentando-se para o fato de que a medida política é imposta, *pela sua natureza* mesmo, por tempo indeterminado, há de *declarar-se vago o cargo* por ele ocupado.

Com efeito, o cargo está vago pela impossibilidade presente e futura do seu ocupante exercer o conjunto de atribuições e responsabilidades a ele cometidas, afastado que está, sem limite de tempo, do território nacional.

Ostatus de funcionário público presume a prestação de serviços à entidade à qual pertence. É ele um agente da administração no atendimento dos objetivos por esta almeçados. Assim se falecem ao funcionário as condições mínimas de exercício exigidas, como a sua presença física no local de trabalho, cumprimento de horário etc., e, já de antemão de atendimento sabidamente impossíveis, não pode permanecer ocupando o cargo que deverá ser, por via de conseqüência, *considerado vago*.

No nosso modesto entender e com todas as venias devidas, não há que se recorrer à demissão.

Isto porque a demissão é *pena administrativa* e a mais severa delas na escala das penalidades impostas a funcionário público. Além do mais tem a característica de *pena administrativa principal*, não se lhe podendo conferir o caráter de pena accessória.

Por isso mesmo é que o Código Penal, respeitando a Autonomia do Direito Administrativo e as suas conceituações próprias, no Título V — Das Penas, Capítulo V — Das Penas Accessórias, art. 68, alinha os casos que, por efeito e conseqüência da condenação, importam na *perda da função pública*. O legislador penal, como de boa técnica, não fala em demissão do funcionário, guardando assim o sentido de pena principal que lhe é atribuído estatutariamente.

Nem há falar-se, inexistir, quer no Estatuto Federal quer no Estadual, como de vacância a hipótese em comento.

A sanção política do banimento ressurgiu no mundo jurídico brasileiro, com a edição de ato de natureza constitucional — o AI 13/70 — há menos de um ano e, por conseguinte, posteriormente, a qualquer daqueles dois estatutos que, destarte, não poderiam contemplar o instituto como uma das cousas da vacância.

Não é demais lembrar que os motivos do banimento, conforme expresso no AI-13 são tão-somente a inconveniência e nocividade e periculosidade à Segurança Nacional do indivíduo, apreciadas *discricionariamente* pelo Poder Executivo Federal.

A autoridade máxima do País, foi conferida a competência de aplicar a sanção, não a vinculando a quaisquer justificações ou prática de atos capitulados como crime na lei penal ou estatuto político antecedente.

Não comporta, depois de aplicada a medida indagar, através de qualquer meio, se o indivíduo assim punido teria ou não praticado qualquer ato delituoso ou cometido qualquer falta disciplinar a ensejar, nesta última hipótese, a abertura de investigação sumária. É claro que tal investigação, se procedida pelo Estado, resultaria inócua por dois motivos:

1.º) — o Governo Federal agindo dentro de sua estreita competência não havia porque dar ciência ao Estado das razões que informaram a sua decisão; dessa maneira o processo que culminou com a aplicação da medida é de caráter secreto ao qual o Estado não teve nem acesso, permanecendo assim, sem conhecimento dos fatos apurados;

2.º) — o Estado desconhece qualquer falta disciplinar cometida pelo seu funcionário banido que levasse à aplicação da pena de demissão, o que conduziria a investigação sumária — se esta fosse possível — o resultado totalmente negativo, no que respeita ao campo meramente administrativo.

As considerações expendidas no correr do presente, somam-se mais estas, acima apontadas, concorrendo todas, no sentido de indicar como solução de ordem jurídica mais própria, a declaração de vacância do cargo.

Convém lembrar — pelas mesmas razões que constituíram a tônica deste parecer no que concerne a ter o AI-13 criado mais um caso de vacância — que o poder disciplinar é em tese, discricionário.

No dizer de CAIO TÁCITO, em artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 37, págs. 345 a 351:

“2. O poder disciplinar é, em tese discricionário. Não o vinculam os pressupostos de antecedência da lei na determinação da falta, ou da sanção. Não se aplica à instância administrativa o princípio da reserva legal que domina, secularmente, a doutrina e a lei penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

Não há, em matéria disciplinar, a exigência de definição legal da falta que se caracteriza, *in genere*, como violação dos deveres funcionais, a serem explicitados em atos regulamentares ou administrativos.

BERTHÉLEMY, em seu livro clássico, observava que “*le pouvoir disciplinaire peut s'exercer sans que les faits punissables aient été précisés. Le chef qui l'exerce apprécie la faute et prononce la répression en s'inspirant des nécessités du service*”.

(*Traité élémentaire de Droit Administratif*, 13.ª ed., p. 77).

Também ROGER BONNARD acentua que “*le principe de la légalité n'est pas encore appliqué à la faute disciplinaire. Celle-ci n'est l'objet d'aucune détermination légale ou réglementaire ni par voie d'énumération comme. L'infraction pénale, ni même par voie de définition générale. Ainsi, à cet égard, le pouvoir disciplinaire subsiste complètement dans la répression disciplinaire*” (*Precis de Droit Administratif*, 3.ª ed., pág. 480).

Não discrepam da conclusão autores mais recentes, como WALINE (*Traité élémentaire de Droit Administratif*, pág. 327), LABAUDÈRE (*Traité élémentaire de Droit Administratif*, pág. 705 e seguintes), SAYAGUÉS LASO (*Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, pág. 325), DUEZ e DEBEYRE (*Traité de Droit Administratif*, pág. 677); PIERRE WIGNY (*Droit Administratif*, pág. 103 e 214), SANTI ROMANO (*I poteri discipli-*

nari delle pubbliche amministrazioni, in *Scritti minori*, vol. II, pág. 91 e segs.).

Na bibliografia brasileira, a matéria foi excelentemente estudada por LÚCIO BITTENCOURT (*Direito Disciplinar princípio da legalidade*, in *Rev. de Direito Administrativo*, vol. II, pág. 792 e seg.), THEMISTOCLES CAVALCANTI (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, pág. 442 e segs.), ANTÃO DE MORAES, (*Problemas e Negócios Jurídicos*, vol. III, pág. 325).”

E a página 351, item 6, arremata com mestria, o ilustre professor:

“6. Quando a cessação ou alteração do vínculo funcional ocorre sob o impulso de razão de conveniência administrativa, não se examinarão os motivos determinantes. A legalidade do ato decorrerá da própria natureza discricionária, cujo controle transcende ao alcance jurisdicional”.

Assim, o artigo do renomado jurista vem em socorro do que vimos sustentando, ou seja, verificado um fato novo, inexistente à época da edição do Estatuto, e trazendo conseqüências para a administração, o poder disciplinar pode atuar ainda que o fato não esteja inscrito em lei. A autoridade competente determina a medida inspirando-se pura e simplesmente nas necessidades do serviço, ditadas por razões de mera conveniência administrativa e em decorrência de um ato maior praticado pela autoridade federal máxima.

Finalmente, a *declaração da vacância*, em conseqüência da perda do cargo, é ato de competência do Exmo. Sr. Governador, em consonância, com o inciso VII do artigo 46 da Constituição Estadual, segundo a redação da Emenda n.º 4 de 30 de outubro de 1969, que lhe compete a atribuição de prover e extinguir os cargos públicos estaduais.

Todavia, como dissentimos da conclusão do parecer da douta Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, de que dá notícia o ofício do Exmo. Sr. Ministro, sugerimos que, antes de ser baixado o ato pelo Sr. Governador, seja ouvida aquela alta autoridade.

É o nosso parecer, *sua censura*

Rio de Janeiro, de de 1972.

PEDRO AUGUSTO GUIMARÃES
Procurador do Estado.

Ofício n.º 464/PG

Em 9 de junho de 1971

Senhor Governador:

O funcionário público estadual Almir Dutton Ferreira, pelo Decreto Federal 66.716, de 15 de junho de 1970, foi banido do território nacional.