

# **ABANDONO DE CARGO E PRESCRIÇÃO: UMA QUESTÃO TORTUOSA**

*Osiris Vargas Pellanda  
Advogado da União graduado pela Universidade  
Federal do Paraná – UFPR  
Especialista em Direito Público pelo Instituto Brasiliense  
de Direito Público – IDP Atualmente em exercício na  
Corregedoria-Geral da Advocacia da União*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Caracterização e apuração do abandono de cargo; 3 A contagem do prazo prescricional; 4 O que fazer quando já ocorreu a prescrição; 5 Conclusão; 6 Referências.

**RESUMO:** O presente artigo apresenta as controvérsias suscitadas em torno do tema da prescrição para aplicação da penalidade de demissão a servidor público que incorre em abandono de cargo. Analisa-se inicialmente a forma de contagem do prazo prescricional e as diferentes correntes sobre a questão, para enfim se discorrer sobre as alternativas a se adotar quando verificada a prescrição. Doutrina e jurisprudência concordam que é impossível a aplicação de soluções alternativas em âmbito administrativo, embora a administração pública federal tenha mantido o entendimento de exonerar o servidor quando não é possível demiti-lo. Ao final, busca-se encontrar uma solução que atenda à finalidade da lei e os interesses da administração, solução esta ainda não apresentada pelo judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito administrativo. Processo administrativo disciplinar. Servidor público federal. Abandono de cargo. Prescrição.

## 1 INTRODUÇÃO

A administração pública federal, no exercício de seu poder de autotutela, tem o dever de apurar as condutas desviantes de seus agentes e impor-lhes as sanções previstas em lei. Condutas ilícitas de agentes públicos podem ter repercussão na esfera penal, civil ou administrativa, a depender da previsão legal, sendo que, no que tange a infrações disciplinares praticadas em violação ao regime jurídico dos servidores públicos federais – a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 – a administração possui a prerrogativa legal de, em âmbito administrativo, apurar o ilícito e aplicar a penalidade correspondente, o que se dá por meio do processo administrativo disciplinar.

Das inúmeras condutas ilícitas previstas no regime disciplinar do servidor público federal, uma em especial tem gerado infundáveis discussões que por vezes levam juristas, gestores públicos e cidadãos em geral à perplexidade. Trata-se do abandono de cargo, previsto no art. 138 e no art. 132, II, da Lei nº 8.112/90 como infração disciplinar passível de demissão. Além disso, o abandono também configura crime previsto no art. 323 do Código Penal, punível, em sua forma simples, com pena de quinze dias a um mês de detenção.

É em seu viés administrativo que tal ilícito suscita maiores controvérsias, pois o art. 142 da lei de regência do processo administrativo disciplinar dispõe que a ação disciplinar prescreve em cinco anos para infrações puníveis com demissão – como é o caso de abandono de cargo – e que o prazo começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido. Os problemas jurídicos surgem quando o abandono perdura por mais tempo do que o próprio prazo prescricional para instauração do processo e aplicação da pena, e é deste tema que nos ocuparemos ao longo do presente artigo.

## 2 CARACTERIZAÇÃO E APURAÇÃO DO ABANDONO DE CARGO

O art. 138 da Lei nº 8.112/90 define o abandono de cargo como “*a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos*”. A conduta descrita no tipo legal possui, portanto, um aspecto objetivo e um aspecto subjetivo. O tipo objetivo exige que o servidor se ausente do serviço por mais de trinta dias sem justificativa, e que estes trinta e um dias – ou mais – sejam consecutivos. O tipo subjetivo exige que esta ausência seja intencional, isto é, que o servidor

tenha o *animus abandonandi*, não bastando a mera ausência por motivos alheios a sua intenção, ainda que não justificados<sup>1</sup>.

Por sua vez, o art. 132, inciso II, da Lei nº 8.112/90 estabelece que a penalidade aplicável ao servidor que abandona o cargo é a demissão. A partir do momento em que a administração constata a ocorrência do elemento objetivo do abandono de cargo, isto é, a falta injustificada do servidor por mais de 30 dias consecutivos, torna-se obrigatória a instauração de processo administrativo disciplinar (art. 143 da Lei nº 8.112/90). Tal processo se desenvolve pelo rito sumário previsto no art. 133, inciso II, c/c o art. 140 da Lei nº 8.112/90, no qual a instrução restringe-se à própria indicição e defesa do acusado, tendo em vista que sua própria instauração já pressupõe a prática do ilícito, ou seja, sua autoria e sua materialidade, ao menos em seu aspecto objetivo. Caberá à comissão de inquérito, neste rito abreviado, apenas indiciar o acusado, nos termos já delineados na portaria inaugural da autoridade instauradora, e citá-lo para apresentar defesa escrita, para enfim produzir seu relatório, no qual apreciará a existência do elemento subjetivo da conduta, à luz das provas produzidas nos autos, e, em sendo o caso, concluirá pela aplicação da respectiva penalidade.

Note-se que a existência do rito sumário confere legalidade à indicição imediata do servidor por parte da comissão, sem que seja aberta prévia instrução. Pela lei, portanto, o contraditório se realiza exclusivamente a partir da citação para defesa escrita, sem que isto represente ofensa à garantia constitucional do devido processo legal. Isto ocorre porque, em casos tais, para que o processo tenha início é necessário que a portaria de instauração já delimite o período de ausência ao serviço, inclusive citando o nome do acusado, o que pressupõe a existência de prova pré-constituída para a instauração do processo disciplinar. Esta prova pode estar consubstanciada em declaração da chefia imediata do servidor, ou ainda em folhas de ponto com o registro das faltas injustificadas, e integrará necessariamente os autos do processo disciplinar, geralmente por apensamento de autos que tenham sido previamente constituídos para dar notícia do abandono à autoridade instauradora. Assim, abreviada a instrução do processo disciplinar, não representa cerceamento de defesa a ciência do processo somente após a citação, pois ao ser chamado a apresentar a

---

1 Neste sentido, vide o Parecer-AGU nº GQ-201 (§§ 7 e 13), bem como os acórdãos do STJ no MS nº 11.955/DF, no RMS nº 21.392/PR, no REsp nº 501.716/DF etc.

defesa escrita, o servidor terá oportunidade de impugnar todos os fatos e argumentos contra ele imputados, inclusive com a juntada de novas provas, de modo a garantir-lhe a ampla defesa e o contraditório.

### 3 A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL

No que tange ao aspecto objetivo do abandono de cargo, é de suma importância a delimitação do período em que o servidor permaneceu ausente ao serviço, pois isto influencia na contagem do prazo prescricional. Mais do que a data de início do fato, contudo, a prescrição da ação disciplinar nos casos de abandono de cargo público envolve uma série de outras questões e ainda é tema pouco desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência.

Primeiramente, faz-se necessário delimitar o arcabouço jurídico no qual o tema está inserido. O art. 142 da Lei nº 8.112/90 fixa o prazo de cinco anos para instauração de processo administrativo disciplinar nas infrações passíveis de demissão, após o qual a pretensão punitiva da administração estaria prescrita. Ainda, segundo o art. 142, § 1º, da mesma lei, “o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido”. A infração também está prevista como crime passível de pena de até um mês de detenção, no tipo de abandono de função descrito no art. 323 do Código Penal, sendo que o seu art. 109 define o prazo de dois anos para a prescrição da pretensão punitiva deste crime. Além disso, a própria Lei nº 8.112/90 dispõe que os prazos prescricionais previstos na lei penal se aplicam às infrações disciplinares capituladas também como crime, o que abrange, portanto, o abandono de cargo.

Definidos os prazos a que está sujeita a administração para exercer seu poder disciplinar sobre o servidor faltoso, resta resolver quando se inicia a contagem de tais prazos. Esta questão depende de dois importantes parâmetros: a data da consumação da infração e a data em que ela se tornou conhecida, sendo que esta última é prejudicial da primeira, uma vez que a lei expressamente prevê que o conhecimento do fato é o que faz disparar o fluxo da prescrição.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se orienta no sentido de que é necessário o conhecimento do abandono de cargo pela autoridade competente para instauração do processo disciplinar, não iniciando o prazo prescricional se o fato é apenas conhecido por agentes públicos sem poder disciplinar sobre o servidor faltoso, ainda que

hierarquicamente superiores<sup>2</sup>. Afinal, o art. 142, § 1º, da Lei nº 8.112/90 limita-se a dizer que a contagem se dá a partir do conhecimento efetivo do fato, não estabelecendo nenhuma presunção *juris et de jure* acerca do que se pode considerar como conhecimento do fato pela administração. Admitida, pois, a possibilidade de conhecimento tardio da autoridade competente para instauração do processo disciplinar, diferido fica o prazo prescricional, em razão desta tardia ocorrência do seu termo inicial.

Diferente parâmetro será observado, todavia, se o conhecimento pela autoridade competente se der de forma imediata. Não havendo diferimento do termo inicial definido em lei, parte-se do princípio de que a prescrição começa a correr imediatamente, uma vez consumado o fato que se consubstanciou na transgressão disciplinar. No caso do abandono de cargo, porém, esta consumação do ato tem sido objeto de inúmeras controvérsias, tendo em vista que o abandono não é um ato pontual, mas que se protraí no tempo, podendo, inclusive, perdurar por tempo indeterminado, sem que o servidor jamais retorne ao exercício de suas atribuições.

No âmbito da administração pública federal, a Advocacia-Geral da União firmou posição por meio do Parecer AGU nº GQ-207, segundo o qual o prazo prescricional começa a correr no trigésimo primeiro dia de ausência injustificada ao serviço, desde que partindo da premissa de que o conhecimento das faltas por parte da administração não seja tardio<sup>3</sup>.

---

2 Neste sentido, vide o **RMS nº 15.478/SP**:

*RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROFESSORA ESTADUAL. ABANDONO DE CARGO E ACÚMULO DE CARGOS. DEMISSÃO. REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO AFASTADA.*

*Afastada a prescrição considerando como marco a data em que a autoridade competente tomou conhecimento do fato. A própria impetrante admite as duas situações que originaram no regular procedimento apuratório, culminando com a sua demissão (acúmulo de cargos e afastamento de cargo).*

*Recurso desprovido. [grifo nosso]*

3 O parecer põe a questão nos seguintes termos:

[...] 3. A orientação que se vem observando está consubstanciada em dois pareceres da extinta Consultoria-Geral da República: Pareceres n.º 575-H, da lavra do Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, e n.º I-11, da lavra do Dr. Romeo de Almeida Ramos, e em Formulações do DASP. Pode assim ser resumida: (a) o abandono de cargo é ilícito instantâneo de efeitos permanentes; (b) o prazo prescricional inicia-se no trigésimo primeiro dia de ausência do servidor; (c) apesar da prescrição, o fato do abandono persiste, devendo declarar-se a vacância do cargo, mediante exoneração ex officio; (d) os casos de exoneração ex officio previstos no art. 75, II, “a” e “b”, do antigo Estatuto do Servidor não eram taxativos, eis que o Estatuto, em outros dispositivos (por ex. art. 19, §§ 5º e 7º) contemplava outros casos de exoneração ex officio. [...]

Em linhas gerais, o parecer analisa a questão específica da possibilidade ou não de se iniciar a contagem do prazo prescricional apenas após a cessação do abandono, assumindo como premissa que este abandono já é conhecido pela administração. A questão central ali exposta é, portanto, sobre a natureza permanente ou instantânea da infração. Definir esta natureza é crucial para se entender e aplicar corretamente a lei, para que enfim se possa estudar as possibilidades abertas à autoridade julgadora quando verificada a prescrição.

A jurisprudência tende claramente para a orientação no sentido de que o abandono de cargo é infração instantânea, e não permanente, ao decidir que o prazo prescricional se inicia a partir do trigésimo primeiro dia de ausência<sup>4</sup>, assumindo que este é o marco consumatório do ilícito. Considerando que existe um marco temporal previsto em lei, pelo qual se considera a infração consumada, conclui-se que tal infração não pode ser considerada permanente, ainda que seus efeitos o sejam.

6. A Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República questiona o entendimento que se vem observando. Em resumo alega: **(a)** é equivocada a tese da CGR, criando a figura da exoneração ex officio no caso de extinta a punibilidade pela prescrição; **(b)** a permanência do abandono não é efeito, mas a causa da infração “fato que implica na reiteração de prática de conduta delituosa, cujo tipo se aperfeiçoa a cada mês, daí decorrendo, no plano da prescrição, que, enquanto perdurar a ausência, nunca será tardio o exercício, pelo Estado, da ação punitiva.”; **(c)** o abandono é infração que se consuma a termo; isto é, a cada período de trinta e um dias de ausência do servidor; **(d)** com a permanência do agente em situação de prática da conduta omissiva, isto é, com a reiteração de prática de conduta delituosa, a Administração poderá sempre instaurar, a qualquer momento, procedimento adequado para a apuração da falta, uma vez que as últimas infrações não estarão prescritas; **(e)** cita em abono de sua tese o acórdão proferido pelo STF no HC n.º 71.613-0 – RS (crime de desobediência de Prefeita que se recusara a cumprir ofício de juiz determinando desconto mensal nos vencimentos de servidor a título de alimentos); **(f)** a figura da exoneração ex officio de que se vem utilizando a Administração nesses casos não existe no ordenamento jurídico brasileiro. [...]

8. Não tem razão a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. De fato, como reconhece, o abandono é infração instantânea: consuma-se no trigésimo primeiro dia de ausência ao serviço. É instantânea, mas não a termo e continuada. [...]

4. Neste sentido, vide o acórdão do STJ no **MS n.º 12.884-DF**:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. AUSÊNCIA INJUSTIFICADA. DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO.

[...] 2. Transcorrido mais de 5 anos entre a data em que se tomou conhecimento da ausência da impetrante ao serviço público (31º dia após 13/07/98) e a data de instauração do processo administrativo (07/02/2006), primeiro marco prescricional, é de se entender prescrita a pretensão estatal de aplicar a pena de demissão à impetrante.

3. A tese de que o abandono do cargo se renova a cada 30 dias, haja vista a sua natureza de infração permanente, é descabida, porquanto além de não encontrar respaldo na doutrina e na jurisprudência, a lei é clara ao estipular a data inicial em que se deve iniciar o cômputo do prazo prescricional, daí porque o intento administrativo é tão somente estabelecer hipótese de prorrogação do prazo prescricional não prevista em lei.

[...]

O critério muda, no entanto, quando se passa a enfocar o abandono de cargo como crime. É sabido que o direito penal classifica como permanentes os crimes em que o tipo se prolonga no tempo<sup>5</sup>, o que não ocorre naqueles classificados como instantâneos, ou mesmo nos instantâneos de efeitos permanentes, em que a permanência dos efeitos não depende da vontade do agente e o tipo subjetivo se exaure no momento da prática do ato<sup>6</sup>. No delito de abandono de cargo, por se tratar de crime formal<sup>7</sup>, o tipo subjetivo é permanente, de modo que o núcleo da ação típica e antijurídica continua em execução enquanto perdurar o abandono da função. Trata-se, por certo, de crime permanente, até porque, ao contrário da legislação administrativa, o código penal não prevê um marco temporal a partir do qual se considera o crime consumado, de modo que, em tese, poderia até mesmo estar caracterizado antes do decurso dos trinta dias previstos na Lei nº 8.112/90, desde que demonstrado o *animus abandonandi*.

Portanto, embora a infração *disciplinar* de abandono de cargo, por uma ficção legal, seja considerada instantânea e consumada ao trigésimo primeiro dia de ausência ao serviço, a infração penal de abandono de cargo é permanente, de modo que o termo inicial da prescrição penal regula-se pelo art. 111, inciso III, do Código Penal, segundo o qual a prescrição da pretensão punitiva começa a correr “do dia em que cessou a permanência”<sup>8</sup>.

Naprática, esta diferenciação é pouco importante dentro do processo administrativo disciplinar. Ainda que a Lei nº 8.112/90 estabeleça que o prazo da prescrição penal se aplica às infrações disciplinares capituladas como crime, tal dispositivo não afasta a regra de que o abandono de cargo é infração instantânea na seara administrativa, e, como tal, tem um termo prescricional inicial diferenciado do correspondente crime. Assim, jamais se poderá afastar o termo inicial da prescrição da infração

---

5 A protração no tempo deve ser tanto do tipo objetivo como do subjetivo. É o que ocorre, por exemplo, nos crimes de seqüestro, extorsão mediante seqüestro, redução à condição análoga à de escravo, cárcere privado.

6 É o que ocorre, por exemplo, no homicídio e em certos crimes ambientais. O crime é instantâneo, embora de efeitos permanentes. A consumação se dá no momento em que ocorre o resultado.

7 O abandono de cargo é crime formal porque não depende da superveniência de um resultado para se considerar consumado. Todavia, não chega a se enquadrar como crime de mera conduta porque existe no ato do abandono o elemento subjetivo da **intenção** de abandonar, ato potencialmente danoso ao Estado, dano este que pode ou não vir a ocorrer concretamente (intenção mais dolo direto ou eventual).

8 Em se tratando de crime permanente, a consumação se dá no momento do início da conduta e se prolonga no tempo; assim a prescrição só flui a partir do momento em que cessa a conduta permanente.

administrativa de abandono de cargo (seja ele o 31º dia ou a data do conhecimento do fato, o que vier depois), ao argumento de que se trata de infração permanente, mesmo que a conduta esteja também sendo apurada na esfera criminal<sup>9</sup>.

Assim, na seara administrativa, não se pode deixar de iniciar a contagem do prazo prescricional de um ilícito disciplinar que já se tornou conhecido, o que nos leva a concluir que, ainda que o abandono do cargo perdure indefinidamente, a prescrição não poderia ficar postergada ad *aeternum*, verificando-se o seu termo inicial quando do conhecimento pela autoridade competente. A questão da consumação criminal ganha relevância, porém, quando o processo administrativo já não é mais cabível, como se verá adiante.

#### 4 O QUE FAZER QUANDO JÁ OCORREU A PRESCRIÇÃO

Se por um lado é possível assumir a possibilidade de um termo a *quo* diferido para o prazo prescricional da infração administrativa de abandono de cargo, por outro lado também não se pode negar que, em regra, a prescrição inicia sua contagem no 31º dia de ausência, não podendo ser postergada indefinidamente, de tal sorte que, uma vez ocorrida, carece a administração de meios para aplicar-lhe sanção expulsória por meio de processo disciplinar.

Como visto, o abandono de cargo é infração de efeitos permanentes, o que, muitas vezes, implica desistência do cargo por parte do servidor faltoso, que geralmente jamais retorna ao serviço, ainda que prescrita qualquer pretensão disciplinar. Este cargo não pode ser declarado vago enquanto não ocorrer alguma das hipóteses do art. 33 da Lei nº 8.112/90<sup>10</sup>.

Estando ocupado, não pode ser o cargo preenchido por outra pessoa, ainda que aprovada em concurso público, visto que o servidor ocupante não pode ser demitido, ficando a administração à mercê da

---

9 Com efeito, a jurisprudência tem reconhecido de forma pacífica que a apuração do abandono de cargo na esfera penal propicia a aplicação dos prazos prescricionais penais também aos ilícitos administrativos, conforme determina o art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90, mas a alteração do prazo não implica em alteração do seu termo a *quo*. Ao menos não é esta a inteligência dos recentes acórdãos do STJ no RMS nº 11.335/RS, no RMS nº 19.887/SP e no RMS nº 13.134/BA.

10 As hipóteses legais que levam à vacância do cargo público são a exoneração, a demissão, a promoção, a readaptação, a aposentadoria, a posse em outro cargo inacumulável e o falecimento.

boa vontade do servidor infrator em pedir sua própria exoneração. Por muito tempo, a administração pública adotou o instituto da exoneração para casos deste gênero, com base em entendimentos adotados pelo antigo DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público)<sup>11</sup> e mais tarde endossados pela própria Advocacia-Geral da União.

Em outros tempos, quando ainda vigia a Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal chegou a admitir a juridicidade da exoneração *ex officio* como alternativa para os casos de abandono de cargo atingidos pela prescrição. Tal orientação decorria da interpretação dada ao art. 75, II, da Lei nº 1.711/52<sup>12</sup>, cujo rol de hipóteses não seria taxativo, havendo outras previstas além daquelas no bojo da própria lei. Embora discutível, a tese encontrou respaldo na medida em que era a única que oferecia resposta à perplexidade dos casos insolúveis de abandonos de cargo prescritos. Dois foram os julgamentos do STF que a adotaram: o do MS nº 20.111/DF<sup>13</sup> e o do MS nº 20.365/DF<sup>14</sup>.

A solução adotada pela administração com o respaldo da corte suprema, porém, embora encontrasse ressonância em outros tempos, hoje já não é mais aceita pelo judiciário, desde o advento da Constituição de 1988 e, posteriormente, da Lei nº 8.112/90. Com efeito, a jurisprudência do STJ à luz da nova legislação é firme no sentido de inadmitir tanto a demissão – em razão da prescrição<sup>15</sup> – quanto a exoneração *ex officio* – em razão da total ausência de previsão legal<sup>16</sup>. O que derruba o antigo entendimento, que a rigor nunca foi pacífico.

---

11 Formulação DASP nº 3: “Será exonerado *ex-officio* o funcionário que, em face do abandono de cargo, extinta a punibilidade, pela prescrição, não manifesta expressamente vontade de exonerar-se”.

Formulação DASP nº 98: “A exoneração *ex-officio* se destina a resolver os casos em que não se pode aplicar a demissão”.

12 Art. 75. Dar-se-á a exoneração: (...) II – *ex-officio*: a) quando se tratar de cargo em comissão; b) quando não satisfeitas as condições de estágio probatório.

13 MS nº 20.111/DF. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Julgamento: 16/11/1978. DJ de 23/03/1979, p. 2100. EMENTA: Exoneração ‘*ex officio*’. É aplicável a funcionário que, havendo abandonado o cargo, nem pode ser demitido, por se haver consumado a prescrição, nem solicita exoneração. Interpretação do art. 75 da Lei nº 1711, de 28.10.52. Mandado de segurança denegado.

14 MS nº 20.365/DF. Relator: Min. Francisco Rezek. Julgamento: 06/03/1986. DJ de 09/05/1986, p. 7626. EMENTA: Mandado de Segurança. Funcionário público. Abandono de cargo. Exoneração de ofício. Estatuto dos funcionários públicos, art. 75: direito líquido e certo não demonstrado. Segurança denegada.

15 Neste sentido, vide os acórdãos do STJ no RMS nº 11.335/RS, no RMS nº 19.087/SP e no MS nº 12.884-DF.

16 Neste sentido, vide os acórdãos do STJ no MS nº 12.325/DF, no AgRg no MS nº 11.961/DF, no MS nº 8.975/DF, no MS nº 7239/DF, no MS nº 7.318/DF e no MS nº 7.113/DF.

Não obstante a nova orientação do judiciário, tal entendimento não está consolidado na administração pública federal, que por meio dos pareceres GQ-207<sup>17</sup> e GQ-21<sup>18</sup> da Advocacia-Geral da União, ainda perpetua a tese de que seria cabível a imposição da exoneração de ofício quando extinta a punibilidade do infrator passível de demissão, julgando meramente exemplificativas as hipóteses legais de exoneração de cargo público. A esta tese já se contrapôs a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República<sup>19</sup> (SAJ-CCPR), sem no entanto fazer prevalecer sua opinião, diante do caráter vinculante dos pareceres da AGU, ambos aprovados pelo Presidente da República e publicados no Diário Oficial da União, nos termos do art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/93.

A tese, todavia, é frágil. Funda-se, como já mencionado, no suposto caráter não taxativo das hipóteses de exoneração previstas no art. 75, inciso II, da Lei nº 1.711/52, buscando respaldo exclusivamente na – *data venia* – obsoleta jurisprudência do STF acerca da matéria. A uma análise mais rigorosa, porém, vê-se que tal jurisprudência nitidamente limitou-se a validar atos de exoneração praticados pela administração, sem desenvolver argumentos jurídicos que enfrentassem propriamente a questão. O próprio Ministro Aldir Passarinho, em seu voto-vista no MS nº 20.365/DF, ressalta que se tratava de praxe administrativa já antiga à época, porém frisando:

Devo confessar que sempre tive dúvidas quanto à solução adotada ser a melhor em casos de abandono de emprego, quando já não é mais possível aplicar a pena de demissão. [...]

De outra parte, não tem nenhum sentido que um funcionário tenha abandonado o cargo [...] e venha anos depois procurar retornar ao serviço público com percepção de atrasados. Se, por um lado, houve falha em não promover a apuração do abandono de emprego, não

---

17 ASSUNTO: Processo Administrativo Disciplinar. Abandono de cargo. Prescrição. Medida a ser adotada pela Administração. EMENTA: O entendimento que se vem observando de exonerar ex officio o servidor que abandonou o cargo, pela impossibilidade de demissão, porque extinta a punibilidade pela prescrição, já mereceu aprovação do Poder Judiciário, inclusive pela sua mais alta Corte.

18 ASSUNTO: Processo Administrativo Disciplinar. Proposta de demissão por abandono do cargo. EMENTA: Ocorrência ou não da prescrição. Divergência. Medida administrativa. I - O abandono de cargo é infração de que, regra geral, a Administração tem conhecimento imediato. No caso, houve a prescrição. II - Extinta a punibilidade pela prescrição, e na permanência do abandono, deve o servidor ser exonerado ex officio, conforme entendimento já consagrado na Administração. Parecer GQ-207.

19 NOTA SAJ nº 3.651/98-MVB.

se pode, por isso, premiar o possível faltoso com um verdadeiro prêmio, que seria o de seu retorno com o pagamento de atrasados, quando poderia ele, durante o período de afastamento, encontrar-se até trabalhando em outro emprego, que lhe fosse mais vantajoso. [...]

Como anteriormente disse a solução de certo modo soa estranha, mas não encontro outra melhor.

No MS nº 20.111/DF, o parecer da Procuradoria-Geral da República traça o seguinte raciocínio:

Trata-se de procedimento pacífico na órbita do Poder Executivo, traduzido nas Formulações nos 3, 90, 92, 97,98, (sic) e 325, do DASP, que estão assentes em pareceres da Consultoria Geral da República.

Tal solução foi construída, a nosso ver, com apoio em princípios superiores de equidade: a exoneração, no caso, não implica em (sic) punição para o servidor e, de outro lado, permite à Administração formalizar a desconstituição de vínculo funcional inexistente do mundo da realidade dos fatos.

Ainda neste julgamento, o Ministro Leitão de Abreu, em seu voto-vista, destacou o seguinte:

Pedi vista, porque tenho dúvidas a respeito da solução jurídica que se dá a esse caso, mas, em face da praxe longa, administrativa, em torno da matéria [...], eu me ponho de acordo com Sua Excelência.

De um modo geral, pode-se ver que a solução buscava atender a um princípio maior equidade, mas com o intuito exclusivo de se evitar o impasse gerado pela impossibilidade de se declarar a vacância do cargo, bem como a suposta pretensão de retorno do servidor faltoso com pagamentos retroativos.

Todavia, analisando a questão pelo prisma legal, e sem deixar de enfatizar os princípios que regem a administração pública, não há sentido na alegação de que as hipóteses de exoneração sejam meramente exemplificativas. Segundo tal argumento, surgido em pareceres da

extinta Consultoria-Geral da República<sup>20</sup>, a Lei nº 1.711/52 também previa outras hipóteses em seu art. 19. Ora, o fato de haver previsões legais distintas não faz presumir que as hipóteses existentes não sejam taxativas; afinal, em seara administrativa, prevalece o princípio da estrita legalidade, não sendo dado à administração atuar fora dos parâmetros estabelecidos em lei. Assim, se a lei não abre margem ao uso da analogia, não se pode lançar mão da exoneração fora das hipóteses previstas, sob pena de violação do princípio da legalidade.

Não se pode desconsiderar também que pelo art. 41, § 1º, da Constituição Federal de 1988, o servidor público estável somente pode perder seu cargo efetivo em três hipóteses<sup>21</sup>: (i) sentença judicial transitada em julgado, (ii) processo administrativo com garantia de ampla defesa e (iii) avaliação periódica de desempenho, esta última ainda não regulamentada. E, quando se fala em processo administrativo, é evidente que se trata de processo disciplinar, com o escopo de aplicação de penalidade de demissão, já que esta é a única forma prevista em lei para perda de cargo por via administrativa.

Além disso, hoje vigora a Lei nº 8.112/90, que reduz ainda mais as hipóteses de exoneração em relação à lei anterior, não prevendo a exoneração para outros casos além daqueles expressamente previstos no art. 34 – para cargo efetivo – e no art. 35 – para cargo em comissão. Não se trata de rol exemplificativo, pois não há lacuna ou alternativa deixada pela lei.

Portanto, em que pese a operosa tese defendida nos citados pareceres da AGU, principalmente o Parecer GQ-207 – no qual se desenvolveu importante argumentação jurídica quanto à natureza instantânea da infração de abandono de cargo e o termo a *quo* da prescrição – não há como se sustentar a tese neles esposada acerca da possibilidade de exoneração em caso de prescrição<sup>22</sup>, especialmente considerando a obsolescência da jurisprudência que a respalda diante da nova ordem constitucional e da orientação do STJ nos julgados já citados.

---

20 Pareceres nº 575-H, da lavra do Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, e nº I-11, da lavra do Dr. Romeo de Almeida Ramos.

21 Até a Emenda Constitucional nº 19/98, eram apenas as duas primeiras hipóteses.

22 Ademais, afastar esta tese não implica desconsiderar todas as conclusões contidas nos referidos pareceres.

Esta mesma jurisprudência do STJ, embora não apresente a solução para a questão do que fazer com o servidor e seu cargo abandonado, nos dá uma deixa ao dizer que a administração não pode, “*ao seu próprio alvedrio*”, exonerar ou demitir “*quando já reconhecida a prescrição da pretensão punitiva pela Administração*”<sup>23</sup>.

Com efeito, o poder disciplinar exercido contra o servidor público está contido no poder geral de autotutela da administração, entendido não só como a prerrogativa de anular e revogar seus próprios atos, mas também de zelar pelos bens que integram seu patrimônio, sem a necessidade de acorrer ao judiciário<sup>24</sup>. Isto significa, que, no exercício deste poder, a administração pode promover a apuração e a aplicação de penalidades disciplinares de forma autônoma, sem se acudir na jurisdição, desde que respeitada a legalidade, pois é justamente na lei e na Constituição que se legitima esta autonomia<sup>25</sup>. No que diz respeito especificamente ao poder de demitir seus funcionários, sua base constitucional está no art. 41, § 1º, da Lei Maior, que o enfoca sob o viés de garantia para o servidor estável.

Alexandre de Moraes também enquadra o poder disciplinar como categoria do poder de autotutela, pelo qual a administração “*controla o desempenho das funções executivas e a conduta interna de seus servidores, responsabilizando-os pelas faltas cometidas*”<sup>26</sup>.

O poder de autotutela, mais do que uma prerrogativa em face do particular, decorre do princípio constitucional da separação dos poderes, sendo concebido, portanto, como preleciona JOSE AFONSO DA SILVA, como corolário da independência e harmonia entre os poderes da república, representadas no fato de que cada poder é livre na organização dos seus respectivos serviços, desde que observadas as disposições constitucionais e legais<sup>27</sup>.

---

23 MS nº 7.113/DF.

24 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 66

25 Quando entendida como a prerrogativa discricionária de revogar seus próprios atos por questão de conveniência e oportunidade, a autotutela encontra limitação no art. 53 da Lei nº 9.784/99, no tocante aos direitos adquiridos dos administrados. E mesmo quando entendida como prerrogativa de anular atos ilegais, o poder de autotutela também é limitado pela decadência prevista no art. 54 da mesma lei. Ou seja, o poder de autotutela, especialmente no que tange a atos vinculados como os que envolvem o exercício do poder disciplinar, não pode extrapolar os limites fixados em lei, por uma questão de segurança jurídica e de garantia do devido processo legal ao administrado.

26 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 779

27 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 110.

Com base nessa noção, é de se concluir que o poder de autotutela conferido à administração no que tange à aplicação de sanções a seus servidores por desvios de condutas previstos em seu estatuto somente encontra respaldo até os limites definidos em lei, limitações estas que são de ordem pública e garantem o estado de direito e o equilíbrio entre os poderes da república.

Além disso, ao mesmo tempo em que limita o poder de autotutela estatal, o ordenamento jurídico também consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, pelo qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão a interesse jurídico deve ser excluída da apreciação do poder judiciário<sup>28</sup>; donde se extrai a conclusão de que a prescrição da ação disciplinar da administração, *i.e.*, do processo administrativo disciplinar<sup>29</sup> e consecutórios, não exclui a possibilidade de ação judicial contra o infrator para aplicação de outras penalidades cabíveis na esfera civil e criminal, além da própria penalidade administrativa, desta vez fora do poder de autotutela, mas por meio da heterocomposição judicial.

Vale lembrar, ainda, que a prescrição é instituto de ordem pública<sup>30</sup>, não podendo ser relevada pela administração, especialmente por meio do uso da analogia, onde não exista previsão legal de exoneração *ex officio*. Afinal, por mais que se alegue que a exoneração não tem o caráter punitivo da demissão, o efeito que acarreta é o mesmo: o desligamento definitivo do servidor, com o rompimento do vínculo estatutário. O servidor que não pode ser demitido em razão da prescrição tem a opção de voltar ao serviço enquanto não seja impedido por sentença judicial, mas a exoneração lhe retiraria esta possibilidade.

O judiciário ainda não chegou a ser instado a pronunciar-se especificamente sobre a possibilidade de aplicação judicial de sanção disciplinar quando prescrito o poder da administração de fazê-lo, mas,

---

28 Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que inclui também qualquer interesse público, primário ou secundário.

29 Com efeito, o art. 142 da Lei nº 8.112/90 é claro ao dizer que o que prescreve é a ação disciplinar enquanto ato da administração, e não a possibilidade de se aplicar a penalidade de demissão cominada ao ilícito. Mesmo que se alegue que a penalidade disciplinar somente pode ser aplicada pela via administrativa, sob pena de subversão do instituto da prescrição disciplinar (o que seria discutível diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição), há de se considerar que a demissão não é penalidade de caráter exclusivamente administrativo, mas também prevista como sanção não-disciplinar na Lei de Improbidade Administrativa e efeito acessório da condenação penal, desde que o ato apurado também se caracterize como ilícito em tais estatutos legais, como efetivamente é o caso do abandono de cargo.

30 Art. 112 da Lei nº 8.112/90.

independente da posição que venha a ser adotada, o caso específico do abandono de cargo possui facetas no campo civil e criminal que permitem a responsabilização do servidor de outras formas, inclusive com a própria perda do cargo em determinados casos.

A primeira consequência para o servidor faltoso que não justifica sua ausência, mesmo que não caracterizado o abandono de cargo, é a suspensão do pagamento de seu vencimentos, na forma do art. 44, inciso I, da Lei nº 8.112/90. Como se trata de mera medida administrativa sem cunho punitivo, tal providência prescinde da instauração de processo administrativo disciplinar, bastando a notificação do servidor interessado a fim de que tenha ciência da medida a ser adotada e possa, eventualmente, apresentar justificativa<sup>31</sup>. Em se tratando de servidor que desde longa data já abandonou o cargo, ao ponto de prescrever a ação disciplinar, também não existe óbice à aplicação da suspensão de pagamento. Entretanto, a medida não surte efeitos retroativos, os quais dependem de outras providências da administração pública.

Caracterizado o abandono, embora prescrita a penalidade de demissão, o servidor pode vir a ser responsabilizado civilmente em sede de ação de improbidade administrativa<sup>32</sup>, de iniciativa do Ministério Público ou da própria Advocacia-Geral da União, e condenado a ressarcir os vencimentos ilícitamente recebidos durante sua ausência, caso não tenha havido suspensão do pagamento. No entanto, embora a Lei nº 8.429/92 também preveja a condenação em multa e perda da função pública (no caso, o cargo efetivo), a critério do juiz<sup>33</sup>, observa-se que em seu art. 23, inciso II, tal lei estabelece para a ação de improbidade o mesmo prazo prescricional do processo disciplinar, o que impediria a demissão do servidor também por esta via, permitindo unicamente a responsabilização civil, que é imprescritível por força do art. 37, § 5º, da Constituição Federal<sup>34</sup>.

Todavia, como já visto, o abandono de cargo é também ilícito penal, de tal sorte que o servidor infrator pode ser condenado

---

31 Lei nº 9.784/99, arts. 2º, 3º e 5º.

32 O abandono de cargo pode ser enquadrado no *caput* dos arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

33 Art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

34 A respeito da imprescritibilidade da ação de ressarcimento por ato de improbidade, vide recente acórdão da Segunda Turma do STJ no RESP nº 1.069.779/SP.

criminalmente a pena de detenção e multa, independentemente da ocorrência de prescrição em âmbito administrativo, já que o termo a *quo* da prescrição penal só inicia quando cessa o abandono, por se tratar de crime permanente. Caso a pena aplicada seja de um ano ou superior (o que pode ocorrer nas formas qualificadas do crime), o juiz poderá decretar a perda do cargo, na forma do art. 92, inciso I, do Código Penal. Neste caso, caberá ao Ministério Público a denúncia e o pedido de demissão como efeito da condenação, em ação penal pública incondicionada, bastando a *notitia criminis*, que pode ou não partir da própria administração pública.

Com relação aos membros do Ministério Público da União e da Advocacia-Geral da União que exerçam função de chefia, a perda do cargo pode ainda decorrer da condenação por crime de responsabilidade, com base no art. 2º, c/c art. 40, inciso 3, e art. 40-A, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 1.079/50, o que não exclui a apuração do crime comum de abandono de cargo (art. 3º).

Destaque-se, por fim, a necessidade de se buscar também a responsabilização das autoridades competentes para a instauração e julgamento do processo disciplinar sempre que derem causa à prescrição, o que deverá ser apurado por processo administrativo disciplinar específico

## 5 CONCLUSÃO

Existem várias alternativas de responsabilização judicial do servidor faltoso que não pode mais ser punido pela administração em razão da prescrição da ação disciplinar, mas administrativamente, por processo disciplinar, tal punição é impossível, ainda que mascarada sob a forma de exoneração, e, caso aplicada, fatalmente ensejará anulação judicial, com a conseqüente reintegração do servidor ao cargo. Em casos tais, a prescrição é garantia do próprio acusado, retirando o poder de autotutela do Estado e delegando sua análise exclusivamente ao poder judiciário, que não se pode furtar a julgá-lo, seja como infração disciplinar, seja como infração penal.

Esta conclusão aponta para a necessidade premente de revisão dos Pareceres GQ-207 e GQ-211 da Advocacia-Geral da União, uma vez que, no que tange à orientação para exonerar o servidor faltoso em casos de prescrição, tais pareceres estão claramente derogados pela

nova ordem constitucional e legal, consolidada em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Não se pode negar que exista interesse público na exoneração ou demissão do servidor infrator que se recusa a voltar ao cargo, mas se trata de interesse público secundário que só se legitima enquanto exercido dentro do prazo prescricional, quer administrativa, quer judicialmente. O interesse público primário está, neste caso, na preservação da segurança jurídica e da legalidade. Não se pode atropelar os caminhos do direito, pois o servidor que não pode mais ser demitido em virtude da prescrição é considerado regularmente em exercício, embora injustificadamente faltoso, e a exoneração *ex officio* pressupõe rompimento do vínculo, vacância do cargo e fim do exercício, o que poderia levar à perda de objeto da eventual ação penal na instância criminal, com posterior anulação do ato exoneratório em instância cível, tornando ainda mais tortuosas as vias judiciais para se chegar ao resultado pretendido, que é o afastamento definitivo do servidor dos quadros da administração, permitindo que outra pessoa qualificada ocupe seu lugar.

O poder de autotutela não se pode sobrepor aos princípios da legalidade e do devido processo legal, que funcionam como garantia para o administrado. Somente quando alinhada a estes princípios é que a autotutela do poder público se legitima, seja para rever seus atos ou para aplicar sanções a seus agentes. Afinal, no Estado Democrático de Direito, a autodefesa é repelida em prol da heterocomposição estatal, que cabe ao judiciário, e se à administração pública a lei defere uma exceção à esta regra, é em decorrência do próprio princípio da legalidade, ao qual se sujeita e se obriga a fiscalizar, na condição de Estado. Não há, portanto, autotutela estatal fora dos estritos parâmetros autorizados pela lei, e admitir a necessidade de pronunciamento judicial a fim de se demitir servidor que abandona sua função, quando extinta a punibilidade disciplinar, não representa enfraquecimento do Estado ou mesmo da administração. Ao contrário, fortalece-os, consolidando a luta contra as imunidades do poder<sup>35</sup> a que alude Garcia de Enterría, permitindo a correta aplicação e fiscalização dos atos administrativos, eliminando os meandros intangíveis das decisões discricionárias do poder público onde não existe margem de discricionariedade, antes que tais meandros acabem por desaguar no próprio judiciário.

---

35 ENTERRÍA, Eduardo. *Garcia de Enterría. Lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid: Civitas, 1983. *passim*.

## **6 REFERÊNCIAS**

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La lucha contra las inmunidades del poder**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

