PARECER[1] n. 74/2023

Processo nº 24/2023
Assunto: Vacância em virtude de posse em cargo inacumulável
Interessado: Andreia Maciel Flausino Ohnesorge

Ementa: Vacância em decorrência de posse em cargo público inacumulável. Nomeação. Servidor efetivo no cargo de origem. Possibilidade.

Trata-se o presente de requerimento formulado por Andreia Maciel Flausino Ohnesorge, servidora pública municipal, exercendo o cargo de assistente administrativo, pleiteando a declaração de vacância do seu cargo ocupado, em virtude de posse em outro cargo inacumulável junto ao Estado de Mato Grosso, conforme requerimento de fls. 02.

A Requerente juntou aos autos o Edital de Concurso Público n. 001/2022 SESPLAG/SESP/MT, de 05/01/2022, que convocou a Autora a apresentar documentação prévia à posse, fls. 10.

Há no presente processo administrativo, também, Ofício nº. 24/2023 do Fundo de Previdência Social dos Servidores (COMODORO PREVI), fls. 01, que declara ser a Sra. Andreia Maciel Flausino Ohnesorge servidora efetiva do Município de Comodoro desde 08/11/2018, exercendo o cargo de Assistente Administrativo e que

[1] *O parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. STF - MS 24.073/DF – Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 31/10/2003."*

atualmente a mesma fora convocada mediante edital de Concurso Público n. 001/2022 SESPLAG/SESP/MT, para ocupar a vaga de Soldado Militar.

Eis o resumo do necessário.

Passo agora ao mérito do processo.

Do requerimento inicial verificamos que a Requerente solicita a declaração de vacância de seu cargo, tendo como motivo ensejador a sua posse em outro cargo inacumulável.

A Autora apresentou o Edital de fls. 08/10 para comprovar o chamado do Governo de Estado de Mato Grosso para apresentação dos documentos preliminares à posse como servidora naquele ente, como Soldado da Polícia Militar sexo feminino.

Resta também indene de dúvidas que a Sra. Andreia Maciel Flausino Ohnesorge é servidora pública efetiva do Município de Comodoro, ocupante do cargo de Assistente Administrativo, conforme Portaria de Nomeação de fls.03/04.

Compulsando o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Comodoro, Lei n. 1.328/2011, verificamos que esse regimento prevê no art. 27, inciso VII, a figura da vacância em virtude de posse em outro cargo inacumulável, vejamos:

"Art. 27. A vacância do cargo público decorrerá de:
(...)
VII - posse em outro cargo inacumulável;"

Assim, desde logo verificamos a possibilidade de deferimento do Requerimento inicial, haja vista a guarida da legislação especial pertinente, acima citada.

Importante frisar que o Tribunal de Justiça de Goiás enfrentou tal matéria no *MS. 5010413-29.2021.8.09.0000* TJGO, fixando as seguintes orientações:

> **"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. APROVAÇÃO DE SERVIDOR ESTATUTÁRIO ESTÁVEL EM NOVO CONCURSO PÚBLICO DE ESFERA DISTINTA. CARGOS INACUMULÁVEIS. DIREITO DE VACÂNCIA DO CARGO E RECONDUÇÃO ASSEGURADO. LEGISLAÇÃO LOCAL OMISSA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ESTATUTO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIAO.**1. A vacância do cargo público, com a reserva de vaga garantindo o retorno durante os 03 anos de estágio probatórios do novo concurso, é direito líquido e certo daquele aprovado em concurso público, quando já é servidor estável, ocupante de outro cargo, ainda que omissa a legislação local sobre o assunto, aplicando-se, por analogia, a Lei nº 8.112/90. Isto porque, o vínculo jurídico com o serviço público originário somente se encerra com a aquisição da estabilidade no novo regime jurídico. Entendimento em sentido diverso tem o condão de causar prejuízo irreparável ao servidor, além de em nada atender ao interesse público. 2. Não é lícito impor ao servidor público abrir mão do cargo no qual se encontra estável, quando empossado em outro cargo público inacumulável de outro regime jurídico, antes de alcançada a nova estabilidade, por tratar-se de situação temerária, diante da possibilidade de não ser o agente público aprovado no estágio probatório referente ao novo cargo. Precedentes. 3. Se o pedido de exoneração do impetrante derivou de imposição desarrazoada da Administração Pública, decorrente da negativa de seu pedido de vacância do cargo ocupado, o ato de manifestação de sua vontade se encontra eivado de nulidade (vício de consentimento), a qual não se sujeita à convalidação pela ocorrência de prescrição e/ou decadência. SEGURANÇA CONCEDIDA. (TJGO; MS 5010413-29.2021.8.09.0000; Sexta Câmara Cível; Relª Desª Sandra Regina Teodoro Reis; Julg. 26/08/2021; DJEGO 31/08/2021; Pág. 5607)"destacamos.

Encontramos também na doutrina de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo[2] lições de mesma estirpe:

> *"Ocorrem simultaneamente vacância e provimento nos casos de promoção, readaptação e posse em outro cargo inacumulável. Nas demais hipóteses apenas vacância.*
> *Cabe, ainda, observar que, se um servidor estável for reprovado em estágio probatório relativo a um novo cargo – no qual ele tenha ingressado quando já era estável no serviço público -, ocorrerá sua recondução a qual implicará o provimento, por ele, do cargo anteriormente ocupado, salvo se esse cargo já se encontrar provido, caso em que o servidor ficará em disponibilidade até posterior aproveitamento."*

Nesse sentido, o Mandado de Segurança nº 12576 DF 2007/0013726-6, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, decidiu:

> *2. O servidor público federal somente faz jus a todos os benefícios e prerrogativas do cargo após adquirir a estabilidade, cujo prazo - após a alteração promovida pela EC n. 19/2008, passou a ser de 3 anos - repercute no do estágio probatório.*
> ***3. O vínculo jurídico com o serviço público originário somente se encerra com a aquisição da estabilidade no novo regime jurídico.***
> *4. A Administração tem a obrigação de agir com dever de cuidado perante o administrado, não lhe sendo lícito infligir a ele nenhuma obrigação ou dever que não esteja previsto em lei e que não tenha*

[2] ALEXANDRINO, Marcelo e Vicente Paulo. Direito Administrativo Descomplicado. 21. Ed. São Paulo: Método, 2013. Pág. 390.

a finalidade ou motivação de atender ao interesse público, corolário da ponderação dos princípios constitucionais da supremacia do interesse público, da legalidade, da finalidade, da moralidade, da boa-fé objetiva e da razoabilidade.

5. Não se deve impor ao servidor público federal abrir mão do cargo no qual se encontra estável, quando empossado em outro cargo público inacumulável de outro regime jurídico, antes de alcançada a nova estabilidade, por se tratar de situação temerária, diante da possibilidade de não ser o agente público aprovado no estágio probatório referente ao novo cargo.

6. Para evitar essa situação - que em nada atende ao interesse público, mas que representa um prejuízo incomensurável ao cidadão que, ao optar por tomar posse em cargo de outro regime jurídico, não logra aprovação no estágio probatório ou desiste antes do encerramento do período de provas, ficando sem quaisquer dos cargos -, ***deve prevalecer a orientação de que o vínculo permanece até a nova estabilidade****, permitindo a aplicação dos institutos da vacância e da recondução.*

7. A doutrina de José dos Santos Carvalho Filho é no sentido de admitir a possibilidade de o servidor público federal estável, após se submeter a estágio probatório em cargo de outro regime, requerer sua recondução ao cargo federal, antes do encerramento do período de provas, ou seja, antes de adquirida a estabilidade no novo regime.

8. O servidor público federal, diante de uma interpretação sistemática da Lei n. 8.112/1990, mormente em face do texto constitucional, ***tem direito líquido e certo à vacância quando tomar posse em cargo público, independentemente do regime***

jurídico do novo cargo, não podendo, em razão disso, ser exonerado antes da estabilidade no novo cargo.

9. Uma vez reconhecido o direito à vacância (em face da posse em novo cargo não acumulável), deve ser garantido ao agente público, se vier a ser inabilitado no estágio probatório ou se dele desistir, a recondução ao cargo originariamente investido. (grifo nosso)

Dessa forma, verificamos que há tanto na legislação municipal (Lei 1.328/2011), quanto na doutrina e jurisprudência, suporte jurídico para amparar o requerimento inicial.

Assim, a Procuradoria-Geral do Município opina pelo deferimento do pedido retromencionado, com supedâneo na art. 27, VII, do Estatuto dos Servidores Públicos de Comodoro, Lei 1.328/2011, devendo a Requerente ser cientificada que deverá solicitar sua exoneração do cargo de origem, acaso seja aprovado no estágio probatório do cargo que está na iminência de assumir, e que acaso isso não ocorra, ou desejar retornar ao serviço público do Município de Comodoro, dentro daquele prazo (03 anos), deverá fazer requerimento de recondução ao cargo de origem, podendo ser colocado em disponibilidade acaso tal vaga já esteja ocupada.

Do que posto, somos pelo deferimento, s.m.j.

Comodoro, 10 de maio de 2023.

RODRIGO RODRIGUES PERES

Assinado de forma digital por RODRIGO RODRIGUES PERES
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=AC VALID BRASIL v5, ou=Pessoa Física A3, ou=VALID, ou=Presencial, ou=18035557000123, cn=RODRIGO RODRIGUES PERES
Dados: 2023.05.10 17:23:51 -03'00'

Rodrigo Rodrigues Peres

Procurador do Município