

Crimes contra a Administração Pública

Crimes against Public Administration

Agapito Machado¹

RESUMO:

O presente trabalho põe em discussão importantes aspectos relacionados aos crimes contra a Administração Pública. De início, faz-se uma recapitulação dos conceitos de crime e seus elementos, de Administração Pública e de funcionário público. Em seguida, detalham-se os crimes praticados por particular ou por funcionário público contra a Administração Pública, bem como os crimes contra a Administração da Justiça e contra as Finanças Públicas. Após diferenciar os crimes funcionais comuns dos crimes de responsabilidade, o presente artigo trata do ato de ofício na corrupção passiva, citando os casos “Collor”, “Mensalão” e “Petrolão”. Defende-se que o fato de a vantagem indevida (solicitada, recebida ou aceita) estar relacionada ao ato de ofício do servidor é quilometricamente distante de ser necessária a prática desse ato de ofício para a configuração do crime de corrupção passiva, mormente tratando-se de um crime formal, como é o caso do caput do art. 317 do Código Penal. Analisam-se, também, as teses de conceituados juristas acerca da perda do cargo como efeito automático da sentença e, ao final, são tecidas algumas considerações sobre a pena de cassação da aposentadoria e sobre os efeitos da absolvição criminal no âmbito federal.

Palavras-Chave: Crimes contra a Administração Pública. Corrupção passiva. Ato de ofício. Perda do cargo.

ABSTRACT:

This article brings an important discussion related to crimes against the public administration. Initially, it is a recapitulation of the concepts of crime and its elements, public administration and public official. Then details the crimes

¹ Juiz Federal e professor da Universidade de Fortaleza. E-mail: agapitomachado@globo.com

committed by individuals or by public officials against the public administration, as well as crimes against the administration of justice and against the Public Finance. After differentiating the common functional crimes of impeachable offenses, this article deals with the official act of passive corruption, citing the “Collor”, “Mensalão” and “Petrolão” cases. It is argued that the fact that the undue advantage (requested, received or accepted) to be related to the server official act is quite far from being required to practice this official act for the configuration of the passive corruption crime, especially in the case a formal crime, such as the art. 317 of the Penal Code. Also to analyze the arguments about the loss of office as automatic effect of the judgment and, in the end, some light is shed on the penalty of forfeiture of retirement and the effects of criminal acquittal.

Keywords: Crimes against Public Administration. Passive corruption. Official act. Loss of office.

1 O QUE CONSTITUI CRIME?

Crime, gênero da espécie infração penal, é toda ação/omissão típica, antijurídica ou ilícita, culpável e punível.

Típica (tipicidade) e anterioridade implicam dizer que, para se punir o ato humano, a lei terá de descrever detalhadamente tal conduta e em momento bem anterior a ela. Exemplo: se “Y” causou a morte de “X”, com o intuito de acabar-lhe a vida, no dia 1º de janeiro de 1940, porém, somente em 3 de janeiro do mesmo ano é que a Lei Penal descreveu que quem causar a morte de alguém, na circunstância mencionada, pratica homicídio doloso, “Y” não poderá ser punido.

Antijuridicidade ou ilicitude implica dizer que, mesmo verificada a tipicidade a ação/omissão humana, só será crime se não for protegida pela lei. Ex.: se mato alguém, mas o faço em legitimidade defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito, não há crime.

Culpabilidade significa dizer que eu preciso ter consciência do que faço, sem qualquer outra interferência em minha vontade. Ex.: “X” lesiona dolosamente “Y”, mas é comprovado que “X” é absolutamente incapaz de saber o que estava fazendo, naquele momento, como no caso do absolutamente louco, mesmo tendo praticado uma ação/omissão típica e antijurídica ou ilícita,

ele não poderá cumprir pena privativa de liberdade (detenção ou reclusão).

Punibilidade, mesmo que a ação/omissão seja típica, antijurídica/ilícita e culpável, a lei pode dispensar o autor de se sujeitar a uma pena privativa de liberdade, como no caso do falso testemunho ou falsa perícia, se ele se retrata nos exatos termos do § 2º do art. 342 do Código Penal.

Na visão dos finalistas (teoria finalista), para que ocorra crime, basta que estejam presentes a tipicidade e antijuridicidade ou ilicitude. A culpabilidade e punibilidade seriam fases pós-crime, o que é discutível, mas não cabe aqui maior aprofundamento.

2 O QUE SIGNIFICA E CONSISTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

É o conjunto de agentes (pessoas jurídicas, serviços e órgãos instituídos) do Estado objetivando realizar a gestão de áreas de uma sociedade, como Segurança, Educação, Saúde etc., e, portanto, trabalhando em prol do povo.

Quem trabalha na administração pública tem enorme responsabilidade para com a sociedade, devendo atuar com transparência e de acordo com as normas legais. Quando esse incorre em uma prática ilegal contra os princípios da Administração Pública, o funcionário poderá ser processado e julgado por crimes e, se for o caso, também por improbidade administrativa, conforme a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, além de perder o cargo e indenizar os prejuízos que causar.

A administração pública brasileira é regida pelos princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal, a saber, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, entre outros deles decorrentes. É dividida em direta e indireta:

direta, quando desempenhada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios e seus órgãos (Ministérios ou Secretarias), órgãos esses que não ostentam personalidade jurídica própria, cujas despesas inerentes à administração estão previstas nos orçamentos públicos; indireta, quando há transferência de atribuições pelo Estado a outras pessoas jurídicas, quais sejam autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, além de outros organismos privados que recebem subvenções do Poder Público.

3 O QUE SIGNIFICA FUNCIONÁRIO PÚBLICO? O CONCEITO NO ÂMBITO PENAL

O art. 327 e seu § 1º, do Código Penal, tratam do funcionário brasileiro, enquanto que art. 337-D e seu parágrafo único tratam do funcionário público estrangeiro. Após a Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, foram introduzidos em nosso Código Penal os crimes previstos nos arts. 337-B a 337-D, praticados por particular contra a Administração Pública Estrangeira.

Com efeito, devemos considerar também a Administração Pública Estrangeira como protegida, no Brasil, pela prática de crimes contra ela praticados, considerando funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, conforme art. 337-D, do Código Penal, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades paraestatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro.

E, no parágrafo único do mesmo artigo, consta que se equipara a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas diretamente ou indiretamente pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

O funcionário público brasileiro, assim definido e equiparado no art. 327 do Código Penal, à semelhança do que prevê o art. 337-D, para o estrangeiro, pode ser autor de qualquer crime, *seja comum, ocasionalmente funcional ou tecnicamente funcional*.

Na visão da própria Constituição Federal de 1988, art. 37, II, os cargos a serem exercidos pelos funcionários públicos não de ser providos por meio da competência do candidato, submetendo-se a rigoroso concurso público, de provas ou de provas e títulos e, especificamente para Juiz, de provas e títulos (art. 93, I), para não dever nada seu a ninguém, mormente no primeiro grau do Poder Judiciário, órgão que dá a última palavra sobre os destinos de um povo.

Excepcionalmente, todavia, o ingresso no serviço público é dado sem esse critério de comprovada competência/mérito, mas sim mediante indicação, como ocorre nos cargos em comissão (art. 37 da Constituição Federal) e dos ministros dos Tribunais Judiciais brasileiros.

Em nosso livro *Juizados federais virtuais cíveis* consta a abordagem do tema "O aspecto penal do descumprimento às decisões judiciais de natureza

mandamental”, em que é demonstrada a dificuldade para determinar a correta tipificação desse crime, seja no art. 330 ou no art. 319, ambos do nosso Código Penal.

Somente em face do art. 26 da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, que uma nova dimensão foi dada ao mandado de segurança, tanto individual como coletivo, em que, finalmente, a tipificação resultou clara no art. 330 do Código Penal, conforme nosso entendimento (MACHADO, 2009).

Registre-se, em face do princípio da especialidade, que no caso do art. 101 da Lei 10.741/2003, é crime deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida nas ações em que o idoso for parte ou interveniente.

Portanto, ressalvada a situação do idoso, somente quanto ao descumprimento de ordem expedida em “*writ*” é que o tipo penal passou a ser o do art. 330, do Código Penal, próprio de particular, ficando as demais hipóteses enquadradas no art. 319 do referido Código.

4 OS DIVERSOS CRIMES PRATICADOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E ESTRANGEIRA

Contra a Administração Pública Brasileira temos, no Código Penal, a definição de vários crimes, a saber:

- a) os crimes praticados por particular (arts. 328 a 337-A);
- b) os praticados pelos funcionários públicos (arts. 312 ao 326);
- c) contra a Administração da Justiça (arts. 338 ao 359);
- d) contra as Finanças Públicas (arts. 359- A ao 359-H), em face da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº101/2000.

No art. 3º, da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, constam os crimes semelhantes aos previstos pelo Código Penal, sendo eles, corrupção passiva, concussão, extravio de livro oficial, processo fiscal e advocacia administrativa e que, pelo princípio da especialidade, quando envolverem tributos, afasta-se a incidência do Código Penal para se aplicar essa Lei Especial.

E contra a Administração Pública Estrangeira, já vimos que estão tipificados nos arts. 337-B a 337-C.

Em nosso livro *Crimes funcionais comuns*, dizemos que **crimes funcionais comuns** são aqueles que só podem ser praticados, como autor, por servidor público, embora um particular possa ser coautor deles ou partícipe e, quando praticados por **agentes políticos**, são denominados de **crimes de responsabilidade**, vale dizer, aqueles praticados pelos Chefes dos Poderes Executivo Federal, Estadual e Municipal, Ministros do Estado, do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República e Secretários de Estado, previstos na Lei 1.079, de 10.04.1950, que regula o *impeachment*, a ser aplicado como penalidade político-administrativa, sem prejuízo da ação penal, e no Dec.-Lei 201, de 27 de fevereiro de 1967, para os Prefeitos

Crimes não funcionais são aqueles em que o funcionário, ao praticá-los, se utiliza de algum modo do cargo ou da função pública ou dele se vale, como os previstos pelo Código Penal (art. 150, §§ 1.º e 2.º, falsificação de documentos do art. 297, § 1.º; art. 289, § 3.º, art. 290, parágrafo único, arts. 295 e 296, § 2.º), e que também poderá perder o cargo ou a função em caso de condenação criminal (art. 92, I, “a”, do Código Penal).

5 O ATO DE OFÍCIO NA CORRUPÇÃO PASSIVA NO JULGAMENTO DO COLLOR DE MELO, NO “MENSALÃO” E NO FUTURO “PETROLÃO”, ENTRE OUTROS

Não podemos deixar de registrar o ocorrido no histórico julgamento do ex-presidente Fernando Collor de Melo, o “caçador de marajás” perante o Supremo Tribunal Federal (AP 307-3/DF, DJ 13.10.1995, p. 34247, Ementário 1804-11/2104, RTJ 162-01/3), oportunidade em que foi debatida a polêmica questão da indispensabilidade ou não da chamada prática do ato de ofício também no caput do art. 317 do Código Penal, tipo penal chamado de menos grave, embora legalmente, na redação do Código Penal brasileiro, tal exigência só conste em seu § 1.º, chamado de tipo mais grave.

No referido julgamento, o ex-Ministro Sepúlveda Pertence foi o único que, com a devida vênia, divergindo dos demais ministros após fazer um minucioso levantamento de nossa legislação penal, desde a época do Império, e

também explorando os Códigos Penais de vários países, votou com bastante coerência pela condenação de Collor de Melo, mostrando que, para a consumação do chamado tipo simples (caput do art. 317 do Código Penal), não é indispensável a chamada prática do ato de ofício, eis que o § 1.º é mero exaurimento e, portanto, majoração do crime *in verbis*:

A questão é saber se o tipo exige, ou não, no seu elemento subjetivo específico, a predeterminação de um ato de ofício, como contraprestação da vantagem indevida, solicitada ou recebida pelo funcionário público.

Salvo num dos episódios já aqui se observou repetidas vezes, o da nomeação do Sr. Marcelo Ribeiro para a Secretaria Nacional dos Transportes é fato que as duas outras imputações concretas não identificam que ato, da competência do Presidente da República, se teria em vista com a vantagem que se pretende teria sido dada ou prometida. Por isso mesmo cuidei da questão, quando do recebimento da denúncia que deu origem a este processo, no Inquérito 705. [...]

[...] Disse então:

3. Imputa-se corrupção passiva em co-autoria a três dos denunciados, e as suas respostas expõem, com grande brilho, duas objeções à tipicidade, em tese, da imputação: a primeira, a falta de identificação, de determinação, do ato de ofício, de competência do Presidente da República, que tivesse sido a contraprestação oferecida ou objetivada pela corrupção; a segunda, a ausência de identificação ou, mesmo, de denúncia do eventual ou eventuais corruptores ativos.

4. A autoridade de seus subscritores, a inteligência e a elegância com que deduzidas as duas objeções impressionam, malgrado o brilho da réplica que lhes opôs o Sr. Procurador-Geral da República.

5. Ao final, porém, das reflexões que a polêmica me suscitou, vejo que, para mim, são ambas, com todas as vênias, fruto remoto do insistente complexo colonial, que às vezes ainda assalta os nossos melhores juristas e os leva a começarem a resposta a um problema de direito positivo brasileiro, não pela análise da lei positiva brasileira, mas da doutrina estrangeira; do que resulta, com freqüência, a importação, como verdades universais, do que, na doutrina estrangeira, não é mais do que o corolário inafastável da letra inequívoca das normas positivas estrangeiras em torno das quais giram as obras doutrinárias.

6. Assim, Sr. Presidente, considero irrespondível, em sua subs-

tância, sem me comprometer com alguns pormenores do raciocínio, a demonstração da Procuradoria-Geral da República, na réplica às defesas, de que a exigência, no caso, da identificação precisa do ato de ofício presidencial, oferecido ou esperado como contraprestação da vantagem econômica solicitada, oferecida ou recebida, parte do transplante de comentários adequados à lei penal italiana e à grande maioria das legislações penais estrangeiras, mas, *data vênia*, inadequadas à lei brasileira.

7. Bastaria, para tanto, demonstração gráfica, contida na réplica, da diferença substancial entre o art. 317, *caput*, do Código Penal brasileiro e o art. 318 do Código Penal italiano.

8. Define a lei brasileira: art. 317 (corrupção passiva) solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem [...].

9. Incrimina o Código Penal outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou italiano: “art. 318 (corruzione per un atto di ufficio) – il pubblico ufficiale, che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per se o per un terzo, in denaro o altra utilità, una retribuzione che non gli dovuta o ne accetta la promessa [...]”.

10. A diferença de textos – solicitar, receber ou aceitar promessa, em razão da função, no Brasil – ou – receber ou aceitar promessa para praticar um ato do seu ofício, na Itália – é de eloquência indisfarçável.

11. Impressiona de logo, com efeito, que a fórmula brasileira é singular, quase solitária, no Direito comparado. Tive a pachorra, hoje, de ler e anotar os tipos correspondentes de todos os códigos europeus reunidos na conhecida coletânea “Les Codes Pénaux Européens”, publicada em 1971, sob a direção de Marc Ancel, pelo Centre Français de Droit Comparé: a imensa maioria, a exemplo do referido art. 318 do Código italiano, põe expressamente como objeto da corrupção ativa um ato de ofício do agente público envolvido. Apenas para documentar, na mencionada versão francesa: Alemanha (§ 331: “pour exécuter un acte ressortissant de sa compétence”); Áustria (§ 104: “bien qu’exerçant sa fonction dans l’ordre de ses devoirs, mais pour l’exercer”); Bélgica (art. 104: “pour faire un acte de sa fonction ou de son emploi”); Espanha (arts. 385 e 386: “exécuter un acte relatif à l’exercice de ses fonctions”); Finlândia (cap. XL, § 1.º: “pour un acte de sa fonction”); França (art. 177, § 1.º: “faire ou s’abstenir de faire (un acte de ses fonctions)”); § 2.º: “rendre une décision ou donner une opinion”); Grécia (arts. 235 e 236: “un acte entrant dans ses fonctions”); Liechtenstein (art. 105:

“bien qu’exerçant dans l’ordre de ses devoirs mais, pour l’exercer”); Luxemburgo (art. 246: “pour faire un acte de sa fonction ou de son emploi même juste”); Mônaco (art. 141: idêntico a Luxemburgo); Noruega (art. 112: “pour l’exécution ou l’abstention d’un acte relevant de ses fonctions”); Holanda (art. 362: “pour l’engager à faire ou à ne pas faire un acte et sa fonction”); (art. 318: “afin d’accomplir un acte de sa fonction”; atualmente l Código de 1982, art. 422: “para praticar acto não contrário aos deveres do seu cargo”); Romênia (art. 254: “d’un acte concernant ses devoirs de service, ou [...] devoirs”); Suécia (cap. XX, art. 2: “pour un acte de ses fonctions”); Suíça (art. 315: “un acte impliquant une violation des devoirs de leur charge”; art. 316: “un acte non contraire à leurs devoirs e rentrant dans leurs fonctions”); Turquia (art. 211: “pour exécuter ou ne pas exécuter les actes qu’ils sont tenues de faire légalement ou réglementairement”); União Soviética (art. 173: “un acte quelconque que le fonctionnaire était tenu d’accomplir ou pouvait en utilisant sa situation de fonctionN”). Elas por elas, em todas essas fórmulas legais, a mesma exigência típica de um ato ou abstenção funcional, determinados e compreendidos nas funções específicas do agente, como contraprestação da vantagem solicitada, recebida ou aceita pelo funcionário.

12. Em contraposição, Sr. Presidente, são pouquíssimas as variações da fórmula quase universal, que centra o objeto da corrupção na omissão ou prática de determinado ato de ofício.

13. Nos Códigos da Dinamarca (art. 144) e da Groenlândia (art. 27), o que se exige é apenas que o funcionário receba, exija ou aceite promessa de vantagem: “dans l’exercice d’une fonction ou d’une mission publique”; na Islândia (art. 128) “dans l’exercice de ses fonctions”; na Polônia (art. 290), que a aceitação se dê a “l’occasion de l’exercice de ses fonctions”; mais próximo do Brasil, o Código Tcheco (art. 160) “celui qui, en connexion avec la gestion des affaires d’intérêt général, aura accepté ou se sera fait promettre un présent donné en vue de corruption”. [...]

14. *É inegável que, entre essas duas correntes, o Código brasileiro optou pela segunda, a minoritária, que não exige que a contraprestação do funcionário à vantagem cogitada seja um ato de ofício predeterminado, mas, somente, que haja uma relação genética, uma relação de causa e efeito entre a função do agente e o ato de corrupção visado, auferido ou prometido: ainda que não haja originariamente, no momento da oferta, do recebimento ou da solicitação, conexão com um ato específico, com um ato determinado a praticar. A diferença é extremamente significativa. Não é – data venia da brilhante réplica da*

Procuradoria-Geral da República – que a diferença se situe em exigir ou não a prática do ato. Está, sim, na necessidade ou não de que a dação, a oferta, a contratação, a solicitação tenham por objeto um ato da competência específica, restrita, do funcionário corrompido. É claro que, na corrupção de contínuos, de mensageiros, a diferença prática é insignificante; é óbvio que no âmbito do funcionário subalterno, o que se compra, o que se pretende comprar, o que se oferece é um ato específico. Mas o mesmo não ocorre, quando se trata de altos dignitários, sobretudo na área fértil de oportunidades de corrupção, que é a da intervenção do Estado no domínio econômico; Presidente da República estou falando só em tese – Presidente da República não celebra contratos pelo BNDES, nem pela Caixa Econômica; o Presidente da República não põe em pauta projetos da SUDENE, nem os retira; o Presidente da República não dá licença de importação [...] grifos não constantes do original.

15. Parece indubitável, Sr. Presidente – até como homenagem devida a esse monumento de técnica legislativa, que é o Código Penal de 40 –, que o legislador brasileiro conhecia, de sobra, a impressionante uniformidade da grande maioria das legislações penais estrangeiras.

16. E sem prejuízo de minha admiração intelectual ao estimado companheiro de tantas batalhas, que é o Dr. Evaristo de Moraes, não creio que o Código haja optado por diferença tão significativa na descrição uma questão de elegância de linguagem.

17. Há mais, Sr. Presidente, o legislador brasileiro do Código de 40, ainda que não conhecesse uma só lei penal estrangeira, certamente não ignoraria os próprios antecedentes legislativos do Brasil. E aqui, afóra o Título LXXI do temível Livro V das Ordenações Filipinas – onde a caracterização – da peita se contentava com o recebimento de quaisquer dádivas ou presentes, que não fosse o recebimento, de parentes e amigos íntimos, de “pão, vinho, carne, frutas, e outras cousas de comer, que entre os parentes e amigos se costumam dar” – afóra as Ordenações, repito, as leis penais brasileiras que vigeram antes do Código de 40, todas elas, seguiram a trilha da quase unanimidade das legislações penais estrangeiras, a que me referi. Sempre o objeto da corrupção era a prática ou omissão de ato de ofício.

18. Código Criminal do Império: “Art. 130. Receber dinheiro ou outro algum donativo, ou aceitar promessas directa ou indirectamente para praticar ou deixar de praticar algum acto de offlcio contra ou segundo a lei”.

19. Código Penal de 1890: “Art. 214. Receber para si, ou para outrem, directamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou

outra utilidade, retribuição que não seja devida; aceitar, directa ou indirectamente, promessa, dádiva ou recompensa para praticar ou deixar de praticar um acto do officio, ou cargo, embora de conformidade com a lei”.

20. Redação que subsiste no art. 240 da Consolidação das Leis Penais de 1932.

21. Não posso, assim, ignorar a ruptura do art. 317 do C. Penal de 1940, a um só tempo, com a quase unanimidade do direito comparado e com todos os antecedentes legislativos brasileiros, e continuar a reclamar, na interpretação da lei vigente, para caracterização da corrupção passiva, a predeterminação do ato de officio visado, como se nada se tivesse alterado no direito positivo brasileiro a aplicar.

Passava, eu, então, a tratar da segunda questão que perdeu relevo na discussão, neste momento.

Essas modestas reflexões, que tracei improviso, quando do recebimento da denúncia, receberam agora do eminente Relator e, particularmente, do eminente Revisor, que as transcreveu em seu voto, honrosa, mas vigorosa e enérgica réplica. Citaram-se, desde todos os juristas nativos ao grande Eugénio Raul Zaffaroni, em parecer emitido a pedido da defesa do ex-Presidente da República. Refleti muito, desde a leitura dos memoriais e dos pareceres oferecidos, de mente completamente aberta, sobre os argumentos que me foram trazidos em contrário à colocação por mim feita no julgamento liminar.

Não obstante, Sr. Presidente, não tenho alternativa senão reafirmá-la.

A posição da doutrina nacional, que ousei contrariar, eu já a reconhecera lisamente, quando do voto anterior. Mas, apesar do respeito a tão eminentes mestres, a partir do maior deles, Nelson Hungria, não me logrei desprender da clareza ofuscante da dicção do tipo legal. Ao invés de aludir, como a quase unanimidade das legislações estrangeiras, e como diziam todas as antigas legislações penais brasileiras, a que a vantagem indevida tivesse por objeto a “prática de ato de officio” ou expressão semelhante, só reclama o Código brasileiro que ela seja solicitada, recebida ou prometida, em razão da função. A alteração repisar é da maior eloquência, permitam-me. Mas, além dos argumentos de autoridade, um bem lançado parecer do Professor Julio e Renato Fabbrini tem sido trazido repetidamente como crítica arrasadora à minha posição. Não a tenho à mão no momento, mas creio que os Srs. Ministros estarão lembrados da sua repetida leitura. Parte o argumento fundamental do Professor Mirabete do cotejo entre os três tipos contidos no art. 317: o tipo básico, da corrup-

ção passiva simples – corrupção imprópria, na medida em que é indiferente a licitude, ou não, do comportamento visado – e os dos dois parágrafos. No parágrafo *primeiro*, a incriminação da chamada corrupção própria – já não o crime formal ou de consumação antecipada do *caput*, mas o crime material, qualificado pela prática, não apenas do ato ou omissão visado, mas pela prática do ato visado em contrário à determinação legal ou a omissão do ato devido.

E, no § 2.º, do mesmo art. 317, o que se tem chamado de tipo privilegiado da corrupção: “Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração do dever funcional, cedendo a pedido ou por influência de outrem”.

Argumenta-se, então, a partir de uma premissa: a de que tudo o que se contém no tipo simples estaria necessariamente contido no tipo qualificado ou no privilegiado. Nesses últimos, haveria apenas um *plus*, uma circunstância que se soma ao tipo simples, seja para exacerbar a sua gravidade, seja para diminuí-la e teremos, então, na primeira hipótese, o tipo qualificado e, na segunda, o tipo privilegiado.

Muitas vezes realmente é assim: homicídio simples é matar alguém; homicídio privilegiado é também matar alguém, mas se dá relevo, por exemplo, ao motivo de relevante valor social ou moral: o tipo base está, assim, compreendido no tipo privilegiado. Também nos vários tipos de homicídio qualificado, o núcleo é sempre o matar alguém do tipo simples: mas, por exemplo, se o motivo é torpe, ou se se emprega veneno, explosivo ou outro meio cruel, tem-se, com a adição dessa outra circunstância típica, um outro crime, qualificado, que, no entanto, tem por base a realização do tipo simples.

Mas, *data venia*, particularmente no art. 317, a universalidade desse pretendido axioma é desmentida. Ou, então, não se tem nos parágrafos do art. 317 – e isso é que me parece mais provável nem verdadeiro tipo qualificado nem um verdadeiro tipo privilegiado.

Com efeito, o que é o elemento característico básico, nuclear, da corrupção passiva? É a vantagem indevida; é “a venda da função pública”, como aqui já se disse repetidas vezes. Ora, que se tem na dita corrupção privilegiada, Srs. Ministros? O que se tem no chamado tipo privilegiado de corrupção, art. 317, § 2.º, é uma corrupção sem corrupção, porque nele sequer se cogita de vantagem indevida. Esse elemento nuclear do tipo simples é trocado ali por coisa inteiramente diversa: agir ou omitir-se, com infração de dever funcional, para atender pedido ou cedendo a influência de outrem. O que se tem, aí, na verdade, é algo muito

mais próximo da prevaricação do que da corrupção. Apenas se distingue da prevaricação pela intervenção de um terceiro, que pede ou exerce influência sobre o funcionário para determiná-lo a praticar determinada ação ou omitir-se dela contra o seu dever funcional. Cai por terra, assim, o axioma enunciado como verdade universal, da qual resultaria a consequência de ir buscar nos parágrafos um elemento que não está no *caput* e fazê-la penetrar no tipo simples, à base da premissa de que, se está no tipo qualificado ou no privilegiado, não pode deixar de estar no tipo simples. O paralogismo, com todas as vênias, é evidente. Ora, Sr. Presidente, o que é "em razão da função"? Felizmente, Zaffaroni trouxe a discussão para bem mais perto do que a Islândia – tão ironizada nos comentários a meu voto trouxe-a para o Direito espanhol e nele partiu de conhecida figura penal, da qual já se ocupava o notável Carrara (*Programma*, 1875, v. V/116, § 2552): anotou-o com efeito, mestre de Pisa, embora criticando a solução legislativa, que alguns códigos contemplaram expressamente o caso da doação feita ao funcionário, "non como premio esplicito di uo atto del suo ufficio", "ma in genere per cattivarsi il favore". E, prossegue, "lo hanno descritto con la fórmula" "regali fatti inragione dell'ufficio".

Por conseguinte, desde Carrara, "em razão do ofício" implícito exatamente a não exigência de uma predeterminação de um ato de ofício prometido ou visado.

E é também o que recorda o parecer de Zaffaroni, ao mostrar que, "no Direito espanhol e nas suas derivações ibero-americanas, esta razão do ofício", significava efetivamente coisa diversa da exigência típica de que a vantagem convencionalizada visasse à prática de um ato de ofício previamente acertado.

Recusa-se, no entanto, o renomado tratadista argentino a admitir que o mesmo ocorra no tipo brasileiro atual, porque não haveria explicação histórica para a adoção, no Brasil, da criação hispânica. Desnecessário dizer o respeito que merece, de todos os estudiosos ou simples curiosos, como sou eu, do Direito Penal, esta figura notabilíssima do penalista contemporâneo Eugenio Zaffaroni. Mas, *data venia*, o que não se explica é negar-se a ver e a ler a mudança radical da lei brasileira, não só em relação ao Direito comparado, mas em relação aos seus antecedentes legislativos próprios.

E não me convenci também que a explicasse outra inovação do Código pátria que é a incriminação da corrupção ocorrida quando o funcionário esteja fora da função ou antes de assumi-la. É manifesto, e a lógica do tipo o reclama, que, embora o agente não esteja exercendo a função naquele momento, haja

uma função determinada de que seja ocupante e de que esteja afastado ou que deva vir a ocupar. E, se há um cargo ou função determinados, é manifesto que há uma órbita de competência definida, e, conseqüentemente, não haveria nenhuma incompatibilidade, nenhuma impossibilidade de reclamar-se, como a lei anterior reclamava, a predeterminação de um ato daquela função da qual esteja afastado o funcionário ou daquela função que o funcionário virá a ocupar, porque já nomeado ou eleito. Se se contentou a lei com a cláusula “em razão da função”, é que efetivamente se entendeu de ampliar a moldura da figura típica do *caput* do art. 317 de nosso Código.

Outro argumento que causou impacto, extraído do parecer de Zaffaroni, é o de que, então, o tipo brasileiro seria mais rigoroso que o do sangrento Livro V das Ordenações Filipinas. “Est modus in rebus.” O tipo brandamente punido das Ordenações Filipinas não reclama conexão alguma com o cargo; consumava-se com o simples recebimento da dádiva pelo funcionário.

Reclamam-na sim, ao contrário, os antecedentes espanhóis e o art. 259 do atual Código argentino. O art. 317, como o entendo, para usar da expressão de Hungria, pune a venalidade em torno da função pública; a dádiva ou a promessa da vantagem são feitas na expectativa de uma conduta própria do ocupante da função pública, que pode ser, e frequentemente será, um ato de ofício determinado; mas não necessariamente esse ato de ofício determinado, de modo que a incriminação alcance também a vantagem solicitada ou recebida com vistas a provocar uma conduta ativa ou omissiva do funcionário, desde que na esfera de um poder de fato derivado da sua função e, por isso, em razão dela.

Este é o tipo do atual art. 259 do Código argentino, que pune: “el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo”.

Diz-se: mas, lá, na Argentina, a pena desse crime menor é reduzida em relação à do *cohecho*, que é a corrupção passiva, esta expressamente vinculada à previsão de um ato de ofício.

Data venia, o argumento, em si mesmo, é de menor impacto. Não é um argumento decisivo, sobretudo se se leva em conta a amplitude da escala penal do art. 317, no nosso Código, que vai de um a oito anos de reclusão, de tal modo a ampliar o tipo e deixar a avaliação em concreto da sua gravidade para o exame do caso concreto.

Ponderei, no voto de recebimento da denúncia, em passagem que li, como a fórmula mais ampla do art. 317, *caput*, ganha

elevo, na responsabilização de altos dignitários públicos, na medida mesma em que, com frequência, nas áreas de atividade governamental mais propícias à corrupção, não é o alto dignitário, não é o Presidente da República – nem mesmo o Ministro que exerce a tutela administrativa sobre dezenas de grandes empresas estatais –, quem pode praticar normalmente o ato temido ou o ato desejado, objeto da corrupção.

Dir-se-á que o problema se resolve em termos de coautoria: se o Chefe do Governo exerce a sua influência, seu poder de fato sobre o funcionário com competência específica para o ato seria coautor dele.

Nem sempre. Poderá sê-lo, se se tratar da comissão de um fato. Não o será se o que se visa é apenas a omissão pelo Presidente de ordens informais, que poderia emitir, sem praticar qualquer ato de seu ofício: por exemplo, a de “fechar as portas do Governo para determinada empresa”.

Todavia, contrariando o bem fundamentado, histórico e irresponsável voto do Ministro Sepúlveda Pertence, prevaleceu, todavia, naquela Corte, o entendimento segundo o qual, **qualquer que seja a corrupção passiva, “caput do art. 317” ou § 1.º do Código Penal, o crime só existirá se houver prova inequívoca da chamada *prática do ato de seu ofício por parte do funcionário público recompensando o particular corruptor***, conforme voto do relator e ex-Ministro Ilmar Galvão, seguido pelos demais Ministros, o que terminou propiciando a absolvição do Ex-Presidente Collor de Melo, por falta de prova *in verbis*:

O ex-Presidente Fernando Collor, Paulo César Farias e Cláudio Vieira foram acusados pela prática, em concurso de pessoas, do crime de corrupção passiva, previsto no art. 317, *caput*, do Código Penal.

Preceitua o referido dispositivo:

Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. (BRASIL, 1940, art. 317).

Como se vê, consiste a conduta típica do ilícito em o funcionário público solicitar ou receber a vantagem ou aceitar a promessa de receber.

Trata-se, portanto, de crime de ação múltipla, já que o tipo refere três

modalidades de conduta (DAMÁSIO DE JESUS, 1985), cada uma delas configuradora do ilícito, apresentando a particularidade de que somente a primeira se realiza de modo unissubjetivo, exigindo as outras duas receber a vantagem e aceitar a promessa – o concurso necessário de, pelo menos, duas pessoas, não obstante a segunda deva responder, não pelo mesmo crime, como preconizado no art. 29 do Código Penal, mas por crime diverso, no caso, o de corrupção ativa.

Com efeito, segundo o magistério da doutrina, “das modalidades de corrupção passiva previstas em lei, ao menos duas, receber e aceitar, importam a bilateralidade da conduta” (COSTA JR., 1989, p. 470).

Se assim é, parece indubitável que, em se tratando de qualquer dessas hipóteses em que a corrupção passiva ocorre mediante o concurso de pessoas, haveria a imposição do *simultaneus procesus*, reunindo os crimes de corrupção passiva e de corrupção ativa, na forma prevista no art. 79 do Código de Processo Penal.

Obviamente, o princípio da unidade do processo não tem caráter absoluto, já que comporta as exceções previstas nos incs. I e II e §§ 1.º e 2.º, do referido dispositivo processual. Ademais, atribuiu o legislador, ao juiz, no art. 80 do mesmo diploma normativo, parte final, a faculdade de deixar de aplicá-lo, em face de excessivo número de acusados ou por outro motivo relevante que recomende processamento em separado.

De considerar-se, entretanto, que, afora as exceções de caráter objetivo contempladas nos incisos e parágrafos do art. 79, a que se poderia acrescentar a impossibilidade de identificação do agente corruptor, as demais foram postas não a *critério* do órgão acusador, mas do juiz.

Acontece que, em nosso sistema jurídico, o Ministério Público é o *dominus litis*, função que, perante o Supremo Tribunal Federal, é exercida de modo soberano pelo Procurador-Geral da República, resultando irremediavelmente, por isso, na eventual inobservância do princípio da indivisibilidade da ação penal nas denúncias por ele oferecidas.

Daf haver à jurisprudência desta Corte consagrado a orientação segundo a qual o princípio da indivisibilidade não se aplica à ação penal pública, podendo a denúncia ser aditada até a sentença final, para fim de inclusão de novos réus (cf. Inq. 392, Ministro Celso de Mello, HC 69.038, Ministro Moreira Alves, HC 68.730, Ministro Paulo Brossard, HC 68.449, Ministro Carlos Velloso etc.).

De assinalar-se, por fim, que para verificar o crime de corrupção passiva, não basta que a solicitação, recebimento ou aceitação da promessa de vantagem se faça pelo funcionário público em razão do exercício da função, ainda que fora dela ou antes de seu início. Indispensável se torna a existência de nexos de causalidade entre a conduta do funcionário e a realização de ato funcional de sua competência. Não obstante a opinião sustentada, o julgamento da admissibilidade da denúncia, com o brilho e a inteligência de sempre, pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence de que

a existência, no caso, da identificação precisa do ato de ofício presidencial, oferecido ou esperado como contraprestação da vantagem econômica solicitada, oferecida ou recebida, parte do transplante de comentários adequados à lei penal italiana e à grande maioria das legislações penais estrangeiras, mas, *data venia*, inadequadas à lei brasileira (informação verbal). A doutrina e a jurisprudência pátrias nunca discreparam, e não discrepam, do entendimento de que a consumação do delito de corrupção passiva, se, de uma parte, prescinde da efetiva realização do ato funcional correspondente, de outra, exige que a prática ou omissão deste tenha sido a causa da solicitação, do recebimento ou da aceitação da vantagem ou da promessa de vantagem indevida.

É, com efeito, de Nélson Hungria, a lição – ditada com a autoridade que lhe confere não apenas a condição de um de nossos maiores penalistas, mas também a de ter integrado comissão elaboradora do nosso Código Penal – de que, *in verbis*:

A corrupção (*corruption, bribery, Bestechung, coecheo, corruzione*), no seu tipo central, é a venalidade em torno da função pública, denominando-se passiva quando se tem em vista a conduta do funcionário corrompido, e ativa quando se considera a atuação do corruptor (HUNGRIA, 1959, p. 365).

Realmente, somente assim é que se compreende, no contexto do tipo fundamental, a inserção, como modalidade delitiva, da solicitação ou recebimento de vantagem indevida ‘ainda que fora da função ou antes de assumi-la’. Nessa última hipótese, é óbvio, não pode o corruptor passivo praticar ato funcional algum, mas pode, em razão do futuro retorno de sua próxima

ocupação, empenhar a sua realização, como forma de garantir a vantagem indevida. É que, do direito brasileiro, se excluiu a hipótese de punição, a título de corrupção passiva, das dádivas solicitadas ou recebidas, ou oferecidas e prometidas, assentando-se a corrupção, de modo real ou virtual, na existência de duas prestações recíprocas, a comporem um pseudossinalagma, que, no dizer do penalista luso Antonio Manuel de Almeida Costa, constitui o apanágio do suborno e consubstancia a lesão efetiva da 'autonomia intencional' do Estado, como bem jurídico tutelado pela norma que o sanciona.

Conforme mostrou o eminente Raul Zaffaroni, no parecer que, sobre o tema, preparou para a defesa, existe uma corrente ibérica que se separou do resto da tradição clássica, majoritária, tradicional ou romana, que tipifica expressamente uma figura de aceitação de dádivas ou de presentes sem vinculação com ato ou omissão alguma do funcionário, que vulnera bem jurídico diverso, seja a irreprochabilidade do funcionário ou a imagem ou credibilidade da administração, inexistindo qualquer razão histórica para pensar que nosso Código de 1940 seguiu o exemplo espanhol, o que levaria a ter de admitir que, nesse caso, o Código brasileiro pune a aceitação da dádiva de modo muito mais grave do que o Código filipino, o qual, não obstante tivesse a fama de sangrento, se contentava com pena de multa.

Por assim não entender é que Heleno Fragoso (1980, p. 438), que o crime de corrupção passiva "está na perspectiva de um ato de ofício, que à acusação cabe apontar na denúncia e demonstrar no curso do processo", sendo indispensável que o agente tenha consciência de que recebe ou aceita retribuição por um ato funcional que já praticou ou deve praticar".

O professor Julio Fabbrini Mirabete, no lúcido parecer trazido aos autos pela defesa do primeiro acusado, afasta qualquer dúvida acerca da essencialidade, no crime do art. 317, *caput*, de que a vantagem indevida, solicitada, recebida ou prometida esteja relacionada a um ato de ofício de competência do servidor público.

O ilustre penalista demonstra ser essa a opinião unânime de nossa doutrina, trazendo à colação lições, entre outros, de Magalhães Noronha, Bento de Faria, Helena Cláudio Fragoso, Néelson Hungria, Celso Delmanto, Paulo José da Costa Júnior e Damásio de Jesus.

No seu entender, *in verbis* (fls. 10.643/45, vol. 38):

A falta de menção expressa ao "ato de ofício" no *caput* do artigo

317, do Código Penal, que a ele só se refere nos parágrafos 1.º e 2.º, não exclui a imprescindibilidade da relação entre a conduta do agente e o ato funcional. É o que se conclui ao examinar-se, no conjunto, o crime de corrupção passiva tal como tipificado no Estatuto. O objetivo do legislador, ao elaborar tipos diversos no art. 317, foi o de diferenciar condutas diversas mais ou menos graves, sanções penais proporcionais de relevância penal de cada fato. Assim, estabeleceu, no parágrafo 1.º, um tipo em que a sanção penal é a mais severa porque o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

Tal crime de corrupção passiva qualificada é conhecido como ‘corrupção própria’ como assinalam Heleno Fragoso (op. cit.), E. Magalhães Noronha (op. cit.), Celso Delmanto (1986) e Damásio E. de Jesus (1989). O dano causado pelo agente é mais relevante penalmente porque, ou o ato que deveria ser praticado não o foi, ou foi retardado, ou foi praticado em desacordo com as determinações legais. Também previu a lei uma figura menos grave, no parágrafo 2.º em que o agente retarda ou deixa de praticar ato de ofício, com infração do dever funcional, não motivado por vantagem indevida, mas simplesmente por atender o pedido de *extraneus*. Trata-se, nesse caso por ser pacífico, de corrupção passiva privilegiada (cf. FRAGOSO, op. cit.; NORONHA, op. cit.; e outros). No *caput* do dispositivo a lei estabelece a figura básica, fundamental, da corrupção passiva, menos relevante que a forma qualificada e mais grave do que a forma privilegiada.

Ora, afronta a lógica que a lei preveja, no fato mais grave e no fato menos grave, a necessidade de relação da conduta com um ato de ofício e o dispense quando trata da espécie intermediária, ou seja, da corrupção passiva simples, ou, em outros termos, que seja ele indispensável no crime qualificado e no ilícito privilegiado e não no tipo básico. É sabido que as formas qualificadas e privilegiadas de um delito devem ser interpretadas em função da forma simples do ilícito. Nas primeiras há circunstâncias qualificadoras que revelam um fato mais grave que a forma básica, sendo necessária a cominação de pena mais severa; nas segundas, há causas de diminuição de pena, para um fato menos relevante que a forma simples. Os elementos básicos das infrações: simples, qualificada ou privilegiada são os mesmos e, no caso, o ato de ofício está contido implicitamente na descrição do art. 317, *caput*, do Código Penal, que tipifica a forma básica, como nas formas qualificada e privilegiada, em que

a menção ao ato funcional é expressa.

Recorrendo à interpretação histórica, o parecerista invoca o testemunho de Néelson Hungria, segundo o qual, o legislador pátrio, quanto ao delito em referência, “inspirou-se no Código Suíço, a que vieram também aderir à lei francesa de 08.02.1945, e o Código Espanhol de 1944 aduzindo, verbis (fls. 10.646/47):

E o Código suíço prevê exatamente as formas simples e qualificada da corrupção passiva, em tipos diversos, atendendo nesta última a maior gravidade do fato por ter o agente, omitido ou retardado o fato ou tê-lo praticado infringindo o dever funcional. Assim, no art. 316 prevê a corrupção do funcionário que, para realizar um ato não contrário a seus ‘deveres e de acordo com suas funções (‘pour procéder à un acte non contraire à leurs devoirs et rentrant dans leurs fonctions’) solicita ou aceita a vantagem indevida (corrupção imprópria da qual se originou o art. 317, caput, do Código Penal brasileiro). No art. 315 prevê conduta daquele que para praticar um ato que implique uma violação dos deveres de seu cargo (‘pour faire un acte impliquant une violation des devoirs de leur charge’) solicita ou aceita a vantagem indevida (corrupção **própria**, da qual se originou o art. 317, parágrafo 1.º, do Código Penal brasileiro). No referido código, portanto, é de rigor a relação do fato com o ato de ofício em ambas as hipóteses. (HUNGRIA, 1959, p. 367).

E conclui:

Diante do testemunho do emérito doutrinador, a conclusão só pode ser uma: se o Código suíço foi o modelo em que se inspirou o legislador brasileiro para a definição do crime de corrupção passiva em suas modalidades, não há dúvida de que, na lei pátria, exige-se a relação do fato com ato de ofício do servidor para a caracterização de tal ilícito; mesmo na ação descrita no caput do art. 317 do Código Penal brasileiro. (loc.cit).

Atento, por fim, à divergência que se verifica entre os textos de nosso Código Penal e do Código Penal italiano, no que tange à descrição do crime sob apreciação, igualmente assinalada pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, no douto voto acima mencionado, esclarece, por fim, o eminente professor paulista (fls. 10.650/51):

Explica-se a divergência do tipo penal. Inovando no assunto, a lei pátria faz referência, como sujeito ativo do crime, àquele que está fora de suas funções ou ainda não as assumiu. O legislador nacional, ao incluir tal agente, fez menção expressa à conduta praticada em 'razão' da função pública, entendendo desnecessário que se fizesse referência, com redundância, ao 'ato de ofício'. Na lei italiana a referência ao ato de ofício era de rigor já que a figura penal da corrupção passiva naquela legislação não contempla como sujeito ativo o *extraneus* que está fora da função ou ainda não a está exercendo. Já na lei brasileira, a expressão 'ato de ofício' era desnecessária diante da redação do dispositivo no que se refere ao servidor que não se encontrava no exercício de suas funções.

A jurisprudência não discrepa, valendo transcrever, a respeito, os seguintes acórdãos, que foram compilados por Alberto Silva Franco e outros:

A corrupção passiva exige para sua configuração a 'prática de atos de ofício, dando ensejo ao recebimento de vantagem indevida. E por ato de ofício, consoante uniforme jurisprudência, se entende somente aquele pertinente à função específica do (TJSP, RT 390/100) funcionário'. "Para a configuração do delito do art. 317 do CP, é pressuposto indispensável que o ato praticado seja legal e atinente ao ofício do funcionário" (TJSP, RT 374/164). "Corrupção passiva – Delito funcional – Ausência de ato de ofício definido que pudesse ser omitido mediante suborno – Acusação que não descreve crimes, sequer em tese, passíveis de serem imputados aos pacientes" (TJSP, RJTJSP 24/356-357). "A corrupção passiva somente se perfaz quando fica demonstrado, mesmo através de indícios, que o funcionário procurou alienar ato de ofício" (DFR, DJU 16.12.1982, p. 13.063). (FRANCO; STOCO, 1992, p. 1648).

Acrescente-se, ainda, serem unânimes, entre nós, a doutrina e a jurisprudência, no sentido de que o ato de ofício objeto da transação seja próprio do desempenho da competência pública afeta ao agente.

Essa é a lição do já mencionado mestre Nélson Hungria (op. cit., p. 371):

O ato ou abstenção a que se refere deve ser da competência do *intraneus*, isto é, deve estar compreendido nas suas específicas atribuições funcionais, pois só neste caso pode deparar-se com

um dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração.

No mesmo sentido é o escólio de Bento de Faria: “A sua competência (do funcionário) deve ser apreciada, quer sob o aspecto territorial (circunscrição administrativa onde possa exercer a função), quer genérica ou especificamente”. (FARIA, 1943, p. 515).

De idêntico teor é a doutrina de Paulo José da Costa Jr. (1989).

Nesta trilha decidiu, aliás, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como se colhe desta ementa: “Para a configuração do delito do art. 317 do CP, é pressuposto indispensável que o ato praticado seja legal e atinente ao ofício do funcionário” (RT 374/164).

Assim, para configuração do crime do art. 317 do Código Penal, a atividade visada pelo suborno há de se encontrar abrangida nas atribuições ou na competência do funcionário que a realizou ou se comprometeu a realizá-la, ou que, ao menos, se encontre em uma relação funcional imediata com o desempenho do respectivo cargo, assim acontecendo sempre que a realização do ato subornado caiba no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente.

Que se aplique esse raciocínio aos réus humildes que também venham a ser acusados por corrupção passiva, na modalidade simples (*caput* do art. 317 do Código Penal), sem que tenham recompensado o corruptor ativo com o ato de seu ofício:

AÇÃO CRIMINAL. CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 317, *CAPUT*), CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA (ART. 343), COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344), SUPRESSÃO DE DOCUMENTO (ART. 305) E FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299). PRELIMINARES: INADMISSIBILIDADE DE PROVAS CONSIDERADAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO E INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA OS CRIMES DO ART. 299, A AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM O DE CORRUPÇÃO PASSIVA, QUE DETERMINOU A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO PERANTE ESSA CORTE, POSTO QUE ATRIBUÍDO, ENTRE OUTROS, A PRESIDENTE DA REPÚBLICA.
1. Crimes de corrupção passiva (art. 317, *caput*) atribuídos, em concurso de pessoas, ao primeiro, ao segundo e ao terceiro acusados, e que, segundo a denúncia, estariam configurados em três episódios distintos: solicitação, de parte do primeiro

acusado, por intermédio do segundo, de ajuda, em dinheiro, para a campanha eleitoral de candidato a Deputado Federal; gestões desenvolvidas pelo primeiro acusado, por intermédio do Secretário-Geral da Presidência da República, junto a direção de empresas estatais, com vistas à aprovação de proposta de financiamento de interesse de terceiros; e nomeação do Secretário Nacional dos Transportes em troca de vultosa quantia que teria sido paga por empreiteira de cuja diretoria participava o nomeado, ao segundo acusado, parte da qual teria sido repassada ao primeiro. 1.1 Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de microcomputador, obtidos por meios ilícitos (art. 5.º, LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5.º, X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de microcomputador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degravada ao arpejo da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5.º, X e XI, da CF). 1.2 Improcedência da acusação. Relativamente ao primeiro episódio, em virtude não apenas da inexistência de prova de que a alegada ajuda eleitoral decorreu de solicitação que tenha sido feita direta ou indiretamente, pelo primeiro acusado, mas também por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido. No que concerne ao segundo, pelo duplo motivo de não haver qualquer referência, na degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5.º, X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de microcomputador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degravada ao arpejo da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5.º, X e XI, da CF). 1.2 Improcedência da acusação. Relativamente ao primeiro episódio, em virtude não apenas da inexistência de prova de que a alegada ajuda eleitoral decorreu de solicitação que tenha sido feita direta ou indiretamente, pelo primeiro acusado, mas também por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio como segundo, ao terceiro e ao quarto acusados. 2.1 Improcedência da denúncia referentemente ao crime do art. 343, posto não haver resultado demonstrado haverem os acusados dado, oferecido ou prometido qualquer vantagem às testemunhas apontadas,

nem, tampouco, que lhes houvessem eles sequer induzido a prestação de falso testemunho; ao do art. 344, face à ausência de prova de uso de violência ou de grave ameaça contra as ditas testemunhas, por qualquer dos acusados; e, no que tange ao do art. 305, não apenas por falta de prova da destruição de documentos (recibos de pagamento de aluguel de veículo), mas também da própria existência destes, aliada à circunstância de não serem eles indisponíveis.

3. Crimes de falsificação ideológica (art. 299) de faturas e notas fiscais, atribuídos ao segundo acusado. 3.1 Improcedência da denúncia, nesse ponto, ante a ausência de prova, seja da materialidade, seja da autoria dos delitos.

4. Crimes de falsificação ideológica (art. 299) consistentes na abertura de contas correntes bancárias e movimentação de cheques em nomes fictícios, nas praças de Brasília e de São Paulo, atribuídos, em concurso de pessoas, ao segundo, a sexta, a sétima, ao oitavo e ao nono acusados. 4.1 Inconsistência da tese de haver-se esfumado, com a rejeição da denúncia pelo crime de quadrilha, a razão pela qual os ditos crimes, por efeito de conexão, foram incluídos na denúncia e, em consequência, atraídos para a competência do STF. Liame que, ao revés, está revelado por diversas circunstâncias, avultando a de haverem as mencionadas contas sido utilizadas como meio de viabilizar a transferência, para o primeiro acusado, das vantagens consideradas indevidas, com ocultação de sua origem. 4.2 Autoria comprovada, inclusive por confissão, do segundo acusado, como mentor, e da sétima acusada, como executora, relativamente à falsificação, ocorrida em Brasília e em São Paulo, das contas bancárias e dos cheques enumerados na denúncia; comprovação, por meio de perícia técnica, realizada em juízo, de que o oitavo acusado foi o autor do crime, relativamente à emissão de dois cheques (n. 773.710 e 773.704) e ao endosso de mais quatro (n. 072.170, 072.171, 072.172 e 072.173), do Banco Rural, todos apontados na denúncia; e de que o quinto acusado também o foi, relativamente à abertura das contas correntes n. 01.6173-0 e 01.6187, no Banco Rural. 4.3 Descabimento da pretendida descaracterização dos ilícitos, ao fundamento de ausência de prejuízo, ante a evidência de haverem sido praticados com o manifesto propósito de escamotear a verdade sobre fatos juridicamente relevantes (a existência, a origem e a destinação do dinheiro depositado nas contas abertas em nomes fictícios). 4.4 Desarrazoada, por igual, a alegação de que a sétima acusada agiu à falta de conhecimento potencial quanto à ilicitude dos atos praticados e sob sujeição de poder hierárquico. Primei-

ramente, por haver, ela própria, revelado o conhecimento da ilicitude de sua conduta, com o que afastou a ocorrência de erro de proibição, que se caracteriza pela absoluta inconsciência do injusto. E, em segundo lugar, diante da falta de comprovação de que as instruções recebidas de seu empregador, relativamente às contas fictícias que abriu e movimentou, vieram acompanhadas de ameaça de qualquer natureza; do caráter manifesta e reconhecidamente ilegal dessas instruções; e do fato de não se estar diante de relação hierárquica de direito administrativo, circunstâncias que afastam a segunda excludente.

4.5 Denúncia declarada improcedente, relativamente: a) ao nono acusado, por insuficiência da prova de haver falsificado os cheques n. 419.567 e 696.811, do Banco Rural; b) a sexta acusada, a ausência de prova de haver sido ela autora da falsificação do cheque n. 443.414, do Banco Rural, e da abertura da conta de depósito n. 01.6101-2, e por insuficiência de prova de ter falsificado os cheques n. 412.672, 412.674 e 412.679, do Banco Rural; e c) ao quinto acusado, por insuficiência de prova, no que tange à imputação de haver aberto a conta 01.6101-2, do Banco Rural, e contra ela movimentado cheques.

4.6 Reconhecimento da continuidade delitiva tão somente no concernente às falsificações verificadas na mesma praça. Orientação assentada no STF.

4.7 Reconhecimento da primariedade e dos bons antecedentes, relativamente a todos os acusados. (BRASIL, 1995, AP: 307 DF, grifo nosso).

Em todos os votos dos ex-Ministros do STF, notadamente o do relator Min. Ilmar Galvão e do revisor Moreira Alves, a conclusão a que se pode chegar é a de que, *data maxima venia*, exceto o Min. Sepúlveda Pertence, os demais não foram felizes em suas interpretações quanto ao *caput* do art. 317 do Código Penal brasileiro (crime formal) ou de resultado antecipado.

A doutrina e a jurisprudência pátria que os ilustres ministros citaram em seus votos, naquela época, apenas afirmam, e o que é correto, que a vantagem indevida, solicitada, recebida ou aceita precisa estar **relacionada sim a um ato de ofício, ou seja, de competência do servidor corrupto**, o que é indubitável.

Todavia, estar a vantagem indevida, solicitada, recebida ou aceita “**relacionada** ao ato de ofício do servidor” é quilometricamente distante de “ser **necessária** a prática desse ato de ofício”, mormente tratando-se de um crime formal, como é o caso do *caput* do art. 317 do Código Penal.

O § 1.º do mesmo artigo é que exige a prática do ato de ofício, mas para fins de majoração da pena, o que alguns chamam de exaurimento do crime previsto no *caput*.

Já que a Doutrina anterior à época do histórico julgamento, segundo afirmaram em seus votos os Ministros Ilmar Galvão (relator) e Moreira Alves (revisor) e os demais, era a favor dessa inusitada tese do STF, de que a exigência do ato de ofício está inserida não só no § 1.º, mas, também, no *caput* do art. 317 do Código Penal, vejamos a opinião em contrário, de um ilustre representante do Ministério Público de São Paulo, citando o nosso livro, no caso, Rogério Sanches Cunha, que leciona *in verbis*:

Lembra **Agapito Machado** que, no julgamento do ex-Presidente Fernando Collor de Mello, por crime de corrupção passiva, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de seus membros, entendeu que só existe o tipo em estudo se houver a prática do ato de ofício do funcionário, recompensando o particular [Questões polêmicas de direito, 1998]. Tal interpretação [Rogério Sanches critica também a interpretação do STF no referido julgamento], *data venia, refoge completamente do sistema adotado pelo Código Penal pátrio, segundo o qual eventual retardamento, omissão ou prática do ato com infração de dever funcional, constituem formas qualificadas do crime de corrupção passiva (§ 1.º), realizando o corrupto a pretensão do corruptor.* (CUNHA, 2005, p. 59, grifo nosso)

Destarte, é complicado entender o raciocínio do antigo STF, notadamente na corrupção passiva em suas modalidades “solicitar” ou “aceitar promessa”, *crimes indiscutivelmente formais* que, **conforme pacífica doutrina pátria abaixo mencionada:**

- a) independem de qualquer resultado, sendo indiferente que o ato funcional venha a ser praticado ou não (COSTA JR., *op. cit*);
- b) bastando que a solicitação chegue ao conhecimento de terceiro (ANDREUCCI, 2008);
- c) na primeira modalidade o delito se consuma quando o agente efetivamente solicita a vantagem indevida (GRECO, 2008);
- d) a corrupção passiva é um crime formal, que independe da ocorrência do resultado e consuma-se com a simples solicitação da vantagem ou aceita-

ção da promessa, ainda que esta não se concretize (RT 173/387; RT 452/321, 465/341, 531/309, 648/265, 718/372);

e) sendo desnecessário que o ato funcional venha a ser praticado, omitido ou retardado (MIRABETE; FABBRINI);

f) trata-se de crime formal (que não exige resultado naturalístico) para a sua consumação, na modalidade “solicitar” (BITTENCOURT, 2007, p. 91);

g) em qualquer das modalidades típicas, *não é necessário que o agente pratique, deixe de praticar ou retarde a prática de qualquer ato funcional*, bastam a conduta, a solicitação, o recebimento ou a aceitação da promessa (TELES, 2006);

h) o crime é formal não exige que o funcionário pratique ou se abstenha da prática do ato funcional, se isso suceder haverá mero exaurimento. (CAPEZ).

Esta é a doutrina brasileira de ontem e de hoje.

A **jurisprudência brasileira** também não discrepa da doutrina de que a corrupção passiva, prevista no caput do art. 317 do Código Penal, é crime meramente formal, a não depender de qualquer resultado, consumando-se antecipadamente *in verbis*:

Tratando-se de crime formal, de mera conduta, ou de consumação antecipada, verifica-se a sua ocorrência no momento em que o agente *solicita* a vantagem indevida, *sendo irrelevante a concordância ou a aquiescência do indivíduo a quem dirigida a solicitação ou a entrega concreta e material daquilo que tenha sido solicitado”* (RT 718/372), TJSP: corrupção passiva. Consumação. Ocorrência. Hipótese em que só faltou a entrega do dinheiro. Conduta que, tratando-se de crime formal, integra a fase de exaurimento (JT 186/301). No mesmo sentido, TJSP: RT 452/321, 531/308, 648/265, RJTESP 4/259, 108/452; TJPR: RT 465/341. (MIRABETE, 2015, p. 1721).

Ainda bem que, mais recentemente por ocasião do julgamento da AP 470, conhecida como o “mensalão”, do Partido dos Trabalhadores, o atual STF restabeleceu a coerência e não mais exigiu a prática do ato de ofício como indispensável à configuração do crime de corrupção passiva, bastando a simples solicitação, recebimento ou aceitação de propina. Esse entendimento também é esperado para o “Petrolão”, “Lava Jato” entre tantos escândalos em que se envolveu o Governo Petista, além de parlamentares de outros partidos.

6 PERDA DO CARGO

Contrariamente aos doutrinadores pátrios, sempre defendemos que o servidor público federal condenado judicialmente, por crime funcional, em sentença transitada em julgado, a uma pena privativa de liberdade *inferior* a um ano, deve ser demitido, em razão de o art. 132 da Lei 8.112/1990 (lei especial) prevalecer sobre o art. 92, I, "a", do Código Penal (lei geral), conforme diversas publicações feitas².

Quando o tema é complexo como esse, envolvendo o concomitante exame/interpretação de mais de um ramo do direito (penal e administrativo), veem-se poucos comentários específicos a respeito.

Esse é um típico caso de necessidade de interpretação sistêmica/cumulativa entre dois ou mais ramos do Direito: do art. 92, I, "a", do *Código Penal*, diante do *Estatuto do Servidor Público Civil Federal* (Lei 8.112/1990, art. 132, I, II, VIII, IX e XI), do art. 935 do atual *Código Civil* e ainda, do próprio art. 12 do *Código Penal* (*Princípio da Especialidade*), além do princípio constitucional da moralidade pública.

O só especialista em Direito Penal, como o só especialista em Direito Administrativo, ou Civil, não consegue esclarecer, apenas em sua área, a polêmica. É preciso um exame detalhado não só de Direito Penal/Processual Penal, como também de Direito Administrativo e Civil, já que o Direito é unidade.

Os nossos penalistas seguem apenas opiniões/interpretações isoladas do art. 92, I, "a", do Código Penal, sem fazer qualquer relação com o Estatuto do Servidor Público Civil (art. 132, I, II, VIII, IX e XI, da Lei 8.112/1990), exceto a visão de Cezar Bittencourt, como será demonstrado a seguir. E, na mesma linha de raciocínio, seguem apenas opiniões isoladas de parte de nossos administrativistas, sobre o Estatuto do Servidor Público Civil da União, sem qualquer relação com o referido art. 92, I, "a", do Código Penal, exceto Maria Sylvania Zanella Di Pietro, a que mais perto chegou de esclarecer a polêmica.

Sendo esse ponto de suma importância para demonstrar que não há autor, penalista ou administrativista, que aprecia o tema de modo a compatibilizar o preceito do art. 92, I, "a", do Código Penal com a Lei 8.112/1990, mediante uma interpretação sistêmica, faz-se necessário repetir o posicionamento

² *Direito penal acadêmico*. Rio de Janeiro: Andréa Ferreira & Morgado, 2008. p. 1.129-1.146 (publicado com vários autores professores), e no *Jornal Diário do Nordeste*, edição de 23 jan. 2005.

doutrinário de alguns juristas.

Segue de forma sucinta a apreciação de alguns dos mais renomados penalistas brasileiros sobre a matéria.

Rogério Greco (2008, p. 311-313) tece a seguinte opinião sobre os “efeitos específicos da condenação”: as hipóteses de específicos da condenação, previstas no art. 92 do Código Penal, como bem observado por Jair Leonardo Lopes, são “verdadeiras penas acessórias mascaradas de efeitos da condenação.

As hipóteses tratadas pelo inciso I do art. 92 do Código Penal, conforme assevera Cezar Roberto Bitencourt,

[...] não se destinam exclusivamente aos chamados crimes funcionais (arts. 312 a 327 do CP), mas a qualquer crime que um funcionário público cometer com *violação de deveres* que a sua condição de funcionário impõe, cuja pena de prisão aplicada seja igual ou superior a um ano, ou seja, a qualquer crime praticado por funcionário público, cuja pena aplicada seja superior a quatro anos.

A incidência do efeito extrapenal específico disposto no art. 92, I, “a” do CP, nada tem a ver com a efetiva execução de pena privativa de liberdade, mas com sua “aplicação” *por tempo igual ou superior a um ano*, nos crimes ali definidos, subsistindo, assim, a perda do cargo, ainda que tenha havido substituição da pena corporal (STJ, 6.ª T., 35427/MG, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 20.11.2006, p. 363). (BITENCOURT, 2007)

Fernando Capez orienta que

[...] nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, quando a *pena aplicada for igual ou superior a um ano*; e quando a pena aplicada for superior a 4 anos, qualquer que seja o crime praticado (redação determinada pela Lei 9.268/1996). São efeitos que decorrem da prática de crimes funcionais, previstos no CP, arts. 312 a 326, desde que seja imposta pena igual ou superior a um ano. Ocorrem também na hipótese de a pena ser superior a 4 anos, qualquer que seja o crime praticado. De qualquer forma, dependem de o juiz declará-los motivadamente na sentença. São, portanto, necessários os seguintes requisitos: prática de crime no exercício da função pública, violação de deveres a ela inerentes, *pena igual ou superior a um ano* e declaração expressa e motivada do

efeito na sentença; ou prática de qualquer crime, pena superior a 4 anos e declaração expressa e motivada do efeito na sentença condenatória. No caso de crime de preconceito de raça ou cor praticado por servidor público, também ocorrerá esse efeito, se o juiz o declarar na sentença (art. 18 da Lei 7.716/1989). A condenação do agente pela prática do crime de tortura igualmente enseja a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada, independentemente da sua quantidade (art. 1.º, § 5.º, da Lei 9.455, de 7.4.1997). (CAPEZ, 2008, p. 511-512).

Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini são da seguinte opinião:

[...] dada nova redação ao art. 92, I, do Código Penal, pela Lei 9.628, de 1.º.04.1996, prevê-se como primeiro dos efeitos administrativos da condenação duas hipóteses de perda do cargo, função pública ou mandato eletivo. A primeira delas, prevista pela alínea “a”, ocorre “quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública”. Diminui-se, assim, o limite mínimo da pena privativa de liberdade aplicada (reclusão ou detenção) de mais de quatro anos para igual ou superior a um ano. Exige-se, porém, como na lei anterior, que o crime tenha sido praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública. Não sendo a perda do cargo ou função pública automática, como corolário da condenação, e determinando a lei que o juiz deve motivadamente declará-la na sentença, exige-se a apreciação da natureza e da extensão do dano e das condições pessoais do sujeito. Nada impede, porém, que, não entendendo o juiz cabível tal efeito da condenação, a Administração providencie o competente procedimento extrajudicial para a aplicação da medida administrativa prevista para a hipótese. (MIRABETE; FABBRINI, 2009, p. 337-338).

Importante observar que, na 18.ª edição de 2003 do mesmo livro, lecionam os dois grandes mestres penalistas *in verbis*: “não exclui a responsabilidade penal o fato de ter sido o agente inocentado por órgão administrativo do Poder Executivo ou Judiciário, quando do procedimento necessário ao afastamento do cargo (RT 702/377)” (MIRABETE; FABBRINI, 2003, p. 305).

Damásio Evangelista de Jesus leciona que

[...] nesses casos, a condenação só produz efeito específico quando impõe pena privativa de liberdade por *tempo igual ou superior a um ano*. Na nova lei, cumpre distinguir: a) nos delitos funcionais típicos, com violação de dever funcional ou abuso de poder, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo resulta de condenação a pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano (art. 91, I, do CP) [...] Tratando-se, v.g., de condenação a *um ano* de reclusão por corrupção passiva simples, crime funcional típico descrito no art. 317, *caput*, do CP, opera-se a perda do cargo (alínea “a”). (JESUS, 2005, p. 649-650).

Paulo Jose da Costa Jr. defende a opinião de que

[...] são três os efeitos específicos enumerados pelo art. 92: o primeiro, de natureza administrativa e política; o segundo, de cunho civil; o último, de essência ainda administrativa.

1) A norma prevê, inicialmente, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo. Na disciplina anterior, era necessário, para incidência do referido efeito, além da prática de crime com abuso de poder ou violação de poder inerente à Administração Pública, que a pena aplicada fosse superior a quatro anos. A Lei 9.268/1996 deu nova redação ao aludido dispositivo, distinguindo duas hipóteses, que representam agravamento da situação do acusado, em relação à disciplina anterior. Assim, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo poderá ocorrer em duas hipóteses: quando aplicada pena privativa de liberdade por *tempo igual ou superior a um ano*, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, e quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos, nos demais casos... Como o preceito se refere à perda de função pública e não à perda da função pública, poder-se-á concluir que se trata da perda de qualquer função pública e não daquela exercida no instante do fato pelo agente...

Diversifica-se a perda de cargo ou função, referida no dispositivo em foco, da proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, constante do art. 47, I, aplicável a condenações a penas privativas de liberdade inferiores a um ano e de natureza temporária. (COSTA JR., 2008, p. 352-353).

Segundo Ney Moura Teles:

[...] o art. 92 do Código Penal cuida de outros efeitos da condenação, referentes a algumas espécies de crimes, que somente incidirão se a sentença condenatória estabelecê-los em decisão motivada. Somente se aplicarão para determinados crimes, e desde que o juiz os estabeleça, na sentença, dando as razões de sua aplicação, que deverá ser justificada.

Por essa razão, são chamados de efeitos específicos não automáticos. (TELES, 2006, p. 457-458).

Sobre a perda de cargo ou função pública, Teles expõe que que

[...] a Lei 9.268, de 01.04.1996, deu nova redação ao inciso I do art. 92, que ficou assim redigido: “São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos.”

Pelo sistema antigo, da reforma penal de 1984, se o agente tivesse praticado qualquer crime com abuso de poder ou violação de dever para com a administração, e o Juiz aplicasse pena de privação de liberdade superior a quatro anos, poderia também declarar, como efeito administrativo da condenação, a perda do cargo ou da função pública exercidos pelo agente.

Agora, nessa hipótese basta que a pena seja superior a um ano de privação de liberdade, e não mais a quatro, para que seja possível declarar a perda do cargo ou da função pública.

A outra novidade é que, nos crimes cometidos sem abuso de poder ou sem violação de dever para com a administração pública, o efeito poderá ser declarado apenas quando a pena for superior a quatro anos.

Doravante, se o crime tiver sido cometido com abuso de poder ou violação de dever funcional, o efeito poderá ser declarado se a pena for superior a um ano. Se o crime não tiver sido cometido com abuso ou violação de dever, a perda do cargo ou função só poderá dar-se se a pena for superior a quatro anos.

Na primeira situação, o efeito poderá ser aplicado nos casos de crimes definidos nos arts. 312 a 326 do Código Penal –, peculato, – concussão, corrupção passiva, prevaricação, violência arbitrária, etc. – bem assim em qualquer hipótese de crime prati-

cado por funcionário público durante o exercício de sua função, com abuso de poder e com violação de dever funcional, como homicídio, estupro, atentado violento ao pudor, furto, roubo, etc.

Policiais que praticam lesões corporais ou atentado violento ao pudor contra preso, se *condenados a pena superior a um ano*, poderão ver declarada na sentença condenatória a perda do cargo público.

A imposição desse efeito deverá ser fundamentada e dependerá da necessidade para a prevenção e reprovação do crime, devendo o Juiz levar em conta as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nos demais crimes cometidos sem abuso ou violação de dever funcional, a declaração da perda do cargo ou da função pública só será possível se a condenação for superior a quatro anos.

A perda de cargo ou função pública como efeito permanente da sentença condenatória, não se confunde com a pena restritiva de direito prevista no art. 47, I, do Código Penal, que é interdição temporária do exercício do cargo ou função pública ou do mandato eletivo. (loc. cit).

Guilherme de Souza Nucci argumenta que “trata de efeito não automático, que precisa ser explicitado na sentença, respeitados os seguintes pressupostos: a) nos crimes praticados com abuso de poder ou violação do dever para com a Administração Pública, quando a pena aplicada for superior a 1 ano...”(NUCCI, 2007, p. 472).

Cleber Masson menciona:Esses efeitos não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. Conseqüentemente, o magistrado precisa proceder à apreciação da natureza e da extensão do dano, bem como às condições pessoais do réu, para aferir seu cabimento no caso concreto. Na alínea “a”, além do conceito de funcionário público contido no art. 327 do Código Penal, deve ser analisado se o crime ocorreu no exercício das funções exercidas pelo agente, isto é, se ele se valeu das facilidades proporcionadas por sua função para praticar o delito. (MASSON, 2009, p. 752).

O único doutrinador penalista que terminou por enfrentar o tema, também à luz do Estatuto do Servidor Público Federal (*Perda de cargo ou função pública, por condenação criminal a pena inferior a um ano*), foi o ilustre Cezar Roberto Bitencourt que, a partir da 11.^a edição do seu livro e reafirma na 16.^a edição, assim se expressa *in verbis*:

O Código Penal prevê, em seu art. 92, com redação determinada pela Lei 9.268/1996, duas hipóteses de perda de cargo ou função pública, como efeito específico de condenação criminal, como acabamos de ver: 1) *Condenação superior a um ano, por crime praticado contra a Administração Pública*; 2) *Condenação superior a quatro anos, por qualquer outro crime*. Na primeira hipótese, é indispensável que a infração penal tenha sido praticada com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, função ou atividade pública; na segunda, será suficiente que a condenação seja superior a quatro anos de pena privativa de liberdade, independentemente de qualquer relação com cargo ou função pública exercidos.

Contudo, somente condenação à pena igual ou superior a um ano pode ter o efeito – automático ou não – de acarretar a perda de cargo ou função pública? *Afinal, condenação à pena inferior a um ano poderá, igualmente, ocasionar a perda de cargo ou função, quando, por exemplo, a infração penal tiver sido praticada com abuso de poder ou violação de dever a eles inerentes?* Pela dicção do Código Penal – arts. 91 e 92 – certamente não poderá resultar, como efeito da condenação criminal, a perda de nenhum cargo ou função pública nessas circunstâncias. No entanto, não se pode esquecer que o ordenamento jurídico brasileiro, embora extremamente complexo e amplo, é harmônico, universal e segmentado ao mesmo tempo. Assim, para se encontrar a resposta adequada à questão proposta dever-se-á, necessariamente, observar o *direito administrativo*, particularmente a legislação correspondente ao funcionalismo público (Lei 8.112/1990).

Com efeito, consultando esse diploma legal, em seu art. 132, constata-se a determinação de perda de cargo ou função pública a funcionário que sofrer *condenação inferior a um ano* de pena privativa de liberdade, por crime praticado com abuso de poder ou violação de dever a ele inerentes. Nesse caso, como destaca o magistrado **Agapito Machado**, observando-se o *princípio da especialidade* da norma administrativa, fica afastada a omissão do Código Penal, que trata do tema genericamente. A generalidade da previsão do Código Penal torna irrelevante, inclusive, a alteração produzida pela Lei 9.268/1996, que não esgotou a matéria (grifou-se).

No entanto, acreditamos que será indispensável a instauração de *processo administrativo*, com as garantias devidas, para efetivar essa exclusão, em observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, posto que o Código Penal, para condenações mais graves (superiores a um e a quatro anos), exige a

motivação do juiz prolator da sentença condenatória, afastando a perda automática. Certamente, a *perda de cargo ou função pública*, em nenhuma hipótese de condenação penal, poderá ser automática. O diploma material penal exige a fundamentação expressa do prolator da condenação.

Concluindo, não resta dúvida de que o *princípio da especialidade autoriza* a aplicação da legislação administrativa, ignorando a legislação penal; contudo, enfatizamos, o procedimento deverá assegurar a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal (processo administrativo). (BITENCOURT, 2007).

Data maxima venia do ilustre jurista Cezar Roberto Bitencourt, não tem sentido a instauração de inquérito administrativo, após a sentença criminal condenatória transitada em julgado, porque essa providência desconsidera o art. 12 do Código Penal e principalmente a regra do art. 935 do Código Civil, de que “não se poderá questionar mais sobre a **existência do fato** ou quem seja o seu **autor, quando estas questões se acharem decididas no crime**”, norma essa idêntica ao do art. 1.525 do Código Civil de 1916.

O devido processo legal que resultará na perda de cargo do servidor já foi o criminal, não sendo necessário outro qualquer.

E se o chefe do funcionário condenado criminalmente, mesmo arriscando ser processado por crime de condescendência criminosa ou prevaricação, continuar sem instaurar o inquérito administrativo contra o réu, seu protegido? De que serviria, então, a condenação criminal transitada em julgado?

O devido processo legal em que o funcionário condenado teve ampla defesa foi o próprio processo judicial. Insisto: o inquérito administrativo não poderá decidir ou concluir diferentemente do que decidiu a instância criminal condenatória, com trânsito em julgado.

Ora, pelo Estatuto do Servidor Público Federal Civil (Lei 8.112/1990), o servidor perderá o cargo por faltas que nem crimes são considerados, como a reiterada ausência ao trabalho, embriaguez em serviço, incontinência ou má conduta etc., que não causam mal maior ao serviço público, e um criminoso, bandido mesmo, assim condenado, com trânsito em julgado pela Justiça Criminal, vai permanecer no serviço público? Ademais, como fica a regra incisiva do art. 935 do Código Civil de 2002, segundo a qual “não se poderá questionar mais sobre a **existência do fato** ou quem seja o seu **autor, quando estas questões se acharem decididas no crime**”?

Os administrativistas, por sua vez, também não enfrentam o tema senão à luz apenas do Estatuto do Servidor Público Federal Civil, vale dizer, não fazem uma interpretação sistêmica em relação ao art. 92, I, “a”, do Código Penal, chegando a desprezar o próprio princípio da especialidade:

No livro de **Hely Lopes Meirelles**, os atualizadores afirmam que, para a demissão do servidor *vitalício*, a perda do cargo depende de ser motivada na sentença e:

quando a pena aplicada for igual ou superior a um ano, ou quando superior a quatro anos nos demais casos (CP, art. 92, I, ‘a’ e ‘b’, Lei 9.455, de 07.04.1997 – lei penal especial – art. 1.º, § 5.º) [...] e para a demissão do estável não precisa a Administração recorrer à Justiça, ainda que o fato sujeito a punição, configure crime... (MEIRELLES, p. 436).

Diógenes Gasparini, também sem enfrentar diretamente o art. 92, I, “a”, do Código Penal diante do art. 132, I, da Lei 8.112/1990, afirma *in verbis*:

Assim, o condenado na esfera criminal será condenado nas órbitas civil e administrativa, já que, nos termos do art. 935 do Código Civil, nas esferas civil e administrativa não são possíveis decisões contrárias, pois existe decisão criminal definitiva no que concerne aos fatos e à autoria, *não cogitando esse ilustre autor, como se vê, de condenação inferior a um ano*. (GASPARINI, 2001, p. 218).

José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar dos efeitos da decisão penal na esfera administrativa, embora afirme que a decisão condenatória terá **sempre** reflexo na esfera administrativa e, portanto, que **a instância penal obriga a instância administrativa**, termina também por não enfrentar diretamente o art. 92, I, “a”, do Código Penal diante do art. 132, I, da Lei 8.112/1990 (princípio da especialidade), como se pode observar da leitura de seus comentários sobre a condenação:

Em se tratando de decisão penal condenatória por crime funcional, terá que haver sempre reflexo na esfera da Administração. Se o juiz reconheceu que o servidor praticou crime e este é conexo à função pública, a Administração não tem outra alternativa senão a de considerar a conduta como ilícito também

administrativo. Exemplo: se o servidor é condenado pelo crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), terá implicitamente praticado um ilícito administrativo. No caso da Lei 8.112/1990, o servidor terá violado o art. 117, XII, que o proíbe de receber propina ou vantagem de qualquer espécie em razão de suas atribuições. A instância penal, então, obriga a instância administrativa. (CARVALHO FILHO, 2006, p. 627-628).

Todavia, também chega a condicionar a demissão do servidor delinquente, a que o mesmo seja condenado à pena criminal igual ou superior a um ano, *in verbis*:

Assinale-se, ainda, que o Código Penal estabelece, como um dos efeitos da condenação, a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública. Há também previsão de perda de função pública no caso de condenação por crime contra a probidade administrativa (art. 12, III, da Lei 8.429/1992). (loc. cit).

O mestre Celso Antônio Bandeira de Mello também não enfrenta o tema à luz tanto do Direito Penal quanto do Administrativo.

O inusitado condicionamento da instauração do competente inquérito administrativo para a demissão do servidor que cometeu crime contra a Administração Pública, ao término da decisão penal, que pode demorar anos para transitar em julgado, é algo impensável diante da independência das instâncias administrativa e penal, e contraria toda jurisprudência pátria, notadamente a do STF (MS 23.242, MS 22.055, Rel. Min. Carlos Velloso; MS 22.438, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 166/171, 191/151, entre outros).

A propósito, o Corregedor-Geral da União, no uso da competência que lhe conferem os arts. 4.º, 6.º e 10.º do Decreto 5.480, de 30 de junho de 2005, e o art. 15, I, do Decreto 5.683, de 24 de janeiro de 2006, resolveu editar o Enunciado 6, de 30 de agosto de 2012, conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, em sessão realizada em 23 de agosto de 2012, no portal da Imprensa Nacional, na forma que se segue: “DEMISSÃO. ART. 132, I, DA LEI 8.112/1990. A demissão de servidor pela prática de crime contra a administração pública deve ser precedida de condenação criminal transitada

em julgado.” (BRASIL, 2012, p. 23).

Sem dúvida que é uma incoerência a Administração Pública renunciar a independência de sua instância e esperar longos anos até que a decisão penal condenatória transite em julgado, ficando com o servidor corrupto recebendo seus proventos, com mal exemplo ao serviço. E mais: o entendimento desse enunciado implica verdadeira inversão de valores, eis que, se o funcionário público comete uma infração administrativa menor (que sequer seja crime), pode ser demitido administrativamente, enquanto outro que cometer um crime funcional, somente pode ser demitido após o processo criminal que demorará anos até transitar em julgado. Logo, é melhor cometer crime funcional do que uma infração administrativa menor, pois o funcionário terá a garantia de que ainda passará um bom tempo no serviço público.

No tocante à perda de função pública no caso de improbidade administrativa (art. 12, I, II e III, da Lei 8.429/1992), a condenação judicial é *civil*, como determina o seu art. 20, e após o trânsito em julgado, eis que a referida Lei 8.429/1992 não institui nenhum tipo penal propriamente dito. Essa é também a opinião de Hely Lopes Meirelles (op. cit.).

Portanto, não é razoável: a) interpretar, isoladamente, o art. 92, I, “a”, do Código Penal, que é destinado a quem exerce cargo/função pública; b) desprezar a unidade do direito; e c) o fato de que, tratando-se de servidor público federal, não se pode desprezar o princípio da especialidade inoculado na Lei 8.112/1990, art. 132, I, II, VIII, IX e XI (Estatuto do Servidor Público Federal), art. 12 do Código Penal e principalmente o art. 935 do atual Código Civil de 2002.

A sempre festejada administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro deixa transparecer, ao que entendemos, que, quando for caso em que o funcionário praticar crime contra a Administração Pública (art. 207 da antiga Lei 1.711/1952 e que hoje corresponde ao art. 132, I, da Lei 8.112/1990), a Administração Pública está obrigada a demitir o servidor, cumprindo a condenação criminal (aqui a referida autora não cogita sobre quantidade de pena, se inferior ou maior de um ano, como consta do art. 91, I, “a”, do Código Penal), *in verbis*:

Na esfera federal, ficou devidamente reconhecida a **dependência da** esfera administrativa em relação à criminal, quando o funcionário esteja indiciado apenas por **crime**. Com efeito, o

artigo 207 do Estatuto (Lei 1.711, de 28.10.1952) indicava as hipóteses de aplicação da pena de demissão, mencionando, no inciso I, “o crime contra a administração pública”. Pois bem, o DASP já definiu que “não pode haver demissão com base no inciso I do artigo 207 do Estatuto dos Funcionários, se não a precede condenação criminal” (Formulação 128). E justifica: “a única hipótese em que a Administração está adstrita a aguardar a prestação jurisdicional é a do inciso I do artigo 107, onde se fala genericamente do crime contra a Administração Pública. Em todas as outras, a Administração não necessita aguardar o desfecho do procedimento criminal, vez que a previsão do fato criminoso como ilícito disciplinar autônomo a autoriza a agir desde logo, aplicando a pena que o Estatuto cominar” (parecer no Processo 1.485, de 06.04.1967, apud José Armando da Costa, 1987:240). A Lei 8.112, de 1990, no artigo 132, I, repete a mesma norma que constava do artigo 207 do Estatuto anterior. (DI PIETRO, 2009, p. 501)

Portanto, em razão da unidade do Direito, que não tolera incoerências nem admite antinomias, e sim interpretação sistêmica, não podemos jamais ignorar a regra contida no art. 935 do atual Código Civil de 2002, segundo a qual “não se poderá questionar mais sobre a **existência do fato** ou quem seja o seu **autor**, quando estas questões se acharem decididas no crime”, norma essa idêntica ao do artigo 1.525 do antigo Código Civil (de 1916) e *que vigeu até antes do atual, de 2002*.

Apenas o **terceiro**, que poderá ser atingido pelo efeito natural da sentença penal condenatória transitada em julgado – e não o **réu** que foi condenado, salvo em ação revisional – poderá rediscutir a sentença, inclusive quanto à autoria e materialidade, como já ensinava a ilustre profa. Ada Pellegrini Grinover, muito antes da CF/1988, da reforma do Código Penal e do art. 935 do atual Código Civil, *in verbis*:

Ora, a interpretação a ser dada ao art. 74, I do CP, combinado com o art. 64 do CPP é exatamente essa: efeito secundário da condenação penal, diz a lei, é tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime. Mas, evidentemente, a coisa julgada só pode atingir o réu do processo penal; não o responsável civil, alcançado apenas pela eficácia natural da sentença. Donde a conclusão inarredável de que, proposta a ação civil de reparação do dano contra o civilmente responsável (jamais

a execução, como já se disse), poderá ele discutir não apenas a sua responsabilidade civil, como também voltar, se o quiser, a suscitar as questões atinentes ao fato e à autoria. Questões, estas, que se revestem da autoridade da coisa julgada, por força do disposto do art. 74, I, do CP, mas só com relação a quem foi parte no processo penal. Contrariaria, essa interpretação, o disposto no art. 74, I, do CP? Não. *A obrigação de indenizar torna-se certa com relação ao réu do processo penal. Não com relação a terceiros, para quem aquela sentença condenatória é res inter alios.* (GRINOVER, 1978, p. 51)

Em razão mesmo dos princípios da unidade do Direito, da moralidade pública, da especialidade (Lei 8.112/1990 e art. 12 do Código Penal), da interpretação sistêmica, e, ainda, do art. 935 do Código Civil de 2002, que, uma vez condenado judicialmente por **crime funcional**, ou seja, por crime contra a Administração Pública (art. 132, I, II, VIII, IX e XI, da Lei 8.112/1990), o funcionário público federal deverá ser demitido, se antes não o foi em inquérito administrativo, independente da quantidade da pena privativa de liberdade aplicada pela Justiça criminal, após o trânsito em julgado.

A demissão será mediante simples portaria da autoridade administrativa competente, nos termos do Estatuto do Servidor Federal, em que, nos seus considerandos, será simplesmente invocada a condenação penal, transitada em julgado, a menos de um ano de pena privativa de liberdade ou, se condenado a mais de um ano, o juiz assim não tiver decretado na sentença, portanto, sem necessidade de inquérito administrativo algum, porque este poderia não ser instaurado, como já demonstrado e, se instaurado, não pode nem deve concluir diferentemente do que decidiu a instância criminal, conforme claramente dispõe art. 935 do novo Código Civil de 2002. É que o processo legal da demissão foi exatamente o que originou a condenação criminal do servidor, com trânsito em julgado.

Não há necessidade alguma da existência de dois processos legais para um mesmo fato, quando já estiverem devidamente comprovadas a autoria e a materialidade delitiva na instância criminal.

Não fosse essa a interpretação mais correta e lógica, para manter a unidade do Direito, não teria sentido a existência dos princípios da moralidade pública (CF/1988), da especialidade (art. 12 do Código Penal) e do novo Código Civil de 2002, em seu art. 935.

Ademais, insisto que, se assim não fosse, haveria enorme incoerência quanto ao aspecto de que, pelo mesmo Estatuto (Lei 8.112/1990), o servidor público federal civil perderá o cargo por faltas que nem crimes são consideradas, como a reiterada ausência ao trabalho, embriaguez em serviço, incontinência ou má conduta etc., que não causam mal maior ao serviço, enquanto um criminoso, bandido mesmo, assim declarado, com trânsito em julgado, pela Justiça Criminal, permaneceria no serviço público?

Não se afasta totalmente a hipótese em que um mau administrador, mesmo se sujeitando a processo criminal por condescendência criminosa ou prevaricação e por improbidade administrativa, expondo-se, inclusive, a perder também o seu cargo, deixe de baixar a respectiva portaria demitindo o servidor protegido, que tenha sido condenado pela Justiça, em sentença transitada em julgado, por crime funcional, qualquer que seja a pena a ele aplicada. Se isso ocorrer, cabe ao Ministério Público buscar responsabilizá-lo e insistir na demissão do servidor condenado pela justiça criminal por meio de portaria.

Para evitar essa situação, penso que o verdadeiro juiz, ou seja, aquele que não é carreirista, subserviente, bajulador, rastejante, fazedor de média e que realmente cumpre a Constituição e as leis constitucionais que não elabora, no caso de condenação de funcionário público federal, por crime funcional, qualquer que seja a pena aplicada, logo pode decretar-lhe, na sentença, a perda do cargo, com base no art. 132 da Lei 8.112/1990, fundamentando que essa lei especial prepondera sobre o art. 92, I, "a", do Código Penal, em face dos diversos princípios aqui já comentados, notadamente o da especialidade, previsto no próprio Código Penal (art. 12) e no princípio constitucional da moralidade pública.

Portanto, fica bastante claro que a regra do art. 92, I, "a", do Código Penal é letra morta, quanto ao âmbito administrativo, quando se tratar de condenação criminal por crimes **tipicamente funcionais** (arts. 312 a 326 do Código Penal e art. 3.º da Lei 8.137/1990), servindo, no âmbito criminal, como coerente, apenas para os **crimes comuns eventualmente funcionais**, pois não são propriamente contra a Administração Pública (arts. 150, §§ 1.º e 2.º, 297, § 1.º, 289, § 3.º, 290, parágrafo único, 295, 296, § 2.º, todos do Código Penal), restando a letra "b" do mesmo artigo para ser aplicada aos crimes **verdadeiramente comuns sem relação com o cargo (homicídio, lesões, estupro, roubos etc.)**.

Pode-se concluir então que:

I) *Quanto aos crimes comuns* (alíneas “a” e “b” do art. 92 do Código Penal)

Para que ocorra a perda do cargo ou função pública, **é realmente necessário que o juiz criminal, de modo fundamentado, a decrete na sentença**, nos termos do art. 92, parágrafo único, do Código Penal, **tão somente nos seguintes casos:**

a) em **crime verdadeiramente comum**, vale dizer, aquele praticado por funcionário público federal (homicídio, roubo, furto etc.), ou seja, quando nenhuma relação tenha com seu cargo ou função, desde que a condenação criminal aplique pena privativa de liberdade superior a quatro anos, conforme art. 92, I, “b”, do Código Penal;

b) nos crimes comuns, em que o funcionário federal, todavia, o praticou com **violação dos seus deveres** (arts. 150, §§ 1.º e 2.º, 297, § 2.º, entre outros, do Código Penal etc.), desde que seja condenado à pena privativa de liberdade igual ou superior a um ano, crimes esses que rotulo de **eventualmente funcionais**, conforme art. 92, I, “a”, do Código Penal. Aqui sim, nesses casos, o juiz poderá avaliar se a conduta do funcionário afetou ou não severamente os interesses da Administração Pública, eis que não há propriamente um crime contra ela, ou seja, tipicamente funcional, o que não impede a punição administrativa antes mesmo da ação penal, nos termos do mesmo estatuto.

II) *Quanto aos crimes funcionais* (alínea “a” do art. 92 do Código Penal)

Já nos **crimes tipicamente funcionais** (arts. 312 a 325 do Código Penal e art. 3.º da Lei 8.137/1990), **independente da quantidade da pena aplicada na sentença penal condenatória**, transitada em julgado, o funcionário público federal deverá ser **demitido**, se antes não o foi (art. 132, incisos I, II, VIII, IX e XI, do Estatuto do Servidor Público Civil da União).

Se, todavia, estiver inativo, terá **cassada a sua aposentadoria ou a disponibilidade**, se houver praticado o crime quando em atividade (arts. 134 e 132, I, II, VIII, IX e XI, da Lei Federal especial 8.112/1990), combinados ainda com o art. 935 do Código Civil de 2002, como veremos em tópico seguinte.

A perda do cargo também se dará em condenação nos crimes de Tortura (art. 1.º, § 5.º, da Lei 9.455/1997), de Abuso de Autoridade (Lei 4.898/1965) e de preconceito de raça (art. 18, da Lei 7.716/1989) e, em face da recente Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, se o funcionário público for condenado, em sentença transitada em julgado, **qualquer que seja a pena** como integrante de organização criminosa.

Se o servidor condenado pertencer ao Estado ou ao Município, deve ser examinado o que prescreve o seu respectivo Estatuto. E, se ainda não existir, como pode ocorrer em alguns pequenos Municípios, a demissão se dará por justa causa, nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ou alguma lei especial que disponha sobre o assunto.

E, para fins de *inelegibilidade legal em face de condenação criminal por crime funcional*, assim se pronuncia Rogério Sanches Cunha, *in verbis*:

A condenação criminal definitiva pela prática de crime contra a Administração pública, em prejuízo da suspensão dos direitos políticos, torna o funcionário público típico ou equiparado (art. 327 do CP), inelegível pelo prazo de 08 (oito) anos, após o regular cumprimento da pena (art. 1.º, I, “e”, itens 1 a 10 da Lei Complementar n.º 64/1990).

Enquanto a *suspensão dos direitos políticos* tem seu fundamento no art. 15, inciso III, da Constituição Federal, a inelegibilidade, diferentemente, fundamenta-se no § 9.º do art. 14, de aplicação posterior ao término da suspensão dos direitos políticos, dirigida aos condenados pela prática dos crimes previstos no citado art. 1.º da Lei Complementar 64/1990, dentre os quais encontramos os delitos funcionais. (CUNHA, 2005, p. 106-107)

7 CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA E CONFISCO

Tanto na doutrina como na jurisprudência a questão da inconstitucionalidade ou não da pena de cassação da aposentadoria, mesmo no regime contributivo, instituído a partir da EC 3, de 17 de março de 1993, é rejeitada pelo STF, em diversos precedentes, entre os quais, no MS 23219 AgR/RS, Rel. Min. Eros Grau, DJ 19.08.2005, p. 4.

Pela constitucionalidade da pena de cassação da aposentadoria, o TRF/2.ª Região, no julgamento da AC 200951010277573, 7.ª Turma, Rel. Des. Nobre Matta, DJ 16.02.2011, assim decidiu:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. REINTEGRAÇÃO. SUPERVENIENTE APOSENTADORIA. CASSAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE.

DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. I – No caso dos autos, a autora foi demitida “por se valer do cargo para lograr proveito pessoal e de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, improbidade administrativa, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional”, mas conseguiu sua reintegração provisória pela via judicial. II – Tendo sido aposentada no decorrer do processo, porquanto ainda havia recurso a ser julgado, posteriormente sobreveio decisão final que concluiu pelo não cabimento da reintegração. III – Por consequência, já que a falta cometida pela apelante em atividade foi punida com a demissão, não havia outra medida a ser tomada que não a cassação da aposentadoria, consubstanciado no ato que anulou anterior ato de reintegração. IV – Não há que falar em violação ao princípio do devido processo legal. Como já assegurado, o ato que anulou a reintegração da autora decorreu de decisão judicial transitada em julgado que, ao final, concluiu que o Processo Administrativo Disciplinar no qual baseou-se a demissão da recorrente foi conduzido regularmente e sem nulidade. V – No que toca à alegação de inconstitucionalidade da penalidade de cassação de aposentadoria, registre-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 21.948/RJ, rejeitou tal alegação.

Nesse mesmo sentido, assim também decidiu o TRF da 5.^a Região (AC 200483020059042; Rel. Juiz Francisco Wildo, *DJ* 30.03.2010, p. 346).

Portanto, o STF entende que a penalidade de cassação de aposentadoria, aplicada ao servidor, qualquer que seja o seu tempo de serviço, tem previsão na CF (art. 41, § 1.º, II), sendo constitucionais os arts. 127, IV, e 134, da Lei 8.112, de 1990, não havendo que se falar de confisco, já que as contribuições vertidas no serviço público poderão ser contadas no regime do Regime Geral da Previdência Social (CF, art. 201, § 9.º), desde que atendido o disposto no art. 24, parágrafo único, da Lei 8.213, de 1991.

De acordo com a recente Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, que alterou alguns artigos do atual Código de Processo Penal e disciplinou as diversas medidas cautelares, permite-se agora a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais (art. 319, VI).

Bem melhor é o Projeto de Lei (PLS 156/2009), tratando do futuro Código de Processo Penal, já aprovado no Senado e em discussão ainda na Câmara que, dentre as medidas cautelares pessoais, prevê que o juiz poderá suspender

o exercício de função pública desempenhada pelo investigado ou acusado ao tempo dos fatos, com prejuízo da remuneração.

Muito embora não tenha o caráter nitidamente penal, o art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) prevê o afastamento do Agente Público de suas funções, no caso de necessidade, para preservação da instrução processual.

8 A ABSOLVIÇÃO CRIMINAL E SEUS EFEITOS NO ÂMBITO FEDERAL

Conforme art. 376 do novo Código de Processo Civil, tal qual ocorria no de 1973, "a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar".

Diante disso, como só somos obrigados a conhecer Leis Federais, nós nos limitaremos, aqui, a discorrer apenas em relação aos servidores públicos civis federais, portanto, em face da Lei nº 8.112/90.

Não é qualquer absolvição criminal que impede a reparação do dano, mas apenas aquelas que inocentam o réu.

E, em se tratando de funcionário público federal, só em dois casos previstos no art. 126 da Lei 8.112/1990 (Estatuto do Servidor Civil Federal), ou seja, negativa "da existência do fato ou de sua autoria", é que o mesmo será considerado inocente e, por isso, além de não ser obrigado a nada indenizar, ainda terá o direito de retornar ao cargo do qual fora demitido administrativamente.

O art. 44 da Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, é de grande relevância pelo fato de incluir o art. 126-A na Lei 8.112/1990, dispondo que "nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública", por conter altíssima dose de ética.

Uma das causas que impedia de se evoluir para evitar os desmandos administrativos praticados pelos altos escalões da Administração Pública brasi-

leira era a de não se propiciar ao servidor mais humilde essa possibilidade, que ele tanto queria, de poder denunciar sem receio de punição, além dessa nova luz se afinar com objetivo do crime de condescendência criminosa previsto no art. 320 do Código Penal, que não tolera a omissão no serviço público.

Atualmente, por força da Lei 11.690, de 2008, a redação do art. 386 do Código de Processo Penal ficou assim, *in verbis*:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I – **estar provada a inexistência do fato;**

II – não haver prova da existência do fato;

III – não constituir o fato infração penal;

IV – **estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;**

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1.º, do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (BRASIL, 1941, art. 386)

Portanto, os incisos I e IV acima do atual Código de Processo Penal, após nova redação dada pela **Lei 11.690, de 2008**, já encontravam correspondentes no citado art. 126 da Lei 8.112/1990, vale dizer, “**negativa de fato ou de autoria**”, únicas hipóteses, repita-se, que declaram um réu verdadeiramente **inocente**, e ensejando o seu retorno (reintegração) ao cargo, do qual fora demitido administrativamente, acrescida de todos os direitos, tais como receber os salários atrasados, desde a demissão, promoções, inclusive perdas e danos etc.

Nesses dois casos, há uma prevalência da instância penal sobre a administrativa³.

3

Conforme consta em *Direito penal acadêmico*, op. cit., p. 1.139-1.141.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, R. A. **Manual de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITTENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte 1**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Tratado de direito penal: parte especial 5**. Atualização até a Lei 11.466/2007. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Reforma do Código de Processo Penal. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil – 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 1º jul. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5480.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Decreto nº 5.683, de 24 de janeiro de 2006. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Controladoria-Geral da União, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jan. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5683.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez.

1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Imprensa Nacional. **Casa Civil da Presidência da República**. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=23&data=>>>. Acesso em: 31 ago. 2012, p. 23.

_____. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 12 abr. 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm> Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 dez. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 6 jan. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá

outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm> . Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm> . Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm> . Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 abr. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm> . Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 out. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> . Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 3 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm> . Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2008/l11690.htm> . Acesso em: 13 jun. 2016.

gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm > . Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm> . Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 maio 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm> . Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm> . Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> . Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal** – AP: 307 DF, Relator: Ilmar Galvão, data de julgamento: 13 de dezembro de 1994. Tribunal Pleno, 13 out.

1995. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746845/acao-penal-ap-307-df>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal: parte especial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva.

_____. **Curso de direito penal: parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2008.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COSTA JR, P. J. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 1989.

_____. **Curso de direito penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, R. S. **Direito penal: parte especial – crimes funcionais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2005.

DELMANTO, C. **Código Penal anotado**. Freitas Bastos, 1986.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 22. ed. 2ª. reimp. São Paulo: Atlas, 2009.

FARIA, B. **Código Penal brasileiro**. vol. V, 1943.

FRAGOSO, H. **Lições de Direito Penal**. vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FRANCO, A. S; STOCO, R. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed., São Paulo: RT, 1992.

GASPARINI, D. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRECO, R. **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRINOVER, A. P. **Eficácia e autoridade da sentença penal**. São Paulo: RT, 1978.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, vol. 9, 1959.

JESUS, D. E. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Saraiva. I.º vol, 1985

_____. **Código Penal anotado**. Saraiva, 1989.

_____. **Direito penal: parte geral**. 28. ed. São Paulo: Saraiva. v. 1, 2005.

MACHADO, A. **Crimes funcionais comuns**. Forense, RJ, 2013.

_____. Juizados Federais Virtuais Cíveis. Santa Catarina: Conceito, 2009. p. 108-123.

_____. Nova desobediência judicial. **Jornal Diário do Nordeste**, Fortaleza, edição de domingo, 16 ago. 2009.

_____. **Questões polêmicas de direito**. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

MASSON, C. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Gen/Método, 2009.

MEDINA, R. C. A. (Org.). **Direito penal acadêmico: parte geral**. 1. ed. Rio de Janeiro: De Andréa Ferreira & Morgado Editores, 2008.

MIRABETE J. F. **Código Penal interpretado**. Atlas, 2015.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de direito penal**, 22. ed.

_____. **Manual de direito penal, I. Parte geral: arts. 1.º a 120 do CP**.

18. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Manual de direito penal, I. Parte geral: arts. 1.º a 120 do CP.**
25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, G. S. **Código Penal comentado.** 7. ed. 2. tiragem. São Paulo:
RT, 2007.

TELES, N. M. **Direito penal: arts. 1.º a 120.** 2. ed. São Paulo: Atlas,
2006.

_____. **Direito Penal** – arts. 213 a 359-H. 2. ed. São Paulo: Atlas,
2006.