FUNCIONÁRIO PÚBLICO — CONDENAÇÃO CRIMINAL — PERDA DE FUNÇÃO — COMUTAÇÃO DA PENA

— A pena acessória, da perda de função pública, quando não aplicada, na época própria, na esfera administrativa, deve ser ajustada em face da comutação superveniente.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO

PROCESSO N.º 5.232-53

A Divisão do Pessoal Civil (D.P.C.) do Ministério da Guerra, solicita a audiência dêste Departamento no anexo processo, relativo à situação funcional de Valdemar Francisco Braga, Artífice, referência 20, da Tabela Numérica de Extranumerário-mensalista da Fábrica do Realengo, daquele Ministério, função na qual é amparado pelo art. 23 do A. D. C. T.

2. O interessado estava prêso desde 1951 (fls. 1), condenado a 3 anos e 9 meses de reclusão, mas nenhuma providência foi adotada a fim de regularizar o seu afastamento, embora a pena aplicada acarretasse a perda de função pública, na forma do item II do art. 68 do Código Penal.

3. A Secretaria Geral daquela pasta aduziu, ainda, com base nas informaãões da referida Fábrica (fls. 3-4), que o interessado pretendia retornar ao serviço (fls. 2), em face de haver sido indultado, por decreto de 25-3-53, e opinou contràriamente a essa pretensão, pois "a pena aplicada, pela sua duração, acarretava-lhe a demissão da função. O indulto, embora tenha interrompido a continuação da reclusão, não anulou os efeitos da pena, os quais foram produzidos na data em que a sentença passou em julgado" (fls. 5).

4. Verifica-se, do exame do assunto, preliminarmente, que o interessado não foi *indultado*, mas, por decreto de 25-3 de 53 (*Diário Oficial* de 27-3-53, página 5.403), o Sr. Presidente da República resolveu *comutar*, "atendendo que o sentenciado Valdemar Francisco Braga já cumpriu mais de 1 ano e 4 meses da pena de 3 anos e 9 meses de reclusão a que foi condenado, como incurso no art. 213, combinado com os arts. 224, letra *a*, 225, § 1.º, ns. I e II, e 226, n.º II, do Código Penal, por sentença do Juiz de Direito da 4.ª Vara Criminal, confirmada por acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal; a mencionada pena para 1 ano e 4 meses.

5. A perda de função pública exercida pelo servidor decorreu do *quantum* da pena de reclusão que lhe foi aplicada (item II do art. 68 do Código Penal), hipótese em que essa pena acessória resulta da "simples imposição da pena principal" (parágrafo único do art. 70 do Código Penal).

6. A comutação, como graça que consiste em redução da pena aplicada ao condenada, importa em extinção de punibilidade (item II do art. 108 do Código Penal), mas sòmente dentro dos limites traçados no ato concessório, de acôrdo com as circunstâncias peculiares a cada caso.

7. A graça extingue as penas acessórias quando total, nelas só se refletindo mediante disposição expressa, cabendo ùnicamente ao Presidente da República a decisão quanto à amplitude do favor.

8. Os efeitos da condenação, em suma, são eliminados na proporção fixada no decreto de concessão da graça e o ato retrotranscrito que beneficiou o interessado não fêz qualquer referência

às penas acessórias, o que demonstra não haver pretendido extinguí-las.

9. A ausência de expedição do competente decreto demissório do interessado, medida que consubstanciaria a pena acessória que lhe foi imposta, não poderá alterar a sua situação e apenas revela uma omissão da Administração a ser sanada, pois a sentença condenatória já passou em julgado (fls. 5).

10. A perda da função pública, como pena acessória, é complemento daquela sentença, que subsiste íntegra, pelo que, mediante os atos necessários, deve ser providenciada a sua completa observância, salvo quanto à reclusão, parte na qual foi alterada pelo ato de graça.

11. Êsse entendimento, apesar das divergências doutrinárias sôbre o assunto, é o que tem prevalecido na esfera administrativa e o Consultor Jurídico dêste Departamento, atual Consultor Geral da República, em parecer de 6-10-49, emitido no processo número 2.430-49 (D. O. de 14-10-49, página 14.659), teve oportunidade de esclarecer:

"4. Em trabalho publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. II, pág. 785, tive oportunidade de abordar a tese e concluir pela negativa. A solução que me pareceu mais acertada foi inspirada na doutrina italiana, segundo a qual *nem o indulto nem a graça se refletem nas penas acessórias, salvo disposição expressa em contrário* (E. Florian, *Trat. de Dir. Penal*, part. ger., vol. 2.º, n.º 926, pág. 1.132, 4.º, ed. 1934).

Esta conclusão foi, aliás, a esposada em decisão do Exmo. Sr. Presidente da República, exarada em 18 de maio de 1945, em exposição de motivos do Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores (Rev. cit., pág. 785)

5. Também o Dr. Odilon Costa Manso, quando Consultor Geral da República, assim opinou em 21 de janeiro de 1947, tendo sido o parecer de Sua Excia. aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República (*Parecer do Cons. Geral da República*, vol. único, parte I, 1947, pág. 113-15)".

E mais adiante, de afirmar: "A circunstância de não ter sido a pena acessória aplicada antes do indulto não pode ter conseqüências de ordem jurídica".

12. O citado parecer do então Consultor Geral da República, de 21-1-47, de referência 30-Q, aliás, foi reiterado em várias ocasiões, quando proferiu os pareceres 35-Q, de 26-1-47, 29-Q, de 6-2-47, e outros.

13. Isto pôsto, esta Divisão entende que se impõe a expedição do ato demissório do interessado, com retroação à data em que a citada decisão condenatória transitou em julgado.

14. Com êste parecer, o processo poderá ser restituído à D. P. S. do Ministério da Guerra.

D. P., em 20 de julho de 1953. — *José de Nazaré Teixeira Dias*, Diretor. — Ao Dr. Consultor Jurídico em 21-8-53. — *Arízio de Viana*, Diretor Geral.

*

PARECER

Consulta o Ministério da Guerra se deve ser lavrado o ato de demissão de extranumerário estável que, condenado a três anos e nove meses de reclusão, teve a pena principal comutada para um ano e quatro meses, conforme decreto do Exmo. Sr. Presidente da República.

2. Embora a pena acessória de perda da função pública resulte da simples imposição de pena de reclusão superior a dois anos (Código Penal, art. 68, número II e art. 70, parágrafo único), deixou de ser executada, administrati-

vamente, em época própria, em virtude de ausência de comunicação.

3. Concedida a graça, pretende o servidor reassumir a função de que se afastou, durante o tempo de cumprimento da pena privativa da liberdade.

4. A tese jurídica a apreciar é, assim, a da extensão dos efeitos da graça à pena acessória, à vista do silêncio do ato presidencial que apenas cuidou da comutação da pena corporal.

5. O Código de 1940 não adotou, a respeito, solução explícita, como o fêz, por exemplo, o Código Penal italiano, estipulando que, salvo menção expressa em contrário, o indulto e a graça não alcançam as penas acessórias (art. 74), ou o Código Penal suíço, estabelecendo que o alcance da graça é determinado no ato de sua concessão (art. 397), nem prolongou a fórmula do estatuto penal anterior (art. 74 da Consolidação das Leis Penais).

6. A regra, no tocante às penas acessórias, é a sua imposição dependente da livre convicção do juiz, cujo silêncio importa exclusão (Roberto Lira, *A Expressão mais simples do Direito Penal*, 1953, pág. 178, e *Comentários ao Código Penal*, vol. II, págs. 447 e 448).

7. Já se acha superada a hermenêutica que entendia obrigatória, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever funcional, ou profissional, a perda da função pública ou a interdição de direitos (Laerte Munhós, *Revista Forense*, vol. 94, pág. 461). O princípio dominante é o da imposição facultativa, segundo o arbítrio judicial e à luz da periculosidade específica do agente (*Revista dos Tribunais de São Paulo*, vol. 138, pág. 74; 191, pág. 629; 126, págs. 46, 57, 71 e 650; 186, págs. 103 e 665; 184, pág. 592; 164, pág. 67; *Revista Forense*, vol. 26, pág. 706; 110, pág. 245; 115, pág. 179; 118, página 238; 128, pág. 214; 131, pág. 252; Roberto Lira, *Comentários ao Código Penal*, vol. II, pág. 447; Osvaldo Herbster de Gusmão, *Das penas acessórias e sua imposição*, 1952, págs. 777 e seguinte).

8. Há, todavia, hipóteses definidas na lei penal em que as penas acessórias decorrem, *ones legis*, da simples imposição da pena principal além de mínimos fixados (Código Penal, art. 70, parágrafo único). Em tais casos, a incidência da pena acessória não necessita, como as demais, ser declarada na sentença. A rigor, a mesma norma penal continua com essa decorrência expontânea, menos, pròpriamente, pena acessória, do que efeito da condenação. Sòmente cabe falar, de fato, em imposição da pena quando, em relação a ela, se exerce a opção jurisdicional que não opera no caso do art. 68, n.º II.

9. Coerente com a dualidade de formas na aplicação das penas acessórias, determina o art. 691 do Código de Processo Penal que o juiz comunicará à autoridade administrativa a sentença transitada em julgado, que *impuser* ou de que *resultar* a perda de função pública, ou a incapacidade temporária para investidura da função pública ou para o exercício de profissão ou atividade.

10. A graça ou o indulto extinguem a punibilidade (art. 169, n.º II do Código Penal) e, quando totais, abrangem a pena acessória. Se parcial o benefício, subsiste a indagação, quanto aos seus eventuais efeitos, se o ato de graça não explicitou a sua extensão às incapacidades ou à perda de função pública.

11. Carlos Medeiros Silva, assinalando a omissão do quadro legislativo brasileiro, opina no sentido de que a melhor solução é a inspirada na doutrina italiana, de que nem o indulto nem a graça se refletem nas penas acessórias, salvo disposição expressa em contrário. Na ausência de texto expresso de lei a

conclusão há de buscar-se na natureza do instituto" (*Revista de Direito Administrativo*, vol. II, pág. 733).

12. Odilon Costa Manso, partindo do pressuposto da execução da pena acessória de perda da função pública, reputa com ela incompatível a medida de clemência (*Parecceres do Consultor Geral da República*, vol. único, parte I, págs. 113, 131 e 157). Ainda Carlos Medeiros Silva mostrou, recentemente, que não cabe o indulto depois de consumada a perda de cargo (*Pareceres do Consultor Geral da República*, vol. III, pág. 249)

13. Decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que "se o decreto concessivo de indulto não se refere às penas necessárias, não tem o funcionário público indultado o direito de retornar ao cargo do qual foi exonerado precisamente em face da decisão criminal que impôs a pena acessória de perda do cargo público" (*Revista Forense*, volume 142, pág. 251).

14. A conclusão é, por certo, inequívoca quando a pena acessória foi *imposta* pelo juiz, em função do grau de periculosidade do réu. A *clementia principis* deve ser manifesta se visa a alcançar tanto a pena corpórea como as interdições de direitos.

15. Quando, porém, a pena acessória independe de ponderação judicial e *resulta* da simples imposição da principal, não subsistirá à comutação desta, abaixo do limite legal. O decreto de graça substitui a sentença, cancelando a condenação. Como observa Roberto Lira, com o endôsso da opinião de Falchi, o ato presidencial é praticado "no exercício de função jurisdicional penal e não sòmente de jurisdição penal executiva" (*Revista Brasileira de Criminologia*, vol. 5, pág. 23).

16. Ensina, ainda aquêle eminente mestre, com a autoridade de co-autor de nossos Códigos, que "as penas acessórias, *em função de quantidade* ou qualidade da sanção principal, serão ajustadas (art. 138 do Código de Processo Penal) à redução ou comutação desta" (Roberto Lira, *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. 6, pág. 366). Nelson Hungria relembra, por igual, que "no caso de simples diminuição ou comutação da pena principal, as penas acessórias devem ser *reajustadas*" (*Novas questões jurídico-penais*, 1945, página 111).

17. Ao juiz incumbe, assim, ajustar a pena acessória *resultante* da quantidade da principal, quando esta, pela comutação, decair do limite estabelecido no art. 63, n.º II, do Código Penal. Não cabe à autoridade administrativa, uma vez consumada a execução da pena, desfazer, espontâneamente, os seus efeitos.

18. Se, porém, como na hipótese atual, não se consumou a pena acessória, se a perda da função pública não foi, *oportuno tempore*, efetivada na instância administrativa, não mais cabe cogitar da execução de pena extinta. O título executivo que era o dispositivo da sentença desapareceu, porque sobreveio o decreto presidencial, fixando novo valor à condenação. E êste, já agora não participa do mesmo *resultado*, ou seja, da decorrência obrigatória da pena acessória.

19. Sou, portanto, de parecer que não mais se justifica a expedição seródia do ato demissório, podendo o interessado reassumir o exercício da função em que é estável.

Rio de Janeiro, 26 de setembro de 1953. — *Caio Tácito*, Consultor Jurídico.

Aprovado. — Em 30-9-53. — *Arízio de Viana*, Diretor-Geral.