FUNCIONÁRIO PÚBLICO — DEMISSÃO — FALTA DISCIPLINAR — PRESCRIÇÃO

— A falta disciplinar, também prevista na lei penal, como crime, prescreve juntamente com esta.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cláudio Pastor Dacier Lobato *versus* Exmo. Sr. Presidente da República
Mandado de segurança nº 19 986 — Relator: Sr. Ministro
XAVIER DE ALBUQUERQUE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, de conformidade com a ata de julgamento e notas taquigráficas, por maioria de votos, conceder a segurança.

Brasília, 2 de junho de 1976. *Djaci Alves Falcão*, Presidente. *Xavier de Albuquerque*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Cláudio Pastor Dacier Lobato impetra mandado de segurança contra ato do Sr. Presidente da República consubstanciado no decreto de 11.7.73, que o demitiu, a bem do serviço público, do cargo de Médico Puericultor, nível 21, do Quadro de Pessoal do Ministério da Saúde, por haver praticado lesão aos cofres públicos.

O impetrante expõe que o ato impugnado deu desfecho ao processo administrativo nº 6 951, de 1972, do Ministério da Saúde instaurado para apurar irregularidades ocorridas na Delegacia Federal da Criança então sediada em Belém, Estado do Pará, da responsabilidade da funcio-

nária Angela Batalha Cardoso, inquérito esse que envolveu o impetrante por ter sido, durante certo tempo do período compreendido pelas investigações, Delegado Federal da Criança, titular da referida Delegacia; que a Comissão de Inquérito concluiu pela responsabilidade da citada funcionária, tanto que veio ela a ser condenada pelo crime de peculato doloso, mas propôs que ao impetrante fosse aplicada a pena de suspensão por haver praticado falta grave consistente em não ter exercido fiscalização sobre seu subordinado, omitindo-se no exercício do cargo de Delegado Federal da Criança e descumprindo, na administração do órgão, normas legais vigentes, embora reconhecesse ser público e notório o padrão de honradez de cada um dos ex-Delegados, um dos quais o impetrante; que as conclusões da Comissão de Inquérito foram, todavia, refugadas pelo DASP, que propôs a demissão do impetrante.

Sustenta o impetrante, a seguir, a extinção da punibilidade administrativa por força de prescrição consumada. Mostra que o Ministério Público Federal, pelos mesmos fatos objeto do referido processo administrativo, ofereceu denúncia contra Angela Batalha Cardoso e João Batista da Silva Branco pelo crime de peculato doloso, e contra o impetrante e demais ex-Delegados, por peculato culposo; que a denúncia foi recebida mas, logo após, depois de ouvido o Ministério Público, o Juiz Federal reconheceu a prescrição da ação penal relativamente ao crime de peculato culposo atribuído aos ex-Delegados e decretou a extinção da punibilidade, dado que se haviam passado mais de quatro anos desde 2.5.68, Quando cessou a continuação. Invoca o art. 213, parágrafo único, da Lei 1 711/52, segundo o qual a falta também prevista na lei penal como crime prescreverá juntamente com este, e anota que a Subchefia Administrativa do Gabinete Civil da Presidência da República reconhecera, antes da prática do ato impugnado, a prescrição administrativa, sendo todavia contrariada pela Consultoria Jurídica do DASP, com base em cujo parecer acabou por ser lavrado o decreto de demissão.

A impetração também se baseia em nulidade do processo administrativo que deu origem ao ato impugnado, por não haver sido nele assegurada ao impetrante a ampla defesa a que se referem a Constituição e a lei.

O Sr. Presidente da República prestou informações elaboradas pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde. Nelas se diz, em resumo, que a Consultoria Jurídica do DASP acertadamente entendera haver o impetrante agido com dolo, por ter assumido o risco de produzir o resultado, pelo que, sendo doloso o peculato, a prescrição só ocorreria após dezesseis anos da consumação do delito; que, ainda que se aceitasse a modalidade culposa, teria sido a prescrição interrompida pela instauração de inquéritos administrativos precedentes, os quais, embora anulados, teriam produzido tal efeito interruptivo; que, sendo independentes as responsabilidades penal e administrativa e as respectivas instâncias, a decisão administrativa não estava sujeita à decisão judicial que reconhecera a prescrição; que também não houve cerceamento da defesa do impetrante no processo administrativo que deu causa à sua demissão.

A Procuradoria-Geral da República ofereceu o seguinte parecer (fls. 121-125):

"Insurge-se o impetrante contra ato do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, que, com fundamento no art. 207, item VIII, combinado com o art. 209, da Lei 1 711, de 28 de outubro de 1952, o demitiu do cargo que ocupava, *a bem do serviço público,* por haver o

mesmo, conforme apurado no Processo Administrativo número 6 951, de 1972, do Ministério da Saúde, praticado *lesão aos cofres públicos* (fls. 15).

Pretende a declaração de nulidade de ato demissório sob duplo fundamento: prescrição da falta ensejadora do decreto de demissão, como decorrência da prescrição do crime de peculato culposo, que estava a responder perante a justiça federal, e cerceamento de defesa.

Improcedem, a nosso ver, os aludidos argumentos.

Com efeito, no tocante à prescrição, funda-se o impetrante no parágrafo único do art. 213 do Estatuto dos Funcionários, segundo o qual *a falta também prevista na lei penal como crime prescreverá juntamente com este.*

Ocorre que não há como aplicar à espécie o aludido preceito pois o fundamento do ato demissório não foi a prática de crime contra a administração (Estatuto, art. 207, I), mas de lesão aos cofres públicos (Estatuto, art. 207, VIII).

Ora, na consonância do art. 200 do Estatuto dos Funcionários, as instâncias penal e administrativa são independentes entre si. Conseqüência do princípio é que o ilícito penal não se confunde com o ilicíto administrativo e bem assim a prescrição em matéria administrativa nada tem a ver com a prescrição em matéria penal.

Não tem, assim, aplicação ao caso em exame o conhecido ensinamento do eminente Nelson Hungria preconizado pelo impetrante, segundo o qual (fls. 8) "quando duas sanções, a penal disciplinar e a penal comum, forem cominadas para o mesmo fato, não padece dúvida a necessidade de coordenação entre os dois poderes para evitar o *bis in idem* ou a contradição de pronunciamento sobre matéria substancialmente idêntica, *dando-se prevalência ao poder judicial* (grifamos) (In "Novas Questões Jurídico Penais", p. 271)."

E, ainda que se pretendesse, forçando a sistemática do Estatuto dos Funcionários, que, na lesão aos cofres públicos, compreendido estaria o crime de peculato, cabe esclarecer que a simples extinção da punibilidade deixa suficiente resíduo para a prática do ato demissório, pois não afasta a existência do crime e os incomensuráveis danos de ordem moral para a administração.

Nesse sentido, é que dispõe a *Súmula* nº 18 dessa Excelsa Corte:

"Pela falta residual, não compreendida na obsolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público."

Além disso, o ato impugnado ressultou do Processo Administrativo nº 6 971, de 1972, do Ministério da Saúde, tendo sido publicado no *Diário Oficial* de 12.7.73 (fls. 15), enquanto a decretação da punibilidade se deu nos autos da Ação Penal número 5 503, datando de 26.10.73 (fls. 84-92-92v.), *portanto de data posterior à em que foi baixado o ato cassatório.*

Ora, nos termos da Constituição (E.C. nº 1/69, art. 153, § 21), pressuposto do mandado de segurança, além da liquidez e certeza do direito, é que haja ato ilegal de autoridade ou que o mesmo tenha sido praticado com abuso do poder, o que, ora, não se verifica.

Com efeito, o processo administrativo observou a todas as formalidades da lei. Daí ter sido praticado o ato demissório, nele fundamentado, na forma da lei e sem abuso de poder. Em conseqüência, não faz sentido, dada a independência das instâncias penal e administrativa, vinculá-lo a ato do Poder Judiciário. E, muito menos, conforme ocorre na espécie: *subordiná-lo a ato futuro do Poder Judiciário!*

Efetivamente, é inconcebível que se possa praticar ato ilegal ou abusivo por antecipação.

De outra parte, improcede o alegado cerceamento do direito de defesa, que, aliás, conforme resulta da própria petição inicial, trata-se de argumento secundário, pois conforme ali se afirmou "o fulcro principal da questão e que se constitui no suporte legal da presente impetração reside na prescrição extintiva decretada pela Justiça Federal da 1ª instância quanto à falta atribuída ao ora impetrante." (fls. 5).

De fato, ultimada a instrução, o impetrante foi citado para oferecer defesa escrita, sendo-lhes facultada a vista dos autos (fls. 102). E exerceu esse direito de forma ampla, conforme resulta do Relatório da Comissão de Inquérito (fls. 44-45). Cumprido, foi, portanto, o art. 222 do Estatuto dos Funcionários.

Cabe assinalar que os princípios aplicáveis ao direito administrativo não são os mesmos próprios à matéria penal.

O princípio do contraditório, quando aplicado ao processo administrativo, assume conotações próprias, seja porque neste há predominância do sistema inquisitório na fase instrutória seja porque não está aquele processo, em regra, sujeito a rígido formalismo, limitando-se as leis a discriminar as formalidades essenciais e as linhas gerais da marcha do processo (Marcello Caetano), Manual de Direito Administrativo, 1ª Edição Brasileira, Forense, 1970, Tomo II, p. 1 185).

Em tais condições, na consonância do que resulta dos autos, não há como acolher o pedido de segurança, seja porque não houve nenhuma lesão a direito, seja porque o direito à mesma não se reveste, à vista da prova, dos pressupostos de liquidez e certeza, tanto quanto porque não se verificou, na espécie, nenhuma prática de ato ilegal por parte da excelentíssima autoridade impetrada e, muito menos, a prática de ato com abuso de poder.

Em conclusão, pois, o parecer é pela denegação do *writ*.

Brasília, 14 de maio de 1974. *Antônio de Pádua Ribeiro*, Procurador da República.

Aprovo: *J. C. Moreira Alves*, Procurador-Geral da República."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque (Relator): Em seu relatório, trazido aos autos por cópia autenticada, a Comissão de Inquérito assim resumiu o que aconteceu na repartição de que foi chefe durante certo tempo, o impetrante (fls. 38-39):

"Conforme pode ser constatado, a ex-Delegacia funcionava com duas Carteiras de Pagamentos: uma sob a responsabilidade de Assicléia e que cuidava dos recursos pagos por intermédio da Delegacia Fiscal; a segunda, que era a Carteira da Campanha Educativa e Auxílios, sob a responsabilidade de Angela Batalha Cardoso, movimentava recursos recebidos diretamente da Direção Geral do DNCRI, tanto orçamentários como extra-orçamentários.

Na primeira tudo correu sem maiores problemas; enquanto que, na segunda, seu funcionamento foi desastroso e desordenado, redundando nos fatos que deram origem ao presente inquérito."

Tratando, mais adiante, da responsabilidade administrativa dos indiciados no inquérito, disse a Comissão (fls. 68-70):

"O art. 196 da Lei 1 711/1952 estabelece que o funcionário responde civil, penal e administrativamente, pelo exercício irregular de suas atribuições.

A responsabilidade civil decorre de procedimento doloso ou culposo que im-

porte em prejuízo da Fazenda Nacional ou de terceiros (art. 197 da mesma lei).

A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao funcionário nessa qualidade (art. 198) e a responsabilidade administrativa resulta de atos ou omissões praticados no desempenho do cargo ou função (art. 199 da mesma lei).

Conforme ficou devidamente apurado nos presentes autos, os ex-Delegados Cláudio Pastor Dacier Lobato, Mário Rodrigues Ferreira e Anna Roffé Ferreira de Lemos, no exercício do cargo, exerceram suas funções de forma irregular, violando normas e regulamentos vigentes, demonstrando falta de zelo administrativo, cometendo omissões graves e não exercendo fiscalização sobre seus subordinados, dando margens a uma série de ocorrências danosas para a administração pública, estando, portanto, sujeitos a sanções administrativas.

Embora seja reconhecida a probidade dos ex-Delegados e a honorabilidade dos mesmos, as omissões cometidas a falta de fiscalização e o desrespeito à legislação, os comprometeram funcionalmente. A fiscalização sobre os seus subordinados é condição essencial a qualquer dirigente, visto que, a não adoção dessa medida poderá acarretar a prática de atos irregulares, cujos reflexos atingirão inevitavelmente, a autoridade dirigente.

Embora a Direção-Geral do DNCRI enviasse adiantamentos à ex-Delegacia Federal da Criança da 1ª Região, em flagrante desrespeito ao disposto no art. 69 da Lei 4 320/64, cabia aos ex-Delegados proceder regularmente à aplicação desses adiantamentos, implantando um sistema contábil e realizando a movimentação desses recursos através de cheques nominais. Agindo como agiram, na qualidade de Ordenadores de Despesas (doc. de fls. 186) se tornaram responsáveis pelas irregularidades ocorridas e os danos causados à Fazenda Nacional, não podendo, conseqüentemente, se beneficiarem com o disposto no § 2º do art. 80, do Decreto-lei 200/67.

"Responderão pelos prejuízos que causarem à Fazenda Pública o Ordenador de Despesas e o responsável pela guarda de dinheiros, valores e bens" (art. 90 do Decreto-lei 200/67).

Não reside, apenas, aí, as irregularidades cometidas. Todos os pagamentos efetuados pela Carteira da Campanha Educativa e Auxílios, não foram feitos mediante a emissão do prévio empenho, infringindo o art. 60 da Lei 4 320/64, já citada. As prestações de contas não eram realizadas nem se adotavam medidas rígidas para regularizar essa situação. Nenhuma comunicação foi feita à Agência do Banco do Brasil, indicando nomes de Ordenador de Despesas e do encarregado do Setor Financeiro, para efeito de movimentação da conta bancária. As portas estavam abertas e o caminho livre para Angela Batalha Cardoso executar tranqüilamente sua ação nefasta e devastadora."

E concluiu, ao fixar a responsabilidade administrativa do impetrante (fls. 70-71):

"No período em que dirigiu a ex-Delegacia Federal da Criança da 1ª Região, deixou de exercer fiscalização sobre seu subordinado encarregado da Carteira da Campanha Educativa e Auxílios, e omitiu-se na sua função de cumprir e fazer cumprir as normas legais e regulamentares que disciplinam as atividades administrativas no Serviço Público, ressultando a sua conduta desastrosa em prejuízo à Fazenda Nacional."

Propôs a Comissão, por isso que ao impetrante fosse aplicada a pena de suspensão (fls. 74). A seguir, passando a tratar de sua responsabilidade civil, en-

tendeu que o impetrante devia indenizar prejuízos causados à Fazenda Nacional no montante de Cr$ 28.155,82, referente a recursos movimentados no 4º trimestre de 1966 e nos 2º e 3º trimestres de 1967, com a emissão de cheques ao portador, recursos esses resultantes do recebimento de adiantamentos enviados pela Direção Geral do extinto Departamento Nacional da Criança e sacados na Agência do Banco do Brasil, sem a apresentação dos elementos comprobatórios das despesas correspondentes (fls. 76-77).

São ainda do relatório da Comissão de Inquérito estas considerações:

"A ex-Delegacia Federal da Criança era dirigida por um Delegado, ocupante de cargo em Comissão e nomeado por Decreto. Não dispunha de uma infra-estrutura que lhe permitisse dar cumprimento, tranqüilo e seguro, às tarefas que estavam a seu cargo, na execução de seus programas de trabalho. Esse aspecto negativo contribuiu para que os Delegados lançassem mão de qualquer funcionário ou prestador de serviço para desempenharem atividades administrativas, atribuindo-lhes funções de fato que não existiam de direito, com desvio de função do cargo efetivo, em infringência do art. 47 da Lei 3 780/60. Lamentavelmente, essas autoridades ao atribuírem esses serviços, não procuravam acompanhar o desenvolvimento do processo de trabalho nem exerciam fiscalização sobre a execução dos mesmos, deixando a critério desses auxiliares o livre funcionamento de suas atividades.

Essa conduta irregular dos Delegados, a omissão, a falta de zelo administrativo e de fiscalização, constituíram os fatores determinante dos desmandos existentes na área administrativa da ex-Delegacia e que se fizeram sentir, de forma marcante e desmoralizadora, no Setor de Pagamentos, com prejuízos para a Fazenda Nacional e para o bom nome daquele Orgão, os quais serão enumerados de acordo com o que ficou apurado." (fls. 18-19)

.....

"Todos os fatos apurados, acima relacionados, retratam, fielmente, o estado de coisas reinantes na ex-Delegacia, frutos da passividade e da indiferença de seus dirigentes que, assim agindo, contribuíram decisivamente para os desmandos administrativos implantados no referido órgão.

Tivessem eles procurado fiscalizar seus subordinados, verificarem o processamento regular das despesas e a aplicação dos recursos, teriam evitado que as verbas da ex-Delegacia tomassem outro destino." (fls. 20).

Finalmente, considerou a Comissão outros fatores que também contribuíram para o estado de coisas reinante na malfadada repartição, entre eles incluindo este (fls. 73):

"A inexistência de uma infra-estrutura adequada que permitisse a ex-Delegacia executar, tranqüilamente seu programa de trabalho, a falta de um quadro de pessoal qualificado nas carreiras administrativas que possibilitasse aos dirigentes da repartição recrutar e selecionar funcionários capazes para o desempenho de determinadas funções, a falta de assessoramento da Direção Geral e o despreparo evidente dos dirigentes para o exercício do cargo de que estavam investidos, se associaram aos demais fatores negativos já mencionados, formando o grande complexo administrativo em que se viram envolvidos os próprios ex-Delegados e dentro do qual surgem, funcionalmente, como os responsáveis diretos pelas irregularidades praticadas em suas administrações, embora seja público e notório o padrão de honradez de cada um deles."

Antes de subir o processo administrativo à Presidência da República, transitou pelo DASP e este discordou da proposta da Comissão de Inquérito, no sentido de que fosse aplicada aos ex-Delegados a pena de suspensão. Entendeu que, ao invés, cabia a aplicação da pena de demissão, dado que dolosa, e não culposa, fora a conduta desses servidores.

Na Presidência da República, pronunciamento da Subchefia Administrativa, da lavra do Dr. Walmor Franke, propôs que o processo voltasse ao DASP para ser ouvida a sua Consultoria Jurídica. Está assim fundamentado esse pronunciamento (fls. 95-96):

"O inquérito apresenta mais algumas facetas jurídicas, dignas de maior indagação.

Os fatos (emissão de cheques ao portador, omissão de medidas de fiscalização sobre a funcionária Angela Batalha Cardoso, encarregada da Carteira da Campanha Educativa e Auxílios, e que, no inquérito, aparece como beneficiária das quantias desviadas e dos alcances verificados), esses fatos, em verdade, ocorreram no 4º trimestre de 1966, no 2º, 3º e 4º trimestres de 1967 e no 1º trimestre de 1968. Conseguintemente, há mais de quatro anos.

Parece certo que nenhum dos ex-Delegados se beneficiou com as quantias e valores desviados. O que se afigura mais consentâneo com a prova, é que, por omissão ou negligência, concorreram eles para que a funcionária Angela Batalha Cardoso, aliás condenada por crime de peculato doloso (fls. 322 a 330v.) se apropriasse de tais quantias e valores. Não seria de excluir-se, assim, em relação do peculato culposo previsto no art. 312, § 2º, do Código Penal, com a imposição da pena de detenção de três meses a um ano.

Ora, a Lei 1 711/52, no parágrafo único do seu art. 211 estatui que "a falta também prevista na lei penal como crime prescreverá juntamente com este". E o Código Penal no seu art. 109, item V, estabelece que "se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não exceder a dois", a prescrição é de *quatro anos.*

No art. 111, o Código Penal dispõe;

"A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr;

a) do dia em que o crime se consumou;

b)

c) nos crimes permanentes ou continuados, no dia em que cessou a permanência ou a continuação...".

Em qualquer caso, do 1º trimestre de 1968 até hoje decorreram mais de quatro anos. Admitindo-se, por hipótese, a figura do peculato culposo, a prescrição administrativa da falta disciplinar correspondente também já estaria prescrita, nos termos do art. 213, parágrafo único, da Lei 1 711/1952."

Não obstante tal pronunciamento, a Consultoria Jurídica do DASP entendeu configurar-se peculato doloso, sob a forma de dolo de perigo, pelo que não estaria consumada a prescrição. A vista de seu parecer, o Sr. Presidente da República, praticou, finalmente, o ato impugnado, demitindo o impetrante do cargo que ocupava.

Considerados os fatos como os colocou o relatório da Comissão de Inquérito, não vejo como admitir a violência de divisar dolo, ao invés de culpa, na conduta do impetrante. O próprio Ministério Público o denunciou, por esses mesmos fatos, como havendo praticado peculato culposo, instaurando contra ele ação penal que não prosperou por já se haver exaurido o prazo prescricional. Nem poderia

agir de outro modo o órgão da acusação pública, pois se tratava, no caso, de peculato-desvio, para cuja configuração se exige, como é de pacífica doutrina, o dolo específico, não bastando o dolo genérico.

Segundo o mesmo relatório da Comissão de Inquérito, o impetrante deixou o cargo de Delegado Federal da Criança a 8.9.67. Sendo de quatro anos o prazo prescricional, assim penal como administrativo (art. 213, parágrafo único da Lei 1 711/52), é manifesto que já se havia exaurido quando, a 28.5.73 (fls. 85/88), foi o impetrante denunciado por peculato culposo, bem como quando, a 11.7.73, foi demitido a bem do serviço público.

Não se trata de fazer valer, para o efeito de condicionar a decisão na instância administrativa, a decisão proferida na ação judicial, porque é ininfluente, para o reconhecimento da prescrição administrativa, a circunstância de haver ou de não haver sido reconhecida a prescrição penal. Trata-se apenas de apurar, abstraída a decisão judicial que decretou a prescrição penal, se a prescrição administrativa se consumou, ou não. Por esse mesmo motivo, não tem qualquer pertinência a *Súmula* 18, invocada no parecer da douta Procuradoria-Geral; só caberia falar de falta residual, para justificar a punição, se esta não estivesse alcançada pela prescrição.

Não procede, finalmente, o argumento contido nas informações, de que a instauração de inquéritos administrativos, anteriores àquele que desfechou no ato impugnado, teriam interrompido a prescrição. Sem embargo da opinião contrária de Themístocles Cavalcanti (*Direito e Processo Disciplinar*, p. 172), prevalece na doutrina e na jurisprudência administrativa o entendimento de que, no silêncio da lei, não há causas de interrupção ou suspensão da prescrição administrativa (Menegale, *O Estatuto...*, 2/624; parecer da Consultoria Jurídica do DASP, *in* Pessoa Sobrinho. *Manual...*, 2/1 109). Na melhor hipótese para a administração, interrompe-se a prescrição administrativa quando esta é igualada à prescrição penal, mas somente pelas causas capazes de interromper esta última (parecer da Consultoria Jurídica do DASP, *in* Pessoa Sobrinho, *Manual...* 2/1 113).

É manifesto, portanto, que o ato impugnado demitiu o impetrante quando já se achava extinta a punibilidade administrativa, graças à prescrição consumada.

Reconhecendo a prescrição, dispenso-me de examinar o segundo fundamento da impetração, pertinente ao cerceamento da defesa do impetrante no processo administrativo.

Concedo a segurança.

EXTRATO DA ATA

MS nº 19 986 — DF — Rel., Ministro Xavier de Albuquerque. Reqte., Cláudio Pastor Dacier Lobato (Adv., Egydio Machado Salles). Reqdo., Exmo. Sr. Presidente da República.

Decisão: Adiado o julgamento, por haver pedido vista o Ministro Antonio Neder, depois dos votos do Relator e do Ministro Rodrigues Alckmim concedendo a segurança.

Presidência do Sr. Ministro Eloy da Rocha. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Luiz Gallotti, Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque e Rodrigues Alckmim. Procurador-Geral da República, o Professor José Carlos Moreira Alves.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Antonio Neder: 1. A presente Ação de Segurança nº 19 986

proposta por Cláudio Pastor Dacier Lobato contra o Sr. Presidente da República, de que é relator o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque, versa a mesma questão suscitada na que julgamos pouco antes, Ação de Segurança nº 19 987, proposta por Mário Rodrigues Ferreira contra aquela eminente Autoridade.

Pedi vista destes autos para julgar em conjunto as duas ações, porque ambas questionam fatos apurados no Processo Disciplinar nº 6 951, do Ministério da Saúde, e impugnam atos praticados por causa do que se provou no sobredito processo, e, também, porque se deduz, numa e noutra, o mesmo razoado, enfim, por serem idênticas quanto à fundamentação e ao pedido.

Ao estudar estes autos cheguei à mesma conclusão já externada por mim no julgamento anterior, isto é, que o impetrante Cláudio Pastor Dacier Lobato cometeu, com o ilicito disciplinar ou administrativo que lhe foi atribuído, o crime de peculato doloso, e não culposo, como sustenta em sua impetração, entendimento aceito pelo Sr. Ministro Xavier de Albuquerque, de quem, *data venia*, estou discordando.

Para não prolongar este julgamento, eu me reporto à fundamentação e à conclusão do voto que proferi no anterior.

Esclareço apenas que, para formar meu convencimento neste caso, eu me fixei no que se contém nas peças destes autos a seguir enumeradas: fls. 19, 29, 30, 44, 45, 49, 68, 70, 71, 73, 74, 76, 77, 79 a 83, 85 a 88, 93 a 97 e 98 a 101.

Quanto ao mais, prevalece, na substância, o voto que proferi no MS nº 19 987, voto esse que vai anexado a estoutro.

2. Peço vênia ao nobre Ministro Xavier de Albuquerque para, discordando de S. Exa., negar a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Neder (Relator): 1. O primeiro fundamento da petição é o de que foi cerceada, no processo disciplinar, a defesa do Impetrante.

Sucede que o relatório feito pela Comissão processante, fls. 16 a 78, contém análise minuciosa da defesa que o Requerente produziu no sobredito processo, e pelo que se verifica em tal documento não é difícil concluir-se que a defesa do Impetrante foi exercida em termos completos.

Para que o Tribunal possa formar juízo acerca do pormenor, leio no mencionado relatório o trecho que se refere a Mário Rodrigues Ferreira (fls. 53 a 57): ... (lê).

Demonstra esta passagem que a defesa do Impetrante não contém séria reclamação contra qualquer cerceadura.

Sabe-se que o procedimento disciplinar se desenvolve nestas etapas: a) a da instrução, pela qual o órgão processante recolhe provas do ilícito e de quem seja o seu autor; b) a defesa, em que ao indiciado é permitido produzir contraprova e alegações; c) o relatório, pelo qual a Comissão do processo expõe e analisa o seu conteúdo para opinar por que se condene ou absolva o funcionário; d) a decisão, em que autoridade competente julga que procede ou improcede a acusação.

Pois bem, todas essas formalidades essenciais à validez do processo agora discutido (e isto se verifica no relatório copiado nestes autos), a Comissão processante as cumpriu cuidadosamente.

Um dos argumentos a que o Impetrante confere certa relevância é o de que seu nome não é referido como indiciado na portaria com que se instaurou o processo disciplinar, e nisso ele vislumbra limitação à sua defesa; mas improcede o alegado, porque, ao regular a matéria, o art.

217 da Lei nº 1 711 de 28.10.52 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União) sequer contém referência à prévia indiciação do autor da falta ou ilícito a ser investigado; aliás, uma tal formalidade não se harmonizaria com o direito disciplinar que a citada lei regula, pois conciliando o propósito da Administração de punir o faltoso com o de preservar o bom nome do inocente, não poderia ela exigir que a indiciação do autor do ilícito fosse feita de logo, antes da instrução, visto que, ao fazê-lo, a autoridade instauradora do processo poderia denunciar um estranho ao fato e por essa forma comprometer-lhe injustamente a boa fama; doutro lado, a prévia denunciação poderia traduzir arbitrariedade do acusador; demais, prevalecendo tal entendimento, não se poderia instaurar processo disciplinar no caso em que não fosse conhecido, antes, o autor do ilícito; portanto, a orientação justa não é a preconizada pelo Impetrante, mas, isto sim, a que foi seguida pelo direito positivo, qual a de, preliminarmente, pesquisar-se o fato e quem seja o seu autor, para, em seguida, formalizar-se a acusação mediante chamamento do indiciado ao processo para deduzir sua defesa.

Ao argumentar sobre o pormenor o Impetrante repete as mesmas razões dos que pretendem sustentar que os atos e termos da defesa no processo disciplinar devem ser os mesmos do processo criminal, mas a improcedência dessa tese, ou, melhor dito, dessa pretensão, é reconhecível de plano e raso, porque são diferentes as respectivas matérias e finalidades, visto que no primeiro prevalecem o interesse e a primazia óbvios da Administração Pública, tanto que esta, por isto, investiga o fato ilícito, verifica o seu autor, promove a denúncia deste, admite sua defesa e o julga; sim, pois no processo disciplinar, por ser inquisitivo, a Administração, a despeito de ser ofendida, se reserva o poder de instrução, acusação e julgamento, isto é, de fazer justiça por si mesma, juiz que é dos direitos pertinentes ao serviço público que lhe é atribuído; numa palavra, o poder disciplinar, matéria do processo desse nome, só não é discricionário porque admite o direito de defesa; de qualquer forma, não é perante o Judiciário que se deve sustentar a tese da sua jurisdicionalização, mas, isto sim, o Legislativo.

Outro ponto a que o Impetrante concede importância é o de que, no processo disciplinar, foi ele inquirido como testemunha e não como indiciado; mas isso é minúcia que não influi na defesa, porque esta é feita *após a instrução* e à vista do que foi apurado nela; doutro lado, importa no caso é o conteúdo material do depoimento e não o título que se lhe imprima; demais, o processo disciplinar é inquisitivo na fase instrutória, e, por isto, não se tem como admitir que o indiciado intervenha nela, qual se fosse contraditória; note-se, aliás, que, ao dispor sobre o procedimento disciplinar, a Constituição (art. 105, II) não o incluiu no sistema da contraditoriedade, como fez ao criminal (art. 153, § 16); portanto, garantindo o direito de o funcionário se defender amplamente no processo disciplinar e lhe negando ao mesmo tempo a contraditoriedade, a Carta Fundamental deixou clara sua orientação de definir como *inquisitório* o processo disciplinar e de fixar para depois da instrução a fase defensória; finalmente, não se vê na Constituição (art. 105, II), nem na Lei nº 1 711 de 1952 (arts. 217 e seguintes), como em qualquer diploma legal, sequer por sombras, nenhuma palavra que obrigue a inquirição do funcionário acusado, e por isto se pode concluir que a falta desse ato não compromete a validez do processo; é certo que o art. 105, II, da Constituição, ga-

rante ao indiciado o direito de plena defesa, mas é também certo que tal direito pode ser exercitado *por escrito*, mediante alegações, e não necessariamente por meio de inquirição; assim como assim, o defeito alegado, no ponto, pelo Impetrante, não merece debate maior, porque o relatório da Comissão processante demonstra que o Requerente foi inquirido como *indiciado* e não testemunha.

Concluo que, no referente à defesa, nenhum prejuízo sofreu o autor da impetração.

2. E quanto ao segundo fundamento, que é o da prescrição?

No assunto, meu entendimento é o de que o ilícito disciplinar cometido pelo Impetrante configura também peculato doloso, definido no *caput* do art. 312 do Código Penal, cuja punibilidade, antes de transitar em julgado a sentença final (salvo o disposto no parágrafo único do art. 110 do mesmo Código, ressalva que não interessa a este caso), se extingue, pela prescrição, em dezesseis anos (Código Penal, art. 109, II, comb. com o seu art. 312); e considerando que o crime foi cometido entre outubro de 1965 e maio de 1968 (fls. 17, 86, 89 e 95), e que do último é que se conta o prazo prescribente, concluo que só em 1984, precisamente em 2.5.84, se poderá cogitar de prescrição extintiva da punibilidade no caso discutido; ora, o decreto presidencial impugnado pelo Impetrante é de julho de 1973 (fls. 13), portanto anterior ao fim do prazo configurador da prescrição.

Para concluir deste modo, eu me firmei no parecer adiante copiado e produzido no DASP, que analisou em profundidade o processo disciplinar (fls. 79 a 83):

"Instaurou-se no Ministério da Saúde processo administrativo para apurar "irregularidades ocorridas na Delegacia Federal da Criança da 1ª Região — Pará, atualmente integrada na Delegacia Federal de Saúde da 2ª Região (...) que envolvem, entre outros, Cláudio Pastor Dacier Lobato (...) e Anna Roffé Ferreira de Lemos, "Médicos Puericultores, nível 21, ex-titulares daquela Delegacia.

2. O processo seguiu os trâmites legais e os acusados, em número de quatro, apresentaram defesa em tempo hábil.

3. A comissão de inquérito, que teve atuação marcante, concluiu pela responsabilidade administrativa e civil dos médicos Cláudio Pastor Dacier Lobato, Mário Rodrigues Ferreira, Anna Roffé Ferreira de Lemos e da Agente Social Angela Batalha Cardoso, esta, à época já expulsa do serviço público em decorrência de decisão judicial.

4. Vejamos, então, o processo apenas com relação aos três primeiros acusados (Formulação) DASP nº 182 (*D.O.* de 20.12.71).

5. Os acusados, no desempenho do cargo de Delegado Federal da Criança da 1ª Região (Pará), praticaram, ao arrepio da Lei, atos altamente lesivos aos cofres públicos, considerados, não obstante, culposos e puníveis com suspensão.

6. Faz-se necessário um exame do Relatório da comissão, para podermos dizer das conclusões a que chegou.

7. Todos os Delegados, sem distinção, geriram a coisa publica com descaso digno de um pródigo, mas conscientemente. E a comissão de inquérito reconheceu esse comportamento, tanto que clamou aos céus *diante de tanta barbaridade* (fls. 397).

8. O Relatório apresentado pela comissão de inquérito é, no rigor da lei, um libelo acusatório que desafia qualquer contrariedade. É uma análise tão segura, quão serena, dos fatos, bem como dos atos e omissões praticados pelo acusados, no desempenho do cargo que cada qual ocupou.

9. Todos os acusados, no desempenho do cargo de Delegado Federal da Criança, com a responsabilidade de *ordenador de despesas,* assinaram *cheques ao portador* e não comprovaram a respectiva aplicação. Com acerto afirma a comissão:

"Tivessem eles procurado fiscalizar seus subordinados, verificarem o processamento regular das despesas e a *aplicação dos recursos, teriam evitado que as verbas da ex-Delegacia tomassem outro destino. Não o fazendo, assumiram o risco e a responsabilidade pelo que pudesse advir, como uma decorrência natural do procedimento de cada um*" (fls. 355-6, grifamos).

isso porque

quem quer que utilize dinheiros públicos *terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes* (art. 93 do Decreto-lei nº 200/67, transcrito e grifado pela comissão às fls. 356).

10. A comissão concluindo a respeito da responsabilidade administrativa, afirma, relativamente a cada um dos acusados, que:

... desrespeitando e descumprindo normas legais vigentes causou com seu procedimento irregular, danos e prejuízos à Fazenda Nacional, com o descrédito e o desprestígio da Administração Pública" (fls. 409 e 410).

11. O art. 74, § 2º, do Decreto-lei nº 200/67, realmente, é imperativo:

"*O pagamento de despesa* (...) *far-se-á mediante ordem bancária ou cheque nominativo*" (grifamos).

Os acusados, portanto, na qualidade de *ordenador de despesas,* estavam proibidos de emitir *cheques ao portador* E os emitindo contra disposição expressa da lei, praticaram atos ilícitos.

12. Os acusados alegam que os comprovantes das despesas correspondentes aos *cheques ao portador* foram extraviados por mãos criminosas Não lhes aproveita a alegativa, uma vez que não podiam emitir tais cheques. Houvesse emissões legais, poderia ser aceitável a defesa.

13. A culpa pressupõe ato inicial lícito, o que não corre na espécie dos autos. Houvesse emissão regular dos cheques, o extravio ou mesmo a inexistência de comprovante de despesas poderia ser levado à conta de culpa. Mas se o ato inicial é doloso — *emissão de cheques ao portador* — o resultado, — *lesão aos cofres públicos* — de que depende a existência do ilícito administrativo, é doloso também.

14. Não há comprovação da aplicação da verba representada pelos *cheques ao portador.* E a comissão, referindo-se a Anna Roffé (os argumentos podem ser usados a respeito dos demais acusados), indaga:

Em que se baseia a defesa para afirmar que as despesas foram efetuadas e o material fornecido? Que material é esse? Onde foi ele buscá-lo? Se não há lançamentos das despesas em livro próprio? Se estas não foram empenhadas e se não há controle de almoxarifado. Como se pode dizer semelhante monstruosidade. Admite-se que no intuito de defender a ré, torçam-se os fatos, mas que se use, pelo menos, a lógica e o bom senso. As provas materiais fornecidas pelos autos estão a apontar a grosseira irregularidade. Sacou-se dinheiro da União com cheques ao portador, e dele só se apresentou uma parte de comprovante. Lesada, portanto, foi exclusivamente a União. Essa é a dura realidade (fls. 397).

15. Ora, se "sacou-se dinheiro da União com cheques ao portador, e dele só se apresentou uma parte de comprovantes", o restante foi apropriado, pelo que os ordenadores de despesas respondem como peculatários.

16. Como foi dito, a comissão de inquérito, a comissão de inquérito teve atua-

ção marcante. No entanto, concluiu contra a prova dos autos, ao considerar os alcances decorrentes de atos culposos. Concluiu contra sua tão convincente argumentação. Houve no presente caso lesão dolosa aos cofres públicos.

17. Em face do exposto, a par dos procedimentos civil e penal, somos por que:

a) — se decreta a demissão, a bem do serviço público, de Cláudio Pastor Dacier Lobato, Médico Puericultor, nível 21, e Anna Roffé Ferreira de Lemos, Médico Puericultor, nível 21, como incursos nas sanções previstas nos arts. 207, item VIII (lesão aos cofres públicos), e 209, do Estatuto dos Funcionários; e b) — se casse a aposentadoria a Mário Rodrigues Ferreira, Médico Puericultor, nível 22, com fundamento no art. 212, item I, combinado com o art. 207, item VIII (lesão aos cofres públicos, quando em atividade), do Estatuto dos Funcionários.

É o parecer.

Vê-se do transcrito parecer que o Impetrante cometeu crime doloso de peculato, porque, no desempenho do cargo de Delegado Federal da Criança com a responsabilidade de ordenar despesa, assinou cheques ao portador e não comprovou a respectiva aplicação.

A mesma notícia pode ser lida no relatório da Comissão (fls. 55) e no documento de fls. 85 a 88.

Sustenta o Impetrante que o ilícito, no caso, configura peculato culposo, cuja pena máxima é de um ano, como exprime o art. 312, § 2º, do Código Penal, e que, por força do art. 109, V, do mesmo Código, combinado com o parágrafo único, do art. 213, da Lei nº 1 711 de 1952, a prescrição se consumou em 1972, antes, portanto, de ser expedido o decreto da cassação de sua aposentadoria.

Baseia-se em que, pelo fato agora debatido, foi denunciado à Justiça Federal do Pará como sendo autor de peculato culposo, e que acolá, no processo criminal a que respondeu, se decretou extinta, pela prescrição, a punibilidade de tal crime, e ainda que, por força de sua repercussão no processo disciplinar, dita prescrição impede seja punido administrativamente (Lei nº 1 711/1952, art. 213, parágrafo único).

O certo, porém, é que sua tese não tem como prevalecer.

Com efeito, além de o relatório da Comissão noticiar que o Impetrante *sozinho* praticou ação que o torna incurso no *caput* do art. 312 do Código Penal (fls. 55), informam os autos que o Suplicante concorreu para o crime praticado por Angela Batalha Cardoso, condenada por aquela Justiça como sendo autora de peculato doloso.

Ora, se o Impetrante cometeu peculato doloso, seja em conduta individual, seja em co-autoria com Angela (esta condenada por esse crime), como poderá ele ser autor de peculato culposo?

Enganou-se, bem se vê, a Justiça Federal do Pará, quando, aceitando parecer do Ministério Público da União emitido naquele processo, julgou extinta, pela prescrição, a punibilidade do peculato culposo atribuído ao Impetrante, porque, antes do mais, a respectiva denúncia (fls. 85 a 88) descreveu, na realidade, um peculato doloso e o classificou erroneamente como culposo, erro esse que devia ser por ela considerado, pois o que prevalece, para qualquer efeito, é o crime *descrito* e não o classificado; e, depois, porque, uma vez que aquela Justiça condenou a funcionária Angela como sendo autora de peculato doloso, não podia julgar que os co-autores de sua conduta *dolosa* praticaram crime *culposo*.

De qualquer forma, o inocente engano da Justiça Federal do Pará não favorece o Requerente, visto que a decisão dessa

Justiça partiu do pressuposto de ser culposo o crime que lhe foi imputado, e aqui eu considero que foi doloso o seu crime, razão esta que me permite julgar aberta a instância judiciária para o *jus persequendi*, pois é indiscutível que a instância disciplinar ou administrativa não se acha na dependência daqueloutra; mas isto é com o MP da União, que se acha presente neste recinto.

Concluo que também o segundo fundamento não procede.

3. Denego a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra: Sr. Presidente, lembro-me de ter lido, em Vicenzo Manzini, que todo ilícito penal é um ilícito administrativo, um ilícito civil. Mas a recíproca não é verdadeira. Há duas autonomias, duas esferas jurídicas, visando ao bem público. Quando viola o mínimo ético, aplica-se a sanção penal. Mas há fatos que não tipificam um ato ilícito penal e constituem fatos vitandos, no âmbito do direito administrativo, ou nulos, no âmbito do direito civil. Esses princípios o Supremo Tribunal Federal consagrou, na *Súmula* 18; pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.

A Constituição da República, no art. 105, diz:

"A demissão somente será aplicada ao funcionário:

I — vitalício, em virtude de sentença judiciária;

II — estável, na hipótese do número anterior ou mediante processo administrativo, em que lhe seja assegurada ampla defesa."

Ficou comprovado que os três médicos, diretores daquele serviço público, tinham concorrido, com a sua atuação, para o caos administrativo: ausência de contabilidade, emissão de cheques ao portador e omissão de fiscalização.

A absolvição da imputação ou a prescrição da imputação por peculato culposo, não dá imunidade para continuarem pertencendo ao serviço público indivíduos que promovem o caos administrativos, não têm contabilidade, emitem cheques ao portador e se omitem na fiscalização e seus deveres.

Pergunta-se: fica o Presidente da República, que é a autoridade competente, e que observou o processo administrativo, em que foi assegurada ampla defesa, impedido de aplicar a pena de demissão?

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Se ocorrer a prescrição, fica.

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra: *Data venia*, a prescrição que se aplica, no caso, é ao crime e quando a falta é, única e exclusivamente, a penal. Ora, no caso, o que sustento é que há uma falta residual, nos termos da jurisprudência do Tribunal, não compreendida na absolvição do Juízo Criminal. Admito, como V. Exa., que a co-autoria culposa é um caso típico diverso, de modo que não acompanho o eminente Ministro Antonio Neder. Quer dizer, há o peculato doloso e o fato típico do peculato culposo que é uma forma concorrente em aquela outra atividade.

O que digo é o seguinte: eles não foram passivos de sanção, está prescrito. Mas outras faltas existem, porque o objetivo de toda ordem jurídica não é assegurar a continuidade dos incompetentes e dos displicentes no serviço público.

Aí, estou com o eminente Ministro Leitão de Abreu, que foi um grande administrador. O que é necessário é preservar o interesse coletivo. Não é possivel deixar no serviço público indivíduos incompetentes, incapazes, nocivos, porque o Procurador da República, no Pará, considerou culposo um ato que, para S. Exa., o Sr. Mi-

nistro Antonio Neder, era uma co-autoria dolosa, porque na realidade é admirável que três médicos inteligentes, por longos anos, não se apercebam de que os funcionários subalternos lhes dão para assinar cheques ao portador, cujo destino é ignorado. Admito que todos estejam de boa fé, mas custo a acreditar.

Admito a legalidade. A autoridade era competente e foram observadas as formalidades legais. Há uma falta residual: a incompetência comprovada desses homens para a direção do serviço público.

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Permita-me V. Exa.: ainda que houvesse a falta residual, de caráter puramente administrativo, estaria ela também prescrita nos mesmos quatro anos.

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra: Não estaria prescrita, porque não está conjugado...

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Há norma expressa no Estatuto dos Funcionários Públicos.

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra: O Estatuto dos Funcionários Públicos, não dá como fundamento de nulidade do ato.

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Nem proíbe que a lei disponha sobre prescrição.

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra: Mas, na hipótese, a prescrição não ocorreu, porque o deslinde da controvérsia só se deu com o ato do Presidente da República. A ação do Estado não foi de displicência nem de tolerância, de modo a dar ocorrência à prescrição. A prescrição se daria se fosse aquela falta do ilícito penal, sobre a qual o Estatuto é expresso: prescreve no mesmo prazo do ilícito penal.

Sr. Presidente, denego ambos os mandados.

EXTRATO DA ATA

MS nº 19 986 — DF — Rel., Ministro Xavier de Albuquerque. Reqte., Cláudio Pastor Dacier Lobato (Adv., Egydio Machado Salles). Reqdo., Exmo. Sr. Presidente da Repúbllica.

Decisão: pediu vista o Ministro Cunha Peixoto, após os votos dos Ministros Relator e Rodrigues Alckmim, concedendo, e dos Ministros Cordeiro Guerra e Antonio Neder, negando a segurança. Impedidos os Ministros Moreira Alves e Leitão de Abreu.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Eloy da Rocha, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque, Rodrigues Alckmim, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves e Cunha Peixoto. Procurador-Geral da República, o Dr. Henrique Fonseca de Araújo.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Cunha Peixoto: 1 — Cláudio Pastor Dacier Lobato impetra mandado de segurança contra o ato do Senhor Presidente da República, que o demitiu, a bem do serviço público, do cargo de médito Puericultor, por haver praticado lesão aos cofres públicos.

Alega haver o ato impugnado dado desfecho ao processo administrativo, do Ministério da Saúde, instaurado para apurar irregularidades ocorridas em Belém, da responsabilidade da funcionária Angela Batalha Cardoso, inquérito esse que o envolveu, por ter sido, durante certo período compreendido pelas investigações, Delegado Federal da Criança. Acrescenta haver a Comissão de Inquérito concluído pela responsabilidade da referida funcionária, tanto que veio ela a ser condenada por crime de peculato doloso, mas propôs a pena de suspensão para o impetrante, por haver praticado falta grave consistente em não ter exercido fiscalização sobre sua subordinada, omitindo-se no exercício do

cargo de Delgado Federal da Criança e descumprindo, na administração do órgão, normas legais vigentes, embora reconhecesse ser público e notório o padrão de honradez de cada um dos ex-Delegados. Diz ainda terem sido as conclusões da Comissão de Inquérito refugadas pelo DASP, que propôs sua demissão.

2 — Exige a Constituição, para a demissão do funcionário estável, seja o ato precedido, ou de sentença judiciária, ou *processo administrativo, em que lhe seja assegurada ampla defesa* (art. 105, nº II da C.F.).

Portanto, o ato de demissão do funcionário estável não é discricionário e, conseqüentemente, deve, além de obedecer a forma processual determinada por lei, ser motivado. É necessário que a autoridade se baseie em certas ocorrências de fato, apuradas em processo, cujo rito precisa obedecer ao estabelecimento em lei.

Para a validade do processo, deverá, pois, obedecer ele a certos requisitos, não só formais, como substanciais.

3 — O art. 219 do Estatuto dos Funcionários Públicos reza que a autoridade que tiver ciência de irregularidade praticada pelo funcionário determinará a abertura do processo que será promovido por uma Comissão por ela designada, composta de três funcionários ou extranumerários.

Portanto, na primeira parte, inicia-se a instrução do processo. Procura-se, nesta fase, provar os fatos apontados, a existência das infrações argüídas e suas circunstâncias. Esta verificação processa-se por todas as formas de provas, isto é, através de testemunhas, perícias e de quaisquer diligências que se afigurem necessárias às autoridades incumbidas das investigações (art. 221 do E.F.P.C.U.).

Trata-se da instrução do processo destinada a reunir elementos de prova da existência das infrações de que o funcionário é acusado.

Esta a orientação de todos os países ocidentais. Baldi Papini, referindo-se à Itália, escreveu:

"... l'ufficio del personale, organo istruttorio, procede a tutti quelli ulteriori accertamenti che ritiene del caso, e può sentire, all' uopo, senza guiramento (non richiedendo il giudizio disciplinare la solennità del giudizio penale), testimoni e periti, compresi quelli designati dall' incolpato, ed envitare questo ad esporre quanti reputi opportuno nel suo interesse". (Natura ed effetti del condono di sanzioni amministrative, p. 129).

4 — Encerrada esta fase, o acusado terá oportunidade de apresentar defesa (art. 22 do E.F.P.C.U.) e, em seguida, "a Comissão remeterá o processo à autoridade competente, acompanhado de relatório, no qual concluirá pela inocência ou responsabilidade do acusado, indicando, nesta última hipótese, a disposição legal transgredida" (art. 224).

A autoridade julgadora proferirá, então, a decisão, no prazo de 20 (vinte) dias.

5 — Existe, destarte, no processo administrativo, duas autoridades distintas: uma — a Comissão que instrui o processo; e a outra, a julgadora.

Daí, a primeira, além da função que lhe cabe de instrutora do processo, já que formada de funcionários conhecedores do assunto e de confiança do julgador, dever propor, através de relatório fundamentado, a pena que considera justa e conveniente.

Esse relatório, na generalidade dos sistemas, não obriga a autoridade julgadora, a qual pode, por conseguinte, aplicar pena maior ou menor do que a proposta.

Entretanto, o autoridade julgadora, que recebe o inquérito devidamente instruído, isto é, com as provas existentes contra ou a favor do funcionário, principalmente quando discorda da Comissão, que instruiu o processo e, portanto, tomou e sen-

tiu as provas sobre o fato apontado como delituoso e o comportamento do acusado, deve fundamentar seu ato, pois se trata de autêntica sentença administrativa.

Escreveu Carlos A. de Barros Júnior:

"Entre nós, como ficou dito, nunca se pôs em dúvida o caráter de mera proposta que têm os pronunciamentos das comissões de inquérito, sendo certo, porém, que só com fundados motivos deverá o órgão de decisão afastar-se da solução disciplinar indicada." (Do Poder Disciplinar na Administração Pública, p. 182).

Hely Lopes Meirelles é mais positivo: "Concluindo o processo, a Comissão que o realizou relatará o apurado e opinará pela punição ou absolvição do acusado, indicando, neste caso, os dispositivos infringidos podendo divergir da acusação inicial, sugerir a instauração de outros processos e apontar providências complementares de interesse da Administração, desde que o faça motivadamente.

A autoridade competente para o julgamento deverá sempre justificar a sua decisão, com motivação própria ou adoção dos fundamentos do relatório, tanto para a condenação, quanto para a absolvição. Permitido lhe é discordar do parecer da Comissão para impor pena não pedida, minorar ou excluir a responsabilidade do acusado, desde que justifique a sua decisão". (Direito Administrativo Brasileiro, p. 631).

É que a legalidade dos atos administrativos, sobretudo quando se trata de decisão sobre matéria que constitui garantia constitucional, não refoge do controle judicial. E o exame desta legalidade, como é pacífico neste Supremo Tribunal Federal, sobre compreender a prática do ato e suas formalidades extrínsecas, abrange ainda seus requisitos substanciais, seus motivos de direito e de fato.

Tanto é ilegal o ato que não revista a forma determinada em lei, como o que se baseia em determinado fato, que, por lei, daria lugar a um ato diverso do que foi praticado.

A autoridade julgadora, evidentemente, além da Comissão, pode e deve ouvir órgãos técnicos, cujos pareceres são também opinativos, mas se não encampou ou fez referência expressa ao ponto de vista destes pareceres, juridicamente adotou o da Comissão, porque, no processo administrativo, é o único órgão oficial, isto é, o que, por disposição de lei, é pressuposto da regularidade do processo.

Ora, o ato demissório que representa a sentença no processo administrativo limita-se a apoiar-se no art. 207, nº VIII do Estatuto dos Funcionários Públicos, que se refere, igualmente, ao peculato doloso e culposo.

Portanto, se a Comissão entendeu tratar-se de peculato culposo, a conculsão lógica e jurídica a que se pode chegar é que o próprio despacho impugnado aceitou, com a Comissão, o peculato como culposo.

6 — Ocorre ainda que, antes do despacho demissionário, os impetrantes haviam sido denunciados por peculato culposo, e, por isto, o crime, por decisão do juiz criminal, foi considerado prescrito.

O princípio da independência entre a repressão administrativa e penal é questão pacífica no Brasil, já que se encontra consubstanciada no art. 200 do Estatuto dos Funcionários Públicos.

Todavia, esta separação não é absoluta. A doutrina e a jurisprudência admitem casos em que o desfecho do processo criminal se inclui no administrativo. É uma conseqüência do respeito à coisa julgada e a necessidade, em benefício do prestígio da autoridade, de evitar a divergência de classificação de um mesmo ato criminoso por Poderes diferentes.

O objetivo é evitar a diversificação de julgados e, de certo modo, manter a autoridade da jurisdição criminal, já que a Constituição situa no Poder Judiciário a fonte de todas as decisões, obrigatória mesmo para os outros dois Poderes.

Desta maneira, se o juiz criminal proclamou a inocência do funcionário, por ausência do elemento causal, ou por entender haver ele cometido determinado delito e não outro, não será lícito ao Poder Administrativo, com base no mesmo fato, modificar a classificação do delito e insistir na infração disciplinar pela qual puniu o funcionário ou pretende fazê-lo. É que, no conceito do fato, punível, constitui elemento essencial sua tipicidade, isto é, a conformidade do fato com a descrição precisa da definição legal.

Daí países, como a França e a Itália, determinarem a suspensão do processo administrativo até o pronunciamento definitivo da justiça, quando há, concomitantemente, a instauração do processo penal.

Posto no Brasil inexista disposição expressa de lei nesse sentido, os arts. 226 e 229 do Estatuto dos Funcionários Públicos aconselham esta orientação, já que obrigam a autoridade administrativa a providenciar o inquérito policial, quando a irregularidade cometida pelo funcionário constituir crime.

7 — No caso *sub judice*, embora ainda não houvesse uma decisão do juiz criminal, quando do ato administrativo, já ele havia recebido a denúncia como peculato culposo e, pouco depois, decretando a prescrição, negava a possibilidade de qualquer punição por aquele fato já examinado.

Não se pode, pois, admitir que o Senhor Presidente da República, ao demitir um dos impetrantes e cassar a aposentadoria do outro com fundamento em peculato, tenha classificado o fato como de caráter doloso, em divergência manifesta com o relatório da Comissão de Inquérito e a justiça criminal, e sem justificar seu ato.

8 — Não há dúvida de que Angela Batalha Cardoso, pelo desvio de dinheiro que estava sob a responsabilidade dos impetrantes, fora denunciada e condenada por peculato doloso, e haver a Comissão informado terem os impetrantes concorrido para o crime praticado por aquela funcionária. Este fato, entretanto, não representa contradição na conclusão da Comissão de Inquérito e da Justiça criminal, que consideraram os impetrantes como incursos em peculato culposo.

Realmente, embora não haja participação culposa em crime doloso, a regra sofre exceção no tocante ao peculato.

A concorrência referida no § 2º, do art. 312 do Código Penal, não se equipara à do art. 25, porque aqui o agente não participa do lucro proporcionado pela subtração do bem móvel. Facilita apenas, por seu descuido, a prática do crime. A palavra *concorre* é, pois, empregada no sentido de facilitar o ato de outrem pela omissão e sem nenhum proveito.

Ensina Nelson Hungria:

"O que se chama peculato culposo não é outra coisa que o concurso não intencional, mas por imprudência, negligência ou inépcia, prestado à subtração, por outrem (infraneus ou extraneus), de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel pertencente ao Estado ou sob sua guarda. Como não é possível participação culposa em crime doloso, a hipótese não pode ser disciplinada pelos arts. 25 e 26, de modo que, enquanto o funcionário desatento, inconsiderado ou inepto responde por peculato culposo, os demais responderão pelo título que couber: peculato próprio, peculato-furto, furto,

roubo." (Comentários ao Código Penal, vol. IX, p. 352, nº 137).

Daí o peculato culposo dever guardar uma estreita relação com o peculato doloso, a ponto de inexistir sem este.

Heleno Fragoso robustece esta afirmativa. Ressalta ele a relação direta entre o crime doloso praticado por terceiro e a ação culposa do funcionário, e a impossibilidade da existência deste (peculato culposo) sem aquele (peculato doloso). (Lições de Direito Penal, vol, IV, p. 1 078, nº 964).

Com efeito, peculato consiste em apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel — público ou particular — de que tem a posse em razão do cargo ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio. Caracteriza o crime, em sua forma dolosa, na apropriação do bem em proveito próprio ou alheio.

No culposo, posto o funcionário concorra para o crime, não tira dele, entretanto, nenhum proveito. Sua participação ocorre por agir negligente ou imprudentemente, ou, como assinala Bento de Faria (Código Penal Comentado, vol. VII, p. 90), com *inobservância de deveres inerentes à própria função.*

Magalhães Noronha ensina:

"Já agora o funcionário não se apropria ou desvia, porém, concorre para o delito de terceiro. A lei fala em crime de outrem, não se tratando, naturalmente, de qualquer crime, mas do que tem por objeto material o dinheiro, o valor ou outro bem móvel. O funcionário, então, por culpa, concorre para que haja apropriação ou desvio (é a hipótese do artigo) ou para que se dê subtração ou concurso para a subtração (é o caso do § 1º). Trata-se, então, do delito definido antes, em qualquer das suas modalidades, não se excluindo a atuação culposa para o concurso doloso de outrem na subtração do bem móvel, que é a última hipótese do parágrafo anterior. Não se exclui, entretanto, como linhas adiante se verá, a atuação culposa para crime de terceiro objetivamente idêntico ao peculato.

Disposição semelhante encontramos no art. 262 do Código Penal argentino: "Será punido com a pena de multa de vinte a sessenta por cento do valor subtraído, o funcionário público que, por imprudência ou negligência ou por inobservância dos regulamentos ou deveres do seu cargo, der ocasião a que se efetue por outra pessoa a subtração de dinheiros ou efeitos de que se trata no artigo anterior" (Direito Penal, vol. IV, p. 239, nº 1 308).

Disposição semelhante encontramos no Código Penal Argentino. O art. 262 pune o funcionário público que, *por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudalres o efectos de que se trata en el artículo anterior.*

Eusébio Gomes, em escólio a este dispositivo, escreve:

Para que exista el delito previsto en esta disposición es menester que, por un tercero, que no sea el funcionario, se hayan sustraído los caudales o efectos públicos aprovechando la ocasión que diere el funcionario con su imprudencia, negligencia o inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo. Obsérvese bien que en la hipótesis de tal disposición, el funcionario no malversa los caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le corresponde. Sólo incurre en culpa y ésta la que se reprime en cuanto importa la ocasión para que otro sustraiga los caudales o efectos.

(Tratado de Derecho Penal, ed. Comp. Argentina Editores, Buenos Aires, 1941, vol. V, p. 547, nº 1 362).

Mais explicativo é Sebastian Soler:

La ación dolosa debe guardar una estrecha relación con la culpa del funcionario: éste debe haber dado la ocasión, de manera que haya hecho posible por ella misma la comisión del delito. Si la comisión de un grave robo con fractura coincide con la existencia de alguna infración a los deberes de parte del funcionario, no se dirá que él ha dado ocasión al asalto. La aplicación del metodo de la supresión mental hipotética — que muestra las condiciones de un hecho — puede ser util (*Derecho Penal Argentino*, ed. La Lei, Buenos Aires, 1946, vol. V, p. 209).

9 — Por outro lado, tratando a Comissão da responsabilidade administrativa dos indiciados no inquérito, declarou:

Conforme ficou devidamente apurado nos presentes autos, os ex-Delegados Cláudio Pastor Dacier Lobato, Mário Rodrigues Ferreira e Anna Roffé Ferreira Lemos, no exercício do cargo exerceram suas funções de forma irregular, violando normas e regulamentos vigentes, demonstrando falta de zelo administrativo, cometendo omissões graves e não exercendo fiscalização sobre seus subordinados, dando margem a uma série de ocorrências danosas para a administração pública, estando, portanto, sujeitos a sanções administrativas. Embora seja reconhecida a probidade dos ex-Delegados e a honorabilidade dos mesmos, as omissões cometidas, a falta de fiscalização e o desrespeito à legislação, os comprometeram funcionalmente. A fiscalização sobre os seus subordinados é condição essencial a qualquer dirigente, visto que, a não adoção dessa medida poderá acarretar a prática de atos irregulares, cujos reflexos atingirão inevitavelmente, a autoridade dirigente. (f. 68-9 do MS nº 19 986).

Além disso, a leitura do parecer do DASP mostra que, posto tenha ele concluído pelo peculato doloso, sua fundamentação, de conformidade com a lei e a melhor doutrina, caracteriza o peculato culposo. Com efeito, diz o parecer:

"O relatório apresentado pela Comissão de Inquérito é, no rigor da lei, um libelo acusatório que desafia qualquer contrariedade. É uma análise tão segura quão serena, dos fatos, bem como dos atos e omissão praticados pelos acusados no desempenho do cargo de Delegado Federal da Criança, com a responsabilidade de despesas, assinaram cheques ao portador e não comprovaram a respectiva aplicação". E antes afirmou: "todos os delegados, sem distinção, geriram a coisa pública com descaso digno de um pródigo, mas conscientemente".

Ora, os fatos descritos no relatório da Comissão de Inquérito e no parecer do DASP caracterizam o ilícito penal, mas não o peculato doloso, pois, em nenhum ponto do parecer, foi afirmado terem os ex-Delegados subtraído o dinheiro público, ou aproveitado deste desvio; apenas como está escrito, facilitaram "pelo descaso" a lesão do patrimnio público. Caso típico de peculato culposo.

10 — Não há dúvida de que, como bem assinala o eminente Ministro Cordeiro Guerra, *há fatos que não tipificam um ato ilícito penal e constituem fatos vitando, no âmbito do direito administrativo,...* e prossegue: *esses princípios o Supremo Tribunal Federal consagrou na* Súmula nº 18.

Há a observar-se, inicialmente, que o eminente Ministro Cordeiro Guerra, grande conhecedor do direito penal, não se atreveu a caracterizar o crime dos impetrantes como peculato doloso. Em segundo lugar, embora estejo certo na susten-

tação da tese do residual, ela, *data venia*, inaplica-se à espécie, porque o Senhor Presidente da República, posto pudesse utilizar-se desses princípios, não o quis, já que foi positivo ao declarar que demitia os impetrantes nos termos do nº VIII, do art. 207 do Estatuto dos Funcionários Públicos, isto é, por peculato. Não se utilizou, como poderia fazê-lo, da aplicação dos atos residuais.

11 — Não resto dúvida, nos autos, de que o ilícito penal cometido pelos impetrantes foi peculato culposo, e a esta conclusão conduz o próprio despacho do Senhor Presidente da República.

Ora, este crime prescreve em quatro anos, e o último ato lesivo praticado pela funcionária condenada por peculato doloso ocorreu no primeiro semestre de 1968, estando o crime, desta maneira, prescrito em 1972.

Estabelece, por sua vez, o parágrafo único do art. 213 do Estatuto dos Funcionários Públicos:

"a falta também prevista em lei penal como crime prescreve juntamente com este".

12 — Por estes motivos, e *data vênia* dos eminentes Ministros Antonio Neder e Cordeiro Guerra, concedo a segurança, nos termos do voto do eminente Ministro Xavier de Albuquerque.

EXTRATO DA ATA

MS nº 19 986 — DF — Rel., Min. Xavier de Albuquerque. Recte., Cláudio Pastor Dacier Lobato (Adv. Egydio Machado Salles). Recdo., Exmo. Sr. Presidente da República.

Decisão: Concedida a segurança, vencidos os Mins. Cordeiro Guerra, Antonio Neder e Thompson Flores. Impedidos os Mins. Moreira Alves e Leitão de Abreu.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Eloy da Rocha, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque, Rodrigues Alckmim, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves e Cunha Peixoto. Procurador-Geral da República, o Dr. Henrique Fonseca de Araújo.