

tado de Direito Privado, t. L., pág. 402). Mas, em primeiro lugar, quase se pode garantir *a priori* — e não será difícil confirmar a exatidão do asserção — que os estatutos da COCEA não hão de ter previsto essa hipótese esdrúxula de um comodato por prazo indeterminado, por força do qual a companhia ficará praticamente despojada, em caráter definitivo, do bem, pois o mais provável é que permaneça instalado, *ad infinitum*, o estabelecimento de ensino. Ademais, o parecer de PONTES DE MIRANDA, sem embargo de sua imensa autoridade, não corresponde, na matéria, como se viu, à tendência prevalecente em sede doutrinária e jurisprudencial. Ora, trata-se de ponto muito delicado, porque a celebração de negócio proibido, pela diretoria da COCEA, pode gerar a responsabilidade dos diretores (art. 121, § 1.º, da Lei das Sociedades por Ações). A ter-se de optar, *ainda entre duas orientações que sejam ambas defensáveis*, quer-me parecer que, no caso, é preferível adotar a mais rigorosa, e pecar antes por excesso que por falta de cautela.

O que ressalta, na espécie — e pretender negá-lo seria como querer tapar o sol com a clássica peneira —, é que o alvitrado comodato bem próximo ficaria, para os efeitos práticos, de uma doação mascarada. Tudo aconselha, a meu ver, a que se evite tal solução, quando mais não seja por amor à prudência.

3. Isto pôsto, vejo duas soluções concebíveis para regularizar a situação de fato. Uma delas consistiria na venda do imóvel, pela COCEA ao Estado; outra, na locação. Se a primeira se afigura inconveniente, por envolver a realização de despesa considerável, que talvez não se comporte nas disponibilidades orçamentárias, recorra-se à segunda, em relação à qual não hão de ser tão grandes assim as dificuldades.

Nada se poderá objetar, do ponto-de-vista jurídico, a que a COCEA alugue ao Estado o prédio em foco. Locação não é, decerto, “ato de liberalidade”: por módico que seja o aluguel convencionado — e, no caso, é o que cabe esperar —, sempre haverá uma contraprestação à sociedade, pelo proveito que vai proporcionar ao locatário. Assim se atenderá, na medida do possível, aos interesses em jogo, sem detrimento de qualquer das partes e sem ofensa à lei.

Acrescento — quase a pedir desculpas pela superfluidade da observação, à luz do nôvo texto constitucional — que o contrato de locação independentemente, para valer e produzir efeitos, de registro em qualquer órgão: no Tribunal de Contas ou em outro.

*Sub censura.*

Rio de Janeiro, 3 de junho de 1968.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA  
Procurador do Estado

### “INCONTINÊNCIA PÚBLICA E ESCANDALOSA”: CARACTERIZAÇÃO COMO FALTA FUNCIONAL. DISPENSA DO REQUISITO DA HABITUALIDADE

1. O Senhor Secretário de Administração, pelo presente processo, encaminha expediente da Supervisão das Comissões de Inquérito Administrativo, formulando a seguinte consulta:

“Pode um ato isolado ser classificado como incontinência pública e escandalosa ou deve esta ser entendida como uma série de atos ou atitudes, dentro ou fora do serviço, capazes de definir o servidor como incontinente?”

A referida autoridade pede que esta Procuradoria Geral emita parecer normativo sobre a matéria.

A consulta ora atendida foi provocada pelo fato de que — enquanto a Supervisão entende que somente a reiteração na prática de atos condenados pela lei ou pela moral pode configurar a incontinência — algumas Comissões permanentes têm, ultimamente, considerado como tal faltas isoladas praticadas por servidores cujos antecedentes nada consignam de anti-social e escandaloso.

2. A matéria está disciplinada no art. 225, inciso IV, da Lei n.º 1.163, de 12 de dezembro de 1966, que dispõe sobre o Estatuto do Pessoal Civil do Poder Executivo do Estado da Guanabara, e, segundo o qual a pena de demissão será aplicada nos casos de “*incontinência pública e escandalosa, vício de jogos proibidos e embriaguez habitual*”.

3. A origem da disposição em tela se encontra no artigo 251 do primeiro projeto do Código Criminal do Império de 1830, conhecido como Projeto VASCONCELOS, que assim dispunha:

“O empregado convencido de incontinência pública e escandalosa, ou de embriaguez repetida ou vício de jogos proibidos, ou de gastar com escândalo muito mais do que permitem os seus recursos, ou de ter com igual escândalo uma conduta relaxada e vergonhosa por qualquer outro motivo, ou de haver-se com inaptidão notória ou desídia habitual no desempenho de suas funções, perderá o emprêgo e não poderá obter outro sem fazer constar a sua completa emenda” (*apud Anotações Teóricas e Práticas ao Código Criminal*, pelo Dr. TOMÁS ALVES JÚNIOR, Tomo II, ed. 1872, página 586).

A figura da incontinência pública e escandalosa, praticada por empregado público, veio efetivamente a integrar o elenco dos delitos contemplados

no Código Criminal do Império, constituindo o respectivo artigo 166, sob a seção denominada “*Irregularidade de Conduta*”, nos seguintes termos:

“Artigo 166 — O empregado público, que fôr convencido de incontinência pública e escandalosa; ou vício de jogos proibidos; ou de embriaguez repetida; ou de haver-se com inaptidão notória ou desídia habitual no desempenho de suas funções:

Pena — De perda do emprêgo, com inabilitação de obter outro, até mostrar-se corrigido”.

Foi mantida, com tipicidade idêntica, no artigo 238 do Código Penal de 1890, sob a rubrica “*Irregularidade de Comportamento*”, bem como veio a constar da posterior Consolidação das Leis Penais, em seu artigo 238 (*apud Compêndio de Direito Penal*, de ROBERTO LIRA e NÉLSON HUNGRIA, parte especial, Tomo I, ed. Livraria Jacinto, 1936, págs. 450/451).

A capitulação da incontinência, como crime, foi comentada pelos doutrinadores da época, alguns deles, aliás, criticando acerbamente os respectivos dispositivos.

Senão vejamos.

TOMÁS ALVES JUNIOR, enfocando o artigo 166 do Código Criminal de 1830, prelecionava:

“Daqui resulta que o crime de irregularidade de conduta consiste segundo o artigo 166:

- 1.º — na incontinência pública e escandalosa;
- 2.º — no vício de jogos proibidos;
- 3.º — na embriaguez repetida;
- 4.º — na inaptidão notória;
- 5.º — na desídia habitual.

O homem na sociedade tem deveres morais a observar, alguns dos quais importarão ser religiosamente cumpridos a bem da ordem social; daqui a razão por que os Códigos reprimem policialmente os ultrajes à moral pública, proíbem jogos e casas de tavolagem, e castigam a embriaguez.

São vícios que degradam o homem, e o fazem descer na escala social.

Mas se o homem de vida pública de incontinência e escândalo, se o jogador de profissão, se o ébrio, perdem crédito e reputação, a sociedade não pode ser indiferente e tolerar que o Empregado Público tenha vida pública de incontinência e escândalo, seja jogador, seja ébrio, porquanto são vícios que nodoam a sua conducta, que o fazem descer no conceito dos

homens, e por isso não podem deixar de ser punidos como crime”.

JOÃO ROMEIRO, em seu *Dicionário de Direito Penal*, edição 1905, página 206, discorrendo sobre a “*Irregularidade de Comportamento*”, Código de 1890, assevera:

“*Irregularidade de Comportamento* — em uma sociedade moralizada, aquêle que se deixa dominar pelo vício e não sabe conter suas paixões, entregando-se à vida licenciosa e desregrada, e provocando escândalo, é um ente imprestável, incapaz de cumprir seus deveres cívicos, e muito mais de desempenhar os que são inerentes às funções públicas. Sem o respeito de seus concidadãos, sem a confiança e consideração dos indivíduos, consequência natural desse viver, o empregado público, qual quer que seja a sua categoria, há de necessariamente, no exercício do cargo, sacrificar interesses que representa. Daí a necessidade da disposição do Código eliminando do quadro dos funcionários, e declarando inabilitado para exercer emprêgo, aquêle que por seu procedimento irregular tornar-se incapaz de exercê-lo convenientemente”.

BENTO DE FARIA, *Anotações Teórico-práticas do Código Penal do Brasil*, edição 1920, página 288, alude ao artigo 238 do Código de 1890, da seguinte forma:

“A incontinência pública e escandalosa traduz-se pela vida desregrada, a exibição do funcionário com meretrizes e gente de má nota, em virtude da qual êste acabará por perder a respeitabilidade e o bom conceito que deve procurar sempre manter; a companhia habitual de indivíduos de reputação duvidosa; o comportamento desordenado em público; as rixas e contendas habituais, etc...”

NELSON HUNGRIA, em seu *Compêndio de Direito Penal*, elaborado juntamente com ROBERTO LIRA, Tomo I, ed. Livraria Jacinto, 1936, págs. 450/451, tecendo severa crítica à identificação da incontinência pública e escandalosa como crime, afirma:

“*Irregularidade de Comportamento*. É êste o *nomen juris* do crime previsto no artigo 238 da Consolidação: “.....”. Este dispositivo é uma evidente exorbitância da nossa lei penal. O desregramento da vida extra-funcional dos titulares de cargos públicos pode afetar o prestígio e a dignidade da administração, desde que assuma caráter escandaloso ou notório; mas a sanção

a aplicar-se no caso deve ser privativa do direito administrativo. O despropósito do artigo em aprêço vai ao ponto de qualificar a inaptidão notória do funcionário, o que vale dizer: um fato em que falha a condição subjetiva da responsabilidade penal, qual seja o dolo ou a culpa *stricto sensu*. Sente-se que o artigo 238 é um corpo estranho na contextura do nosso estatuto penal, e por isto mesmo se explica que jamais tenha passado de letra morta”.

4. Verifica-se dos textos acima que os comentadores do Código Criminal do Império, do Código Penal de 1890 e da Consolidação das Leis Penais, ao referir-se à figura delitual em foco, aludiam a “vida pública de incontinência e escândalo”, “vida licenciosa e desregrada”, “desregramento da vida extra-funcional dos titulares de cargo público”.

Isso se deveu seguramente ao fato de que o delito surgiu, nos textos legais penais, sob as epígrafes “*Irregularidade de Conduta*” (Código Penal de 1830) e “*Irregularidade de Comportamento*” (Código Penal de 1890 e Consolidação das Leis Penais), que sugeriam para a tipificação do crime uma certa continuidade na prática de atos incontinentes.

Há ainda a considerar que a maioria dos estudiosos se referia a vida licenciosa, desregrada, exibição contínua “com meretrizes e gente de má nota”, em demonstração evidente de que os comentadores tomavam a incontinência mais no seu sentido de falta de moderação nos apetites sexuais. Veja-se, por exemplo, a lição de CARLOS FREDERICO MARQUES PERDIGÃO, em seu *Manual do Código Penal Brasileiro — Estudos Sintéticos e Práticos*, Tomo I, edição 1882, que, comentando o artigo 166 do Código do Império, ensinava que a incontinência do empregado público é o “seu desenfreamento nas paixões da carne”.

Tomada nessa acepção, ou seja, da falta de temperança nos apetites sexuais, seria adequado, portanto, aos comentadores da época, ensinar que a incompetência pública e escandalosa se traduziria por uma vida desregrada e licenciosa de empregado público, sobretudo se se considerar, repita-se, que os artigos 166 do Código de 1830, e 238 do Código de 1890, se colocaram sob os títulos “*Irregularidade de Conduta*”, e “*Irregularidade de Comportamento*”, dando a entender que os Códigos se referiam a um complexo de atos, informadores de um procedimento.

5. Posteriormente, a incontinência pública e escandalosa foi erradicada dos quadros do direito penal comum, passando a integrar o direito disciplinar, cedendo-se, assim, aos reclamos daqueles que, como NÉLSON HUNGRIA, a consideravam “um corpo estranho na contextura do nosso estatuto penal”.

E foi assim que os diplomas estatutários instituíram a incontinência pública e escandalosa como falta ensejadora da aplicação da pena de demissão.

No antigo Distrito Federal, o Decreto-lei n.º 3.770, de 28 de outubro de 1941, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da Prefeitura do Dis-

trito Federal, em seu artigo 223, inciso III, estipulava que seria aplicada a pena de demissão nos casos de *procedimento irregular*, e, no artigo 224, inciso I, prescrevia a pena de demissão a bem do serviço público para o funcionário que fôsse “convencido de incontinência pública e escandalosa, de vício de jogos proibidos, de embriaguez habitual”.

A Lei n.º 880, de 17 de novembro de 1956, que dispôs sobre o Estatuto dos Funcionários da Prefeitura do Distrito Federal, em seu artigo 201, inciso III, estabelecia que a pena de demissão seria aplicada nos casos de “incontinência pública e escandalosa, vício de jogos proibidos e embriaguez habitual”.

A Lei n.º 1.163, de 12 de dezembro de 1966, vigente Estatuto do Pessoal Civil do Poder Executivo do Estado da Guanabara, no seu artigo 225, inciso IV, reproduz norma idêntica à que estava inscrita no antigo Estatuto, Lei n.º 880, de 1956.

Regra absolutamente igual está no artigo 207, III, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952.

Cumpra nesse passo salientar que o exame detido dos comentários aos textos estatutários não autoriza a ilação de que os autores se tenham pronunciado, unânimemente, pela necessidade da reiteração a fim de que se possa caracterizar a incontinência pública e escandalosa.

Senão vejamos.

ALBERTO BONFIM, em *O Processo Administrativo*, edição Freitas Bastos, 1963, pág. 62, ao focalizar a incontinência pública, aduz que

“Tal falta se poderia caracterizar, por exemplo:

- 1.º — pelo hábito da altercação, do insulto, ou do pugilato em quaisquer lugares freqüentados pelo público;
- 2.º — pelo mau costume de vaiar espetáculos ou oradores, bem como proferir palavras obscenas ou contar anedotas fesceninas com desrespeito a pessoas do outro sexo;
- 3.º — pela prática de atos libidinosos no recinto da repartição em desrespeito ao ambiente de trabalho;
- 4.º — por quaisquer atos reiterados capazes de produzir a opinião generalizada de má conduta como cidadão”.

Como se vê, o autor apenas exemplifica hipóteses através das quais se poderia caracterizar a incontinência. Inclusive, no item 3.º da relação que faz, imagina situação na qual necessariamente não está presente a idéia de reiteração, no sentido de exigir-se que o funcionário, anteriormente, tenha sido surpreendido na comissão de tais atos. Não afirma que um só ato incontinente, de acentuada gravidade, não seja capaz de produzir a opinião generalizada de que o funcionário, em razão da falta praticada, tenha ficado, como cidadão, destituído da indispensável força moral para o desempenho das suas funções.

TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, comentando a incontinência pública, vício de jogos proibidos e embriaguez habitual, afirma:

“Tôdas essas faltas são apenas manifestações públicas e ostensivas, com manifesto escândalo, pelo grau e pela freqüência, de hábitos contrários a uma vida ordenada, nos moldes de um comportamento adequado aos hábitos da nossa sociedade.

A prática imoderada de qualquer ato é censurável e, quando êste ato é condenado pela nossa moral social, merece uma repressão à altura do dano que produz na sociedade.

A aplicação da lei penal representa a reação da sociedade, a pena disciplinar é a reação do órgão mais atingido por um dos seus membros. Por isso a pena expulsiva se justifica como justa reação da administração e medida de saneamento do seu meio” (o grifo é nosso) (*in Direito e Processo Disciplinar*, ed. 1966, pág. 159).

No desdobramento de seu raciocínio, o autor deixa ver que *qualquer ato* desde que imoderado, incontinente, condenado pela nossa moral social, e, evidentemente, de gravidade qualificada, merece a pena expulsiva como justa reação da administração, e medida de saneamento do seu meio.

A. A. CONTREIRAS DE CARVALHO, *in Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado*, ed. 1957, volume II, págs. 177/8, assevera que

“A incontinência consiste na falta de abstenção de prazeres sexuais, ou melhor, na prática dêstes em termos imoderados, expondo quem os pratica, e se de modo público e escandaloso, ao ridículo e à condenação da sociedade. A prática de tais atos, e em termos tais, é o que constitui, para o artigo que comentamos, a incontinência pública e escandalosa. Incompatível com o decôro que constitui atributo do exercício do cargo ou da função pública, é passível de demissão o funcionário público incontinente, e, conforme o grau de gravidade da falta, de demissão qualificada”.

O especialista consigna para a incontinência uma noção que se cinge à imoderação nos prazeres sexuais, limitação essa que, embora talvez fiel às origens, é inadmitida hoje para os fins do direito disciplinar.

J. GUIMARÃES MENEGALE, em sua obra *O Estatuto dos Funcionários*, volume II, edição Forense 1962, págs. 613/14, anota que

“A disciplina do serviço público, à regularidade de seu funcionamento e à respeitabilidade da Administração interessa que seus agentes não se degradem no conceito dos administrados, nem pelos excessos de uma vida desregrada, se vejam afeta-

dos no rendimento de sua atividade, ou desacreditados, quando exerçam chefia, na reverência dos subalternos. A reiteração de semelhante conduta, desiludindo da possibilidade de reabilitação, exigirá a imposição da pena demissiva”.

Embora o Autor afirme que a reiteração de semelhante conduta exigirá a pena depurativa, êle não assevera que só a reiteração enseje tal providência. Não exclui, conseqüentemente, a possibilidade de o funcionário, por um só ato de incontinência, acentuadamente grave, degradar-se no conceito de seus pares e dos administrados.

De fato, o único que desenganada e taxativamente refere a reiteração como requisito *essencial* para caracterização da incontinência pública e escandalosa, é ARMANDO PEREIRA, ao comentar o respectivo dispositivo do vigente Estatuto do Pessoal Civil do Poder Executivo do Estado da Guanabara. E o faz nos seguintes termos:

“Cogita aqui de prática reiterada de atos condenados pela moral social. É mister, para caracterizar-se a *conduta* incontinente e escandalosa, que não se tome um ato isolado, embora reprovável, como razão suficiente para o ato expulsório. Poder-se-á exemplificar como conduta incontinente e escandalosa, a freqüência a lugares de má-fama, antros de crimes, e alterações e agressões em lugar público, a importunação ofensiva ao pudor, o abuso de palavras obscenas, etc...” (*in Novo Estatuto dos Funcionários da Guanabara Comentado*, edição 1967, pág. 166) (o grifo é nosso).

Note-se que o autor busca a caracterização de “*conduta* incontinente e escandalosa”, como se o texto legal aludisse a “incontinência de conduta”. O artigo 225, inciso IV, do Estatuto local, porém, fala simplesmente em “*incontinência...*”, e não em *incontinência de conduta*.

A análise dos textos existentes, portanto, não permite a conclusão de que a doutrina, à unanimidade, impõe a reiteração de atos, para que se caracterize a incontinência pública e escandalosa.

7. Passe-se, agora, à exegese do dispositivo legal, consubstanciado, repita-se, no artigo 225, inciso IV, da Lei n.º 1.163, de 1966 (Estatuto do Pessoal Civil do Poder Executivo do Estado da Guanabara), que vale reproduzido:

“Art. 225 — A pena de demissão será aplicada nos casos de:  
I — .....  
.....  
IV — Incontinência pública e escandalosa, vício de jogos proibidos e embriaguez habitual”.

Resulta claro que o legislador, na norma acima transcrita, previu três formas de incontinência:

- a) incontinência genérica;
- b) incontinência na prática de jogos proibidos;
- c) incontinência na ingestão de substâncias embriagantes.

Nas duas últimas formas, o legislador exige a reiteração, tanto assim que se referiu ao *vício* de jogos proibidos, e à embriaguez *habitual*. Na primeira delas, o legislador alude apenas a duas circunstâncias: a publicidade, e o escândalo. Aqui, ao contrário do que fez nas duas outras hipóteses, não se utilizou de qualquer expressão que esteja a indicar a exigência de reiteração. E não se argua que esse sentido de reiteração esteja necessariamente insito na idéia de incontinência, pois esse é o testemunho dos léxicos.

Senão vejamos.

CALDAS AULETE (*Dicionário Contemporâneo*), assim define a expressão:

“*Incontinência* — s. f. falta de continência, de temperança; excesso...  
*Incontinente* — adj. que tem incontinência: moderado, descomedido...”

ANTÔNIO DE MORAIS SILVA (*Grande Dicionário da Língua Portuguesa*):

“*Incontinência* — s. f. (do latim *incontinentia*) Falta de continência e temperança; vício oposto à continência, à castidade, sensualidade, concupiscência... || *Defeito de não saber moderar-se, intemperança, imoderação, descomedimento.*  
 “*Incontinência da língua* — Falta de moderação no falar; hábito de falar excessivamente”.

Como se vê, a incontinência pode trazer o sentido de reiteração quando ligada à noção de sensualidade, concupiscência, ou, por exemplo, quando utilizada para significar imoderação no falar. Mas nem sempre isso acontecerá. Incontinência tem também o sentido geral de descomedimento, defeito de não saber moderar-se.

AGENOR COSTA, em seu *Dicionário de Sinônimos e Locuções da Língua Portuguesa*, 2.<sup>a</sup> edição, registra:

“*Incontinência*: abuso, acrasia, concupiscência, deboche, descomedimento, descontinência, desonestidade; dificuldade em reter; dissolução, excesso; falta de castidade, de continência, imo-

deração, imodéstia, impudícia, intemperança, lascívia, libidinagem, lubricidade, luxúria, sensualidade imoderada, torpeza”.

Incontinência, por conseguinte, é também falta de retenção, descomedimento, não contenção nos limites preestabelecidos, e disso ANTENOR NASCENTES dá exata idéia, em seu *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, ao consignar:

“*Continência* — Do latim *continentia*. Houve uma forma arcaica contença (NUNES, *Gram. Hist. Port.*, 107) e outra continença...”

Logo, constitui *incontinência* todo e qualquer ato que envolva falta de contenção nos limites, nos lindes preestabelecidos.

E é assim que DE PLÁCIDO E SILVA, in *Vocabulário Jurídico*, volume II, ed. Forense, 1963, página 812, define a

“*Incontinência* — Derivado do latim *incontinentia* (*intemperança, excesso*), entende-se o que se faz com *excesso*, ou *sem medida*. Neste sentido, aplica-se o vocábulo a *qualquer espécie de ato ou ação*, que se queira mostrar como *excessiva, abusiva ou imoderada*.”

A incontinência, entanto, significa também a falta de moderação no beber ou no comer: é intemperança.

Em relação à conduta imoderada, inconveniente, diz-se *incontinência de conduta*. E aí, valendo simplesmente como excesso ou imoderação, entende-se a inconveniência de hábitos e costumes, pela imoderação de linguagem ou de gestos”.

Fica demonstrado, dessa maneira, que a idéia de reiteração não é irremissivelmente ligada à noção de incontinência. Qualquer ato, ou qualquer ação, que se apresente como excessiva, abusiva ou imoderada, implica uma incontinência. Poderá caracterizar-se uma incontinência, sem que se esteja diante de uma série de atos, reiterados.

Se assim é, para que se pudesse incluir o requisito da habitualidade na primeira das hipóteses contempladas no artigo 225, inciso IV, da Lei n.º 1.163, de 1966, seria necessário que o legislador o explicitasse, tal como fez, nas demais hipóteses ao aludir a *vício* de jogos proibidos e embriaguez *habitual*.

Dessa forma procedeu, por exemplo, o legislador federal, na Consolidação das Leis do Trabalho, ao prever como justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, não a simples incontinência, mas a incontinência *de conduta* (artigo 482, letra b, da CLT), o que levou a doutrina e a jurisprudência trabalhistas a introduzir na falta ensejadora da

rescisão a noção de habitualidade (*apud* ALUÍSIO JOSÉ TEIXEIRA GAVAZZONI SILVA, *in* *Comentários à CLT*, ed. 1963, vol. II, pág. 260; DÉLIO MARANHÃO, *Instituições de Direito do Trabalho*, volume I, 2.<sup>a</sup> ed., 1961, pág. 618).

A análise do dispositivo estatutário em tela, por conseguinte, conduz à conclusão de que necessariamente não é de exigir-se a reiteração, a habitualidade, para que se configure a incontinência pública e escandalosa.

Alcança-se o mesmo resultado, se atentar-se para o bem jurídico protegido pela indigitada norma.

O fundamento do referido dispositivo está na indispensabilidade de reclamar-se do funcionário público que preserve a necessária força moral, visando ao perfeito desempenho das suas funções. Por isso, a incontinência pública e escandalosa é punível, seja ela praticada em serviço ou não.

Os atos praticados pelo funcionário repercutem na função que exerce, contribuindo para a dignidade ou descrédito da autoridade desempenhada.

Como ensina MARCELO CAETANO, em seu *Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português*, pág. 70, citado no parecer que se acosta à consulta, “haverá sempre a tendência para avaliar a instituição pelos méritos pessoais dos que a servem e os defeitos como as virtudes de todos os agentes pelos daquele que se torna mais notado ou é mais conhecido”.

A incontinência pública e escandalosa retira do funcionário que a praticou as condições mínimas com as quais ele possa cumprir o seu dever de administrar e de fazer funcionar o serviço de acordo com as imposições do interesse geral. Compromete e desmoraliza a sua autoridade, afetando, portanto, a boa marcha do serviço.

O bem jurídico protegido pela norma em questão é, assim, diretamente a dignidade, o decôro, e a eficiência do serviço público.

Logo, um só ato de incontinência pública e escandalosa, praticado por determinado funcionário, pode ser de tal gravidade que reclame a aplicação da pena expulsória. Como exigir-se a reiteração, se só com aquele ato o servidor ofendeu gravemente, e irremediavelmente, o bem jurídico que a norma visa a proteger?

Por força das razões acima, *permissa venia*, não fazemos côro com o parecer do Dr. ALUÍSIO AUGUSTO SILVEIRA, Assistente Jurídico do Ministério da Justiça, do qual a consulta se faz acompanhar, e que, aliás está publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 82, pág. 411.

Afirma o ilustre parecerista:

“Na conceituação de incontinência pública e escandalosa se deve portanto indagar se, de algum modo, a ação interfere com a administração pública.

Para isso, entendemos imprescindível perquirir-se da reiteração, da habitualidade, da reincidência ou não do ato incontinente e publicamente escandaloso. A ação imoderada, se isolada, pode constituir ilícito penal e não refletir na situação

funcional. Se uma vez, um funcionário público, por emoção ou paixão, que não excluam a responsabilidade penal, pratica vias de fato contra alguém, mesmo em público, por isso não se pode afirmar que esse funcionário é incontinente e publicamente escandaloso para o fim de puni-lo com a pena de demissão.

Entender o contrário, ao nosso ver, traduziria não só a irrealidade e a incompreensão da própria vida, como desejar o impossível, ou seja, despir do funcionário a condição de homem e vesti-lo da de super-homem”.

Temos para nós que a incontinência pública e escandalosa que consubstancia a infração administrativa, é a que se reveste de reiteração, habitualidade, por parte do agente da administração pública e que, por isso, indiretamente, tem reflexos no próprio conceito que dela faz a coletividade” (*in* *Revista de Direito Administrativo*, vol. 82, pág. 412).

Ora, é intuitivo que com um só ato de incontinência, desde que de acentuada gravidade, público e escandaloso, pode ter reflexos ponderabilíssimos no conceito que a coletividade faça da administração pública. A reiteração não é pressuposto necessário dessa repercussão negativa.

Veja-se, por exemplo, parecer do DASP, no Processo n.º 3.614/57, publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 50, pág. 318, em que se considerou incurso na falta de incontinência pública e escandalosa, o funcionário indiciado, que “numa sociedade de bairro promovia “grossa desordem” e ameaçava os presentes, tendo sido apreendidos em seu poder um revolver calibre 38, uma faca com a respectiva bainha e uma mola com cabo de ferro à guisa de cassetete, motivo por que foi então, pela autoridade policial, recolhido ao xadrez”.

Imagine-se, por exemplo, que um funcionário estadual vá às galerias da Assembléia Legislativa acompanhar a tramitação de um projeto de lei de seu interesse, e, inconformado com o resultado da votação, pratique, em pleno recinto, gravíssimo gesto obsceno, atentatório à dignidade e ao decôro da Casa.

É evidente que, sem prejuízo de estar sujeito à apenação prevista no artigo 40 da Lei das Contravenções Penais, estará o servidor incorrendo em incontinência pública e escandalosa, de gravidade qualificada, e, conseqüentemente, na órbita administrativa, passível da pena de demissão.

Figure-se um alto funcionário, que, em um programa de televisão, interpelado acerca de determinada providência por ele tomada, ofenda de maneira grave, através de gesticulação, a classe de cidadãos atingida pela medida.

Em todos esses casos, e outros poderiam ser hipoteticamente mencionados, haveria indiscutivelmente incontinência pública e escandalosa, sem que, para a configuração da falta, fôsse essencial a existência de reiteração, ou a presença do requisito da habitualidade.

Só aquêlo ato é suficiente para ferir irremediavelmente o bem jurídico protegido, e retirar a força moral necessária àquele servidor para que êle possa dar cumprimento aos seus deveres de acôrdo com as necessidades do serviço público.

Cabe deixar claro que o que se pretende demonstrar é que a reiteração, a habitualidade, não é um pressuposto essencial para que se possa tipificar a falta administrativa da incontinência pública e escandalosa.

Os requisitos para a caracterização da dita falta são em nosso entendimento a *gravidade qualificada do ato, a publicidade e o escândalo*.

É curial que, em determinados casos, a habitualidade é que vai propiciar o reconhecimento do requisito da gravidade, tal como na hipótese em que o servidor se empenhe permanentemente em "alterações e agressões em lugar público", ou freqüente habitualmente "lugares de má-fama e antros de crime". Nesses casos um ato isolado nada significará para os fins da capitulação no dispositivo em tela, pois a gravidade residirá exatamente na reiteração: é através desta que se ofenderá o bem jurídico protegido.

Mas a êsse mesmo resultado se chegará quando, em determinadas circunstâncias, considerada a qualificação funcional do autor do ato, a soma de poderes que tem em suas mãos, a parcela de autoridade que detém, um só ato pode consubstanciar incontinência pública e escandalosa, e, assim, conduzir à aplicação da pena depurativa.

O que para um professor, médico, engenheiro, procurador, pode configurar uma incontinência pública e escandalosa para os fins da lei, poderá não sê-lo relativamente a um simples servente, por isso que, quanto mais elevada a posição do autor na escala funcional, mais intensa será a associação que a coletividade faz entre êle e a Administração Pública.

Enfim, as características de cada caso concreto é que darão a medida da adequada aplicação do texto legal.

Todavia, em termos de formulação abstrata, o que se pode afirmar é que a habitualidade não é requisito que informe necessariamente a tipicidade da incontinência pública e escandalosa.

9. Reduzido o vertente parecer à sua expressão mais simples, tem-se, em conclusão, o seguinte:

- a) — na disposição do artigo 225, inciso IV, da Lei n.º 1.163, de 12 de dezembro de 1966, o legislador previu três formas de incontinência; nas duas últimas modalidades exigiu expressamente o requisito da habitualidade (*vício de jogos proibidos, e embriaguez habitual*), não o fazendo na primeira delas;
- b) — a idéia de reiteração, habitualidade, não é ínsita na noção de incontinência;
- c) — o bem jurídico protegido pela norma é a dignidade, o decôro e a eficiência da administração, por meio da preservação da força moral de seus agentes;

- d) — êsse bem jurídico pode ser lesado seja por um ato isolado, de acentuada gravidade, seja por uma série de atos que, pela sua habitualidade, vão conduzir ao resultado que o direito disciplinar quer prevenir;
- e) — as características de cada caso concreto é que darão a medida da adequada aplicação do texto legal.

Em suma, por conseguinte, deve entender-se que a habitualidade não é requisito que integre necessariamente a tipicidade da falta administrativa da incontinência pública e escandalosa, tal como contemplada na parte inicial do inciso IV, do artigo 225, da Lei n.º 1.163, de 12 de dezembro de 1966, vigente Estatuto do Pessoal Civil do Poder Executivo do Estado da Guanabara.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

RICARDO CESAR PEREIRA LIRA  
Procurador do Estado

### LEGALIZAÇÃO DE CONSTRUÇÃO. CONTROVÉRSIA SOBRE A PROPRIEDADE DO TERRENO. POSIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO

Veio o presente processo à Procuradoria Geral em razão da situação do imóvel, no qual há construções cuja legalização se pretende, e ainda em razão de impugnação formulada por terceiro, que se atribui o domínio do prédio em causa.

Para melhor compreensão da hipótese impõe-se um relato de tudo que nêle ocorreu:

Em março de 1954, Osvaldo Palmeira Martins pedia a legalização do galpão já existente em imóvel que dizia de sua propriedade, à Rua Flávia Farnese, n.º 3 (Orla Marítima).

Exigida a apresentação do título de propriedade, o interessado esclareceu tratar-se de terreno de marinha, cuja ocupação vinha tentando regularizar no Serviço do Patrimônio da União. Nesse sentido juntou, de fato, certidão passada por êsse Serviço, que transcreve petição que menciona a existência, já em 26 de março de 1953, de várias benfeitorias que seriam de sua propriedade. O processo não teve solução.

Em agosto de 1964, Carlos Alberto Couto Dias, sucessor de Osvaldo Palmeira Martins, pediu a legalização de galpão para depósito de materiais já existente no local. Basta cotejar as plantas que juntou com as oferecidas em 1954, por seu citado antecessor, e se verá que a área construída foi sensivelmente acrescida.

Nessa ocasião juntou o requerente Carlos Alberto Couto Dias a escritura de 28-7-1959, pela qual Osvaldo Palmeira Martins ratificou a transferência, a êle, da ocupação do terreno de marinha à Rua Flávia