

VISTO.

Visto, de acordo.

Ainda que para argumentar não fosse aceita a motivação do douto parecer, a idêntica conclusão se chegaria pela regra de encerramento do inciso II do art. 16 da Lei Complementar nº 20 de 19.7.74. **nos demais casos, isto é, em todos os que não apresentam a tipicidade do inciso I, o servidor será municipal.**

À Secretaria de Administração do Município do Rio de Janeiro.

Em 28 de fevereiro de 1978

**Roberto Paraiso Rocha**  
Procurador Geral do Estado

proc.: E-01/21.050/75

## PARECER Nº 1/79-AFGT

*Pena acessória de demissão do Serviço Público prevista no Código Penal, art. 68, II; sua revogação parcial em face da edição da Lei nº 6.416, de 24.5.77, e do Decreto-Lei Estadual nº 71, de 25.7.69, com a nova redação dada pela Lei Estadual nº 175, de 9.12.77.*

### RELATÓRIO

1. HCSV, matr. 78.439, em 10 de dezembro de 1965, requereu **afastamento**, com base na Lei nº 880/56, art. 36 c/c art. 120, III, em vista de seu recolhimento ao Depósito de Presos Fernandes Viana (atual Instituto Presídio Hélio Gomes), por lhe ter sido decretada a prisão preventiva no Juízo da 1ª Vara Criminal (I Tribunal do Juri), onde respondia a processo como incurso nas penas do art. 121 (homicídio simples). O benefício foi deferido pelo Departamento do Pessoal da Secretaria de Administração.

2. Oficiando ao Juízo suso referido em 16 de fevereiro de 1966, foi a Administração informada, dois dias após, de estar em andamento o processo movido contra o servidor em pauta. Com o escopo de se manter a par da situação judicial do funcionário, o Executivo Estadual remeteu, espaçadamente, vários outros ofícios ao Judiciário, os quais não foram contestados. Finalmente, depois de longo período de mutismo, chegou a notícia do Tribunal do Juri, em 17 de outubro de 1969, dando conta de que o réu fora condenado a quatro (4) anos de reclusão, por sentença do dia 14 daquele mês e ano, a qual não transitara em julgado por força de apelação interposta pelo acusado.

3. Inúmeros novos ofícios foram dirigidos à Justiça, com o fito de se conhecer o resultado do recurso, os quais, todavia, não mereceram resposta. A certa altura, descobre a Administração, através de diligências, que:

a — o servidor fora solto em 15.10.69, por término de pena;

b — reassumira o exercício de suas funções no Estado, em 17.10.69;

c — o processo judicial encontrava-se extraviado.

4. Depois de variadas providências burocráticas, inclusive troca de diversos ofícios, chega, afinal, o esclarecimento definitivo do I Tribunal do Juri sobre a posição do processo-crime, nos seguintes termos:

“A sentença transitou em julgado como se verifica da certidão de fls. 187, eis que o advogado do réu, que ofereceu o recurso de fls. 185, reteve os autos desde outubro de 1969 até 03.07.1978 (fls. 187), esgotando em demasia o prazo para oferecimento das razões id est, 11.11.1969.”

5. Em face de tal situação, solicitou-se parecer à Assessoria Técnica e Jurídica da APE-SAD, que, através da competente Assistente-Chefe (em substituição) M. Regina Paranhos Fernandes, manifestou-se, em resumo, da seguinte forma:

a — A demissão do funcionário deveria ter sido decretada pelo Estado, por força da pena acessória prevista no Código Penal, art. 68, II (que é imprescritível, ex vi do art. 118 do mesmo estatuto), em 17.10.69 — data em que tomou conhecimento de haver sofrido o servidor condenação criminal superior a dois anos de reclusão;

b — Contudo, intempestiva e desumana seria a adoção de tal medida naquela oportunidade, porque (transcrevo o original, por sua curiabilidade):

“Não nos parece justo que, após haver o interessado dado mostras durante nove anos de sua recuperação e adaptação ao serviço público, seja ele punido e perca sua função, sabendo-se da dificuldade que encontrará para conseguir novo emprego em razão da sua atual idade — 52 anos.

Supondo-se que houvesse sido ele demitido, em cumprimento ao preceito legal, à época oportuna, e agora postulasse sua volta ao Estado, quer através do instituto da readmissão, quer através de qualquer outro, qual seria o procedimento do Estado? Fechar-lhe-ia todas as suas portas? Parece-nos que não, pois assim procedendo estaria castigando-o mais uma vez por um crime já pago, imputando-lhe

uma pena acessória desconhecida em nossa legislação e abandonando-o à própria sorte.

É digno ainda que se aponte o empenho que os governos federal e estadual vêm fazendo no sentido da reintegração do ex-presidiário à sociedade. Exemplo disto deu este governo ao contratar o ex-detento — Antonio Leite Torres — que houvera sido condenado a um total de 42 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, de acordo com pareceres da Assessoria Jurídica desta Secretaria, Procuradoria de Assuntos de Pessoal e Procuradoria de Assuntos Trabalhistas e Previdenciários.

Ensina-nos o Mestre Clóvis Bevilacqua (*Código Civil Comentado* — vol. I) “a inércia do titular do direito permite que se realizem e consolidem fatos contrários ao direito do negligente. Destruir esses fatos seria perturbar a vida social, que sobre eles repousa tranqüila ou neles tem elementos, que não podem ser destruídos sem dilaceração do organismo político-público. O interesse do Estado, titular do direito de que foi o primeiro a desprezar, não pode prevalecer contra o interesse mais forte da paz social”.

Desta forma, somos de parecer de que seria intempestiva e desumana agora a providência daquele expediente.”

6. A Assessoria Jurídica da SAD, através de parecer firmado pelo culto Dr. Eduardo de Carvalho Chaves Filho (fls. 74/81), endossou a manifestação mencionada acima, sustentando, com apoio no magistério de vários autores, que:

“É, excepcionalmente, reconhecido à Administração o poder de resguardar certas situações contrárias à lei, que vêm produzindo efeitos no decorrer de prolongado lapso de tempo.” (Da ementa).

“In casu, igualmente, parece-nos possa a Administração, excepcionalmente, atenta aos motivos já mencionados, jul-

gar conveniente e oportuno manter incólume o ato que autorizou a reassunção do funcionário, em 17 de outubro de 1969.

Com efeito, o funcionário há nove anos demonstra sua recuperação social bem como sua adaptação ao serviço público, tendo cumprido integralmente a pena que lhe foi imposta, de 4 anos de reclusão.

Concluindo, entendemos possa a Administração, agora, providenciar o ato de demissão do funcionário, não obstante transcorridos nove anos do trânsito em julgado da sentença que o condenou a quatro anos de reclusão, como possa, igualmente, e em caráter excepcional, manter incólume o ato de reassunção daquele, de 17 de outubro de 1969, atentando para as especialíssimas circunstâncias que envolvem a espécie."

7. Após despacho do Sr. Secretário de Administração, do teor seguinte:

"Ao Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado, solicitando ratificar ou retificar a conclusão do Parecer AAJ nº 3105/78, da Assessoria Jurídica (fls. 74/81)"

vieram os autos a esta PG-4, onde me foram distribuídos.

#### PARECER

1. Embora esteja de acordo com a conclusão final dos bens lançados pareceres de fls. 68/71 e 74/81, no sentido de descaber a demissão na hipótese vertente, dirijo quanto à fundamentação invocada. Não que inaceite as razões expendidas, mas porque, no meu fraco juízo, há outras a se lhes somar, por um lado, e, por outro, merece ampliada a área de abrangência do ponto de vista assumido.

2. Demitir o funcionário, agora, aos 52 anos de idade, com a folha penal registrando uma condenação e passagem pelo ergástulo, com nove (9) anos de serviços ao Estado, após reassunção decorrente de folha do mesmo Estado, e durante os quais vem demonstrando perfeita

readaptação social representaria, sem qualquer sombra de dúvida, uma desumanidade precisamente como registrado nas manifestações supra referidas.

#### 3. E o que é desumano não pode ser legal.

Creio que se devia inculpir sobre os portões das faculdades de Direito, nos frontispícios de todos os foros, nas entradas das procuradorias, consultorias, assessorias jurídicas, em quaisquer lugares, enfim, onde houvesse pessoas que lidassem com a lei, essa regra magna impostergável, invencível, irrevogável e irrenunciável:

#### "O QUE É DESUMANO NÃO É LEGAL."

Nesta nossa época em que o técnico e o econômico são alçados à posição de núcleo da vida, em torno e em função do que tudo o mais deve gravitar; quando as pessoas são coisificadas e quantificadas e vitimizadas por sistemática almatomia; no instante em que, com entusiasmo cada vez mais delirante, o humano é rasgado, esmagado e queimado, nos altares dos exigentes totens dos dias de hoje; já não basta forjar o advogado, de cambulhada com tantos outros, sem maior realce e ênfase, do princípio do *summum jus, summa injuria*. Antigamente podia ser assim. Naqueles tempos, o homem ainda não se desumanizara e, sem necessidade de maior esforço (porque ninguém conseguia raciocinar sem ter como raia inarredável o axioma de que a lei não pode vasalar o humano) respeitava rigorosamente o referido princípio. Hoje, porém, como a mentalidade das criaturas se forma dentro da convicção de que o humano é servo do técnico e do econômico, impõe-se, trocada a veste latina pela vernacular e a forma arcaica por uma moderna, a divulgação daquele apotegma por todos os meios de comunicação, para forçar-lhe o consumo: "o desumano não é legal."

4. Ao constatar, pois, o aplicador da lei, que a atuação da norma rende ensejo a uma desumanidade, pode ficar seguro de ter havido erro de interpretação e, por mais que as aparências indiquem o contrário, em verdade aquela norma não diz aquilo que parecia dizer. Cabe-lhe, então, empregar toda a arte e ciência do hermeneuta, a fim de extrair do texto seu real comando, por mais oculto que se afigure. Porque desumano e legal se repelem, são antinômicos, impossíveis; e o intér-

prete, ao ver aqueles termos unidos, de pronto reconhece a necessidade de sua intervenção para superar a contradição, a qual é apenas aparente, uma vez que na harmonia absoluta do universo jurídico inexistem contradições.

“Em conclusão: o Direito prevê e provê; logo não é indiferente à realidade. Faça-se justiça; porém salve-se o mundo, e o homem de bem que no mesmo se agita, labora, produz.”

5. A circunstância de estar o funcionário trabalhando há nove anos, após o término da pena, caracterizaria, segundo o entendimento dos ilustres pareceristas da SAD, a desumanidade de sua demissão — a qual, de outra maneira, seria imperativo incontornável. Na esteira desse enfoque, não surpreende tenham caminhado rumo à colocação exposta a fls. 68/71 e 74/81: a dispensa do servidor deveria ser relevada pois, por não aviada na época própria (nove anos antes), dera lugar a situação que, embora contrária à lei, produzira efeitos no decorrer de prolongado lapso de tempo, podendo (ou devendo), por isso, ser resguardada pela Administração.

6. *Data maxima venia*, antolha-se-me imérita de apoio tal tese.

Reside a desumanidade da demissão do servidor, realmente, no fato de estar trabalhando já há nove anos para o Estado?

E, por via de consequência, retirado esse elemento e persistindo os demais, deixaria a demissão de ser desumana?

Reflitamos sobre a questão.

Só foi possível ao funcionário permanecer no cargo durante o prefalado período porque, por um erro, concedeu-se-lhe a reassunção. Tal erro, todavia, não foi fruto de mero acaso. Ao contrário, como está bem claro no processo, decorreu da atividade do patrono do réu, ao reter, ilegalmente, os autos criminais de outubro de 1969 a julho 1978. Tal irregularidade propiciou o protraimento da situação existente, protraimento esse que representaria o dado apto a qualificar a dispensa como desumana.

Indago, contudo: acaso retirado esse dado, a demissão passaria a ser encarada como não desumana?

Nesse caso, estaríamos frente a um estranho quadro: a diferença específica a discriminar uma demissão humana de uma desumana estaria representada por um ato ilícito; ou seja, a prática do ato ilícito resultaria em consequências mais benéficas que o agir corretamente. Ou, em termos concretos: todos os funcionários que estivessem em situação idêntica à daquele de que cuida o presente, **menos quanto à grave irregularidade de haver o advogado escamoteado o processo judicial por nove anos, deveriam perder seus cargos, porque isso não seria desumano (e, ipso facto, ilegal).**

7. Encaro o problema de modo diferente.

Penso ser ilegal (e desumano) demitir um servidor condenado a quatro anos de reclusão, nas circunstâncias encontradas nestes autos, por se entender de aplicação necessária a pena acessória do art. 68, II, do Código Penal (ainda que não tivesse havido qualquer erro propiciador de equivocada reassunção do cargo).

**Parece-me, isto sim, que o dispositivo em causa está parcialmente revogado — e isso é que impede a aplicação da exoneração penal em hipóteses da natureza da presente.**

8. Dispõe o diploma repressivo de 1940:

“art. 67 — São penas acessórias:

I — a perda de função pública, eletiva ou de nomeação;

II — as interdições de direito;

III — a publicação da sentença.

“art. 68 — Incorre na perda de função pública:

I — o condenado à pena privativa de liberdade por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente à função pública;

II — o condenado por outro crime à pena de reclusão por mais de dois anos ou de detenção por mais de quatro.”

“art. 70 — A sentença deve declarar:

I — a perda da função pública, nos casos do nº I do art. 68;

## II — omissis

Parágrafo único — Nos demais casos, a perda de função pública e as interdições resultam da simples imposição da pena principal.”

A estatúda aplicação automática da perda de função pública ao condenado a mais de dois anos de reclusão ou quatro de detenção encontra fomento na combinação de três fundamentos, como se verifica da doutrina e se depreende do texto legal, os quais podem ser assim sumarizados:

- a — para escarmentar o acusado;
- b — por presumi-lo incompatível com o exercício de cargo público;
- c — porque fica impossibilitado de trabalhar por longo período.

Advirta-se, para logo, ser absolutamente necessário *in casu* apurar os motivos que levaram o legislador a regular a matéria da forma por que o fez: trata-se de indispensável medida preventiva com vistas à cõngrua interpretação das normas em exame.

“Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida.”

(CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Liv. Freitas Bastos, 8ª ed., 1965, p. 163/164).

No campo criminal, mais que em qualquer outro no nosso momento histórico, impende recorrer à interpretação finalística dos preceptivos do Código Penal, já porque conta trinta e nove anos de idade o di-

ploma já porque a promulgação de recente lei alterou profundamente o referencial teórico em que repousavam seus comandos. E não há via mais adequada para atualizar um corpo de regras jurídicas, para permitir que o Direito nelas enformado progrida, ainda que não ocorram alterações no texto, do que uma interpretação viva e desperta para a realidade do mundo concreto:

“A doutrina que admite o escopo alterável com o tempo, e se preocupa, de preferência, com o objetivo atual das disposições, é hoje aceita por quase todas as correntes doutrinárias: satisfaz à velha escola histórica, e até ao ramo tradicionalista adiantado; bem como à falange histórico-evolutiva, universalmente vitoriosa; merece também os aplausos incondicionais dos dois grupos em que se bifurca a livre indagação científica.”

“Aceitam os mestres da Hermenêutica, inclusive os próprios tradicionalistas adiantados, tudo o que é possível encasalar na letra do dispositivo, sob o fundamento de que o legislador assim determinaria se lhe ocorresse a hipótese hodierna, ou ele redigisse normas no momento atual; fornecem espírito novo à lei velha; atribuem às expressões antigas um sentido compatível com as idéias contemporâneas.”

(CARLOS MAXIMILIANO, *ob. cit.*, p. 160).

Cuidemos de pesquisar, portanto, se, no estágio em que se encontra nosso Direito Penal, permanecem válidas as três razões acima apontadas (escarmento, presunção de incompatibilidade, impossibilidade de trabalhar), de sorte a servir de suporte à norma ora examinada.

9. Em 1940, quando foi editado o estatuto criminal em vigor, emprestava-se grande apreço à aplicação de sanções secundárias ao condenado, no sentido de ferreteá-lo com o estigma de criminoso. Julgava-se possuir tal providência o condão de aumentar a capacidade intimidativa do *ius puniendi*. Não havia maior preocupação em verificar até que ponto se coartaria, com isso, a possibilidade de emenda do delinqüente, uma vez que se tinha por seguro serem a prisão e o tratamento penitenciário capazes de realizar a milagrosa tarefa de transmutar o criminoso em não criminoso. Vivia-se o período de apogeu do *otimismo penológico* (cf. RUPERT CROSS).

Hoje a questão é encarada de maneira inteiramente diferente.

De um lado, ninguém mais aceita a idéia de que a penitenciária fechada pode funcionar como "agência terapêutica" (a expressão é de SYKES), mas, pelo contrário, tem-se por certo que seu efeito tende a ser corruptor e deletério sobre a personalidade dos que nela são encerrados. Dispomos atualmente de farta bibliografia a respeito, da qual cabe ressaltar, por mais específicas, as obras seguintes: GRESHAM M. SYKES, *The Society of Captives*; HOWARD JONES, *Crime and the Penal Sistem*; RUPERT CROSS, *Punishment, Prison and the Public*; GILES PLAYFAIR, *The Punitive Obsession e Prisão não cura, corrompe*; DENNIS CHAPMAN, *Sociology and the Stereotype of the Criminal*; THOMAS MATHIESEN, *The Defenses of the Weak*; DONALD CLEMMER, *Prisonization e Informal Inmate Groups*; McCORKLE e WOOD, *Criminal Justice and the Treatment of Offenders*; GEORGE HOOD e RICHARD SPARKS, *Key Issues in Criminology*; IRVING GÖFFMAN, *Asylums*; BEN BAGDIKIAN, *The Shame of the Prisons*; GERALD LEINWAND, *Prisons*; HALL WILLIAMS, *Changing Prisons*; BURTON M. ATKINS e HENRY GLICK, *Prisons, Protest, and Politics*; LLOYD E. OHLIN, *Prisoners in America*; SIMONE BUFFARD, *Le Froid Pénitenciaire*; ANDRÉ ARMAZET, *Les Prisons*; MARCEL DIENNET, *Le Petit Paradis*; D. BRIGGS, *Fermer les Prisons*; SERGE LIVROZET, *Aujourd'hui, la Prison*; AUGUSTO F. G. THOMPSON, *A Questão Penitenciária*.

Por outro lado, admite-se que todas as providências aptas a rotular uma pessoa como criminosa tenderão a impedir escape ela ao exercício habitual do papel social de delinqüente — isto é, influirão fortemente no sentido de obstar a emenda daquele que foi condenado por infração à lei penal (há uma corrente criminológica que, inclusive, sustenta estar na raiz de todos os crimes, como causa principal, a estigmatização do autor — *labelling theory*).

Já o lúcido jurista ANIBAL BRUNO, antes de tais posições ganharem o consenso de que hoje desfrutam, apontava os inconvenientes das penas acessórias que funcionam como labéus, como gilvazes indelévels e ostensivos a marcar a figura do apenado:

"A decadência do aspecto jurídico dessas medidas tem-se acentuado e talvez o seu destino seja o de incorporarem-se

na categoria das medidas de segurança, com o prevailecimento do seu caráter preventivo dos crimes."

" — Esse decaimento que tem atingido as chamadas penas contra a honra, mesmo sob o aspecto de penas acessórias, as vem trazendo das antigas e ominosas penas infamantes a uma atitude de instrumentos de prevenção especializada, com o objetivo de evitar a prática de novos crimes no setor onde o condenado se tenha revelado particularmente perigoso. Sofrem mais do que outras a influência do novo espírito que anima o Direito Punitivo, atenuando o seu caráter de expiação e aflição, tendendo a tornar-se simples medidas preventivas, conseqüências acessórias da condenação, como querem alguns, ou medidas de segurança." (*Comentários ao Código Penal*, ed. Forense, 1969, vol. II, p. 209).

10. Ocorre que as posturas doutrinárias alinhavadas no item anterior, e que entendem descabida a manutenção das penas acessórias com base no seu efeito escarmentador, foram sufragadas pelo nosso Direito Positivo, através da Lei nº 6.416, de 24.5.77. Tal diploma, verdadeiro marco na área criminal, significa uma corajosa mudança de perspectiva do legislador no que concerne à maneira de visualizar os princípios e os institutos do Direito Penal. Por isso mesmo, não se podem restringir as derrogações por ele determinadas quanto ao Estatuto de 40 àquelas expressamente consignadas em seu texto. Tal entendimento traduziria um amesquinamento do verdadeiro alcance da lei modificadora, representaria o pecado mortal de maninhar terreno que, longe de sáfaro, oferece exuberante fertilidade. Por cristalizar toda uma nova filosofia, a qual difere e diverge daquela que presidiu à confecção do Código Penal, forçoso será ter-se por revogados não apenas os preceptivos explicitamente indicados, mas, também, todos aqueles que testilhem com a orientação agora vitoriosa (revogação implícita). E o intérprete tem de estar atento a tal circunstância, a fim de permitir o pleno desenvolvimento do processo dinâmico do Direito, que não pode ser condenado à estratificação por força de uma interpretação incapaz de se libertar da camisa de força da literalidade do texto legal.

Não tenho dúvida, em face do exposto, em considerar como revogada pela Lei nº 6.416, a aplicação automática da pena acessória da perda de função pública, com fulcro no caráter estigmatizador da medida.

Aluído o primeiro, tratemos de verificar se os outros dois pilares sustentadores da pena acessória em causa permanecem hígidos e, por conseqüência, idôneos para assegurar-lhe vigência.

11. O segundo fundamento justificador da malsinada sanção residia, como antes anotado, na presunção da incompatibilidade moral do condenado (a mais de dois anos de reclusão ou quatro de detenção) com o exercício de cargo público. Como toda presunção, sobretudo em sede de Direito Penal onde os mais altos valores do ser humano estão em jogo, sempre causou repugnância a crua aplicação da regra, dadas as flagrantes e atrozes conseqüências daí decorrentes em inúmeros casos concretos, desde que vistos da óptica da justiça material.

O caso destes autos, aliás, serve de excelente exemplo quanto ao ponto: foi o servidor condenado a quatro anos, por homicídio privilegiado — matar alguém por motivo de relevante valor moral ou social ou sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima.

Por que considerá-lo incompatível com o serviço público?

Tão apenas em razão do quantum da pena?

Mas se, do delito praticado, ao invés de se extrair prova de caráter perverso e má formação moral, dessume-se, ao contrário, estarmos frente a um homem que agiu por motivos nobres ou altruísticos ou em condições de desespero causado por atividade iníqua da vítima?

Evidenciada a nenhuma testilha entre a personalidade do apenado e o exercício do cargo público, ainda assim, em nome da cega obediência à lei, teria de ser demitido?

Felizmente, não é mais necessário permitir às indagações acima tripuariam sobre nossa aflita perplexidade. O Direito Positivo já reagiu à situação anômala e ilógica.

Com efeito, a Lei nº 5.774, de 23.12.71 — Estatuto dos Militares — rompendo com o rígido sistema do Código Penal, transformou em presunção relativa (*juris tantum*) a presunção absoluta (*juris et de jure*) do art. 68, II, ao dispor assim:

“art. 123 — O oficial perderá o posto e a patente se for declarado indigno do oficialato, ou com ele incompatível,

por decisão do Superior Tribunal Militar, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra, em decorrência de julgamento a que for submetido.”

“art. 124 — Fica sujeito à declaração de indignidade para o oficialato, ou de incompatibilidade com o mesmo, o oficial que:

I — for condenado, por tribunal civil ou militar, à pena restritiva de liberdade individual superior a 2 (dois) anos, em decorrência de sentença condenatória passada em julgado;”

Agora, como se vê, a condenação superior a dois anos de prisão (formalizou-se a indistinção entre reclusão e detenção, que já ocorria na prática) rende ensejo a obrigatório exame a respeito de revelar ou não o delito a indignidade ou incompatibilidade do oficial relativamente às suas funções. A apenação a mais de dois anos significa um indício ponderável contra a permanência do condenado no oficialato, mas sujeito a uma verificação cuidadosa, caso a caso.

Enterrada está, assim, a presunção absoluta do prefalado art. 68, II.

Ora, ainda que se não admita possa a regra do diploma castrense ser transplantada por inteiro para o campo dos servidores civis, com fomento na analogia *in bonam partem* (o que me parece sustentável), dúvida não persiste quanto à circunstância de que, pelo menos quanto à inaniidade do fundamento da presunção absoluta de incompatibilidade, impossível é deixar de estendê-la nesse ponto aos funcionários não militares. Conceda-se não estar o dispositivo totalmente revogado para o servidor civil (como o está para o militar), mas, força é convir, que, ao menos parcialmente, perdeu a vigência, ou seja: se lhe faltassem outros supedâneos, além da ficção jurídica da incompatibilidade entre o condenado e o serviço público, não mais poderia manter-se em validade. Para ainda viger, pois, mesmo no que tange aos civis, depende o art. 68, II, de encontrar outro escabelo que possa dar-lhe suporte às desgastadas bases. A presunção absoluta foi ferida de morte pela regra legal, a qual não veio mais que completar a obra que vinha sendo realizada pela doutrina, pela jurisprudência, pelo hermeneuta sensível ao mundo em que está inserto.

Observe-se que, ao contrário de desarmado, fica o Estado munido de duplo grau de controle quanto a consolidar-se, nos casos concretos, a presunção relativa em reconhecimento de verdadeira incompatibilidade entre o apenado e a função pública: a demissão pode ser decretada pelo Juiz criminal, na sentença, ou pode decorrer, após inquérito administrativo, de ato do Chefe do Executivo. Persiste a possibilidade da demissão em razão do delito, tanto por determinação judicial como por decisão administrativa, tanto por motivos de ordem penal como disciplinar. O que se eliminou foi a presunção cega, irracional, grávida de desastrosas conseqüências na sua aplicação incontrolada.

Constatada a ausência de outras sapatas que lhe sirvam de apoio, cumpre partirmos para o exame do último alicerce capaz de sustentar de pé, ainda, a norma da aplicação automática da pena acessória da perda de função pública: a impossibilidade do condenado trabalhar para o Estado por longo período.

12. Este último fundamento sofreu também, desenganadamente, revogação parcial, como se percebe dos comandos da Lei nº 6.416.

Pelo Código Penal, na versão de 1940, o condenado a mais de dois anos de reclusão tinha de ser recolhido à penitenciária fechada e, dessa maneira, ficava materialmente impossibilitado de permanecer labutando na função pública exercida antes da sentença.

A lei nova, porém, alterou fundamente tal situação. De acordo com a redação por ela emprestada ao art. 30 do Diploma Criminal, abriu-se uma possibilidade bastante ampla de não importar o cumprimento da pena de prisão em necessária interrupção do exercício do cargo público. Com efeito, dispõe o texto moderno:

“Art. 30 — omissis

.....  
§ 5º — O condenado não perigoso, cuja pena não ultrapasse oito anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime semi-aberto, desde o início, ou, se ultrapassar, após ter cumprido um terço dela em regime fechado.

I — se a pena não for superior a quatro anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime aberto, desde o início, . . .”

Por seu turno, o Decreto-Lei Estadual nº 71, de 25.7.69, com as alterações introduzidas pela Lei Estadual nº 175, de 9.12.77, que instituiu normas supletivas de regime penitenciário para o Estado do Rio de Janeiro, reza:

“art. 6º — Os regimes de cumprimento de pena classificam-se de acordo com as espécies a seguir enumeradas e caracterizadas:

I — omissis

II — Semi-aberto — trabalho externo ou freqüência a curso fora do estabelecimento, sem escolta, sob discreta fiscalização; omissis . . .

III — Aberto — trabalho externo ou freqüência a curso, fora do estabelecimento, sem escolta, sob fiscalização indireta; omissis . . .”

Como se vê, o trabalho do servidor público para o Estado, se condenado a menos de oito anos e se receber o benefício de cumprir pena, desde o início, em regime aberto ou semi-aberto, não sofre solução de continuidade, sequer, mesmo, de um único dia, em virtude de impossibilidade material daquele para executá-lo. A lei concede, afora na hipótese de regime fechado, que o apenado saia diariamente para suas atividades normais na vida civil, dispensada qualquer providência impeditiva da fuga (escolta, algemas, trancas etc.), podendo nelas agir de maneira rigorosamente idêntica aos colegas livres.

Obviamente, o último fundamento que restaria no sentido de escorar a regra da demissão automática do art. 68, II, do CPC, passa a sofrer as limitações decorrentes do novo sistema implantado pela Lei nº 6.416 e suas complementares. Como não é absoluta a vedação de prestação de serviço do funcionário ao Estado, por quem foi condenado dentro de certas condições, torna-se relativa a aplicação da pena acessória referida. O que significa, em última análise: o terceiro fundamento da demissão automática já não é capaz, senão limitadamente, de dar suporte ao princípio.

13. Convindo em que os objetivos visados pela norma do art. 68, II, originariamente, estão hoje vencidos ou, no mínimo, sujeitos a severas restrições, representaria rematado absurdo pretender mantê-lo em

vigência plena. A acorada postura do *fiat justitia, pereat mundus* tem de ceder o passo à interpretação teleológica dos textos.

O que se tem por certo, hodiernamente, é que a posição preconceituosa da sociedade, com referência aos condenados, torna extremamente difícil a estes encontrar emprego de que possam, honestamente, ganhar a vida — funcionando tal circunstância como fator criminógeno e responsável por grande parte da reincidência. Rejeitados pela comunidade, após haverem resgatado sua dívida para com ela, a qual foi mensurada por ela mesma; mantidos sob permanente e vigilante escrutínio, a privacidade invadida sem maiores cerimônias; objetos de desconfiança ostensiva; necessitados de fazer um grande esforço para libertar-se dos hábitos viciosos e das deformações que o “tratamento” penitenciário lhes impôs; não admira que, se forem mandados embora dos empregos que possuíam e não conseguirem quem lhes dê nova oportunidade, terminem por se lançar em atividades marginais, única forma de silenciar o ronco surdo dos estômagos dos filhos, da mulher, deles próprios.

Novamente aqui, porém, as considerações acima, irrecusáveis para quem tem “olhos de ver”, desbordam os limites do puro e mero convencimento dos cidadãos: acham-se, a essa altura, endossadas enfaticamente pela legislação positiva de nosso Estado, como se constata do Decreto-Lei nº 71, de 25.7.69, com a redação dada pela Lei nº 175, de 9.12.77:

“art. 35 — O Estado promoverá medidas no sentido de possibilitar a obtenção de trabalho pelos liberados e beneficiários da suspensão condicional da pena, bem assim por todos os egressos do sistema penitenciário, estimulando a colaboração de particulares, das empresas públicas, privadas, outras entidades e fundações e adotando providências no âmbito da Administração.”

Afigura-se um despautério que o Estado, apenas em função de vasalagem servil à literalidade de uma lei vetusta e desbussolada no tempo, primeiramente demita, sem necessidade estrita, seu funcionário condenado e, depois, em homenagem ao preceito supra transcrito, busque arranjar-lhe trabalho . . . com os outros!

Creio que a primeira “providência no âmbito da Administração” a ser tomada, no sentido de compatibilizar a atuação do Estado com a lei por ele mesmo editada, consiste na adoção de uma interpretação da norma enformada no art. 68, II, do Código Repressivo, suficientemente ancha, de sorte a liberá-lo da mofina posição que estaria fadado a ocupar de outra maneira, nos dias atuais. Para implementar o comando do art. 35 acima transcrito, é fundamental que o Estado trate seus servidores como deseja que às outras pessoas, físicas e jurídicas, tratem seus empregados. Se ele próprio, por apego a um formalismo estéril, abandona seus funcionários e os empurra para o abismo da perdição, como pode exigir ou sugerir ou até mesmo pedir aos demais membros da sociedade que ajam com compreensão e amor, que assumam ônus e riscos, com o fito de salvar aqueles que trilharam os descaminhos da vida?

14. Do exposto, penso que, atualizados os fins buscados pela lei penal, realizadas as correções determinadas pelas derrogações expressas e implícitas dos textos mais novos, seria congruente traçar o seguinte quadro relativamente à demissão do funcionário público por força de condenação criminal, a qual dar-se-ia nas seguintes hipóteses:

I — condenação à pena privativa de liberdade por crime cometido com abuso de poder ou violação inerente à função pública (*Código Penal*, art. 70, I);

II — condenação à pena de reclusão superior a dois anos ou de detenção superior a quatro, se a sentença judicial decreta a demissão;

III — condenação à pena de reclusão superior a dois anos de reclusão ou quatro de detenção, se, na órbita administrativa, se decreta a demissão, por se entender existir incompatibilidade entre o delito praticado pelo servidor e o exercício da função pública;

IV — condenação à pena superior a oito anos de reclusão ou de detenção (possível a última por concurso de crimes) — como resultado da simples imposição da pena principal;

V — condenação à pena superior a dois anos de reclusão ou quatro de detenção, se negado o direito de cumprir a san-

ção em regime aberto ou semi-aberto, com direito a trabalho externo, desde o início da execução.

Sem descartar a viabilidade de que tais regras possam vir a sofrer ampliações, julgo consubstanciarem, de qualquer forma, o mínimo a quem do que não é possível ficar.

15. Estabelecidas as premissas supra enunciadas, de caráter genérico, voltemos a focalizar o caso vertente.

Em primeiro lugar, cabe de logo deixar claro que a ele são aplicáveis as referidas regras, sem que, para tal, se faça necessário recorrer ao instituto da retroatividade benéfica: a hipótese é de aplicação imediata da lei nova.

Evidentemente, inadequa-se o caso dos autos aos quatro primeiros itens arrolados acima. E também, ao que me parece, não se quadra na moldura do item V. Por certo, a sentença não autorizou o cumprimento da sanção prisional em regime aberto ou semi-aberto (e nem poderia fazê-lo, tendo em vista inexistirem, na época, os preceitos da Lei nº 6.416). Irrelevante, no caso concreto, porém, tal circunstância. É que o servidor esteve afastado do trabalho tão-só e exclusivamente por causa de prisão preventiva e não por motivo de condenação ou cumprimento de pena. Com efeito, a prisão cautelar do acusado estendeu-se de 1965 a 1969, e, ao ser julgado e condenado a quatro anos, foi imediatamente posto em liberdade por término de pena. Ora, como se percebe, o período em que esteve fora do exercício de suas funções, se foi por força de prisão preventiva, não pode fornecer pábulos para justificar-lhe a demissão, uma vez que, quanto a tal lapso, encontrava-se protegido pelo broquel da Lei nº 880/56, art. 36 c/c art. 120, III, uma vez que a Administração lhe concedera o afastamento de que cuida o preceptivo citado.

Sub censura.

Rio de Janeiro, 5 de março de 1979

Augusto Frederico Gaffrée Thompson  
Procurador do Estado

VISTO.

1. Visto

2. Quando a Administração tomou conhecimento da pena imposta ao servidor a que se refere este processo, ele já havia reassumido, e vinha exercendo, sem qualquer nota desabonadora, há mais de dez anos, suas funções.

3. Não seria curial que a Administração o demitisse agora, cometendo assim ato de suma injustiça, até porque — depois de passados tantos anos da imposição e cumprimento da pena principal — a lei não impediria sua readmissão.

4. Congratulo-me com o digno prolator do parecer 1/79-AFGT, pela profundidade dos conceitos doutrinários emitidos. Contudo não me parece que se lhe deva atribuir efeito normativo. Embora profundos, os conceitos são polêmicos e não estou convencido de que o artigo 68, II, do Código Penal esteja revogado.

5. Encaminhe-se à Secretaria de Estado de Administração.

Rio de Janeiro, 21 de março de 1979

Raul Soares de Sá  
Procurador Geral do Estado

proc. nº 01/39.171/65