

Crimes contra a Administração Pública

Sebastião Lessa*

Nossos diplomas não olvidaram o delito, a começar pelas Ordenações do Liv. V, que, no tit. 71, puniam os oficiais do Rei que “recebem serviços ou peitas e as partes que lhas dão ou prometem”. Agrava-se a pena, podendo ser até a de morte, se se tratasse de juiz. (grifei) (NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Ed. Saraiva, v. 4, 8. ed. 1976, p. 264.)

1 Breve introdução

Na lida diuturna do Estado que busca *bem-estar e justiça sociais*, tudo sob a influência dos arts. 3º, incisos, e 193 da Constituição Federal, torna-se imprescindível que os agentes públicos atentem para os princípios da *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*. (art. 37, *caput*, CF)

Nessa toada, o exercício da função pública reclama absoluto alinhamento com os primados da *competência, presteza e probidade*.

E já se disse, e ninguém contesta, que a *mercancia* da função pública constitui um ferrenho obstáculo no caminho desse desiderato.

Em tal contexto, nunca é demais assinalar que o Estado Democrático de Direito, em verdade, tem sua base de sustentação na *legalidade, liberdade, igualdade*, e, sobretudo, na *responsabilidade*.

Calha destacar que a incidência do nefasto “*tráfico da função pública*”, *censura disciplinar* projetada no “*valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública*” (art. 117, IX, Lei 8.112/1990), provoca a intitulada *responsabilidade tridimensional*, assim definida na Lei 8.112/1990:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Visando a dar maior efetividade aos instrumentos de *controle* em face dos desvios funcionais cometidos contra a Administração, a nova disposição introduzida na Lei 8.112/1990:

Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública. (Incluído pela Lei nº 12.527, de 2011.) (grifei)

1.a Responsabilidades: penal e disciplinar

Neste trabalho, cuidar-se-á da *responsabilidade penal*, mormente da *corrupção passiva* nas formas *simples* (art. 317, *caput*, CP) e *qualificada* (§ 1º, art. 317, CP), e ainda dos correspondentes “*fato inerente à função pública*” e “*ato de ofício*.”

Do mesmo modo, será abordada, em aligeirada síntese, a índole *formal* da *transgressão disciplinar* que censura o “*valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública*” (art. 17, IX, Lei 8.112/1990).

Lei 8.429/1992

Com propósito análogo, é dizer, prevenir e reprimir os atos de *improbidade administrativa*, e ancorada no § 4º do art. 37 da Carta Política, especialmente no *princípio da moralidade administrativa*, a Lei 8.429/1992, cuidou das sanções aplicáveis aos agentes públicos nos

* Membro do Conselho Diretor da ADPF – Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal; 2º vice-presidente jurídico da Adepol/Brasil – Associação dos Delegados de Polícia do Brasil; diretor jurídico do Sindicato dos Delegados de Polícia Federal/DF.

casos inclusive de *enriquecimento ilícito* no exercício de atividade pública, com destaque para a indisponibilidade dos bens do indiciado, sequestro dos bens, quebra do sigilo de dados, ressarcimento ao Erário, comunicações ao Ministério Público e Tribunal ou Conselho de Contas (arts. 7º, *caput*, parágrafo único, 15 e parágrafo único, e 18) (Cf.: Sebastião José Lessa, *Improbidade Administrativa – Doutrina e Jurisprudência – Enriquecimento Ilícito*, [...], Ed. Fórum/BH, 2011).

1.a.1 Responsabilidade penal

Como é sabido, no segundo semestre de 2012, o c. Supremo Tribunal Federal, após 53 sessões plenárias, transmitidas ao vivo pela TV Justiça, canal 10, concluiu, em 17/12/2012, o julgamento da Ação Penal 470, acórdão publicado no e-DJ de 22/04/2013.

Durante os debates, enriquecidos inclusive pelas expoentes lições doutrinárias e jurisprudenciais, e diante da “*extrema complexidade dos fatos e a intensa imbricação dos crimes*” (AP 470/STF, rel. Min. Joaquim Barbosa – STF, Notícias, 17/12/2012), o Pretório Excelso definiu rumos, sempre construtivos, na apuração dos crimes de *corrupção* (passiva e ativa), *peculato*, *lavagem de bens*, *evasão de divisas*, *gestão financeira* (fraudulenta e temerária), *quadilha ou bando*, entre outros, e com destaque para a *qualidade da prova*.

Em tal contexto, é pertinente levar em consideração — *para melhor alcance dos fatos e suas circunstâncias* — a ambiência que abrigou aqueles embates jurídicos, e, sobretudo, o conteúdo agitado das imputações, é dizer, notícia de que agentes públicos e pessoas físicas ou jurídicas estariam associados para *fins ilícitos*.

Oportuno, de passagem, a doutrina de Maria do Carmo Leão:

Geralmente, os crimes contra a economia são cometidos por pessoas ou grupo de pessoas de amplo prestígio social e político, com fácil trânsito em todas as áreas governamentais. Nesse contexto, estão presentes, na rede de relações pessoais, as propinas, os favorecimentos e outras tantas formas de facilitação do crime. São profissionais bem sucedidos, com profundo conhecimento das leis e de suas lacunas, sempre contando com a participação efetiva de administradores ímprobos. É o poder paralelo. (grifei) (Léo da Silva Alves in *Juristas do Mundo*, vários autores, Ed. Rede, Brasília/DF, v. I, 2012, p. 53)

Portanto, é sempre conveniente e produtivo o debate jurídico envolvendo os *mecanismos preventivos e repressivos*, especialmente quando se cogita do *desvio de recursos públicos*, fator de inquestionável potencial

danoso, como sustentado pelo Exmo. Sr. procurador-geral da república:

[...] pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGF) e pela Federação das Industrias do Estado de São Paulo (Fiesp) segundo a qual os desvios de recursos públicos no Brasil podem chegar a R\$ 85 bilhões de reais por ano. De acordo com essa pesquisa, entre 2002 e 2008, houve desvios de cerca de R\$ 40 bilhões em contratos do governo e o custo médio anual da corrupção no país estaria em torno de 1,38% a 2,3% do PIB (Produto Interno Bruto), ou seja, entre R\$ 50 bilhões e R\$ 84,5 bilhões (grifei) (STF, RE 593727, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento interrompido, até 25/06/2013, com pedido de vista. (Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, SP, n. 76 – out./nov. 2012, p. 58).

Em pesquisa realizada até 25/06/2013, no Superior Tribunal de Justiça e na esfera federal, constatou-se um número considerável de recursos enfocando a questão da *corrupção passiva*:

STJ: 365 documentos

TRF 1ª Região: 100 documentos

TRF 2ª Região: 100 documentos

TRF 3ª Região: 221 documentos

TRF 4ª Região: 643 documentos

TRF 5ª Região: 133 documentos

A propósito de tal expansão, já se pensa na catalogação dos delitos de *concussão*, *corrupção passiva* e *corrupção ativa* como *crimes hediondos* (Projeto de Lei do Senado 204, de 2011, autoria do Senador Pedro Taques).

1.b Mecanismos de contenção – Leis 8.429/1992; 8.730/1993; Decreto 4.334/2002; e Decreto 5.483/2005

Em arremate, mais uma vez é preciso destacar — entre outros — os recorrentes e eficientes mecanismos punitivos, preventivo e repressivo contidos nas disposições das Leis 8.429/1992 e 8.730/1993; e Decretos 4.334/2002 e 5.483/2005:

Lei 8.429/1992:

Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. (grifei)

Lei 8.730/1993:

Estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dá outras providências. (grifei)

Decreto 4.334, de 12/08/2002:

Dispõe sobre as audiências concedidas a particulares por agentes públicos em exercício na Administração Pública Federal direta, nas autarquias e fundações públicas federais. (grifei) (DOU 13/08/2002.)

Decreto 5.483, de 30/06/2005:

Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo Federal, o art. 13 da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, institui a sindicância patrimonial e dá outras providências. (grifei)

2 Corrupção passiva (art. 317 e §§, CP)

Com efeito, o art. 317 e §§ do Código Penal que cuidou da *corrupção passiva*, pune, em nome da *moralidade administrativa* (art. 37, *caput*, CF), bem como da *regularidade e continuidade do serviço público*, o “tráfico” da função pública.

É bom gizar que

Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regra de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. (Hely Lopes Meirelles, Délcio Balesteiro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Ed. Malheiros, SP, 38. ed., 2012, p. 90)

Fernando Capez, realçando o *objeto jurídico* da norma, e calçado na doutrina de E. Magalhães Noronha, leciona que:

A corrupção afeta o correto desempenho da função pública e, por conseguinte, o desenvolvimento regular da atividade administrativa. Busca, portanto, o dispositivo proteger o ‘funcionamento normal da Administração Pública, de acordo com os princípios de probidade e moralidade. (Curso de Direito Penal, parte especial, ed. Saraiva, SP, vol. III, 5. ed., v. 2007, p. 433-4)

2.a Resultado naturalístico e resultado jurídico ou normativo (distinção)

Na classificação dos crimes, é dizer, *material, formal* e de *mera conduta*, como é cediço, o *resultado* do comportamento pode ser *naturalístico* e *jurídico* ou *normativo*.

E segue elucidativa a lição de Celso Delmanto, ao cuidar do *resultado*:

Resultado Naturalístico

Nos delitos materiais exige-se a ocorrência de resultado naturalístico; nos formais, ele poderá ocorrer ou não (ex.: crime de extorsão, que se consuma sem dependência da obtenção do proveito), caracterizando a sua ocorrência mero exaurimento do crime; já nos crimes de mera conduta, o resultado naturalístico

não ocorre (ex.: crime de desobediência; [...] etc). (grifei) (Código penal comentado, Ed. Renovar, RJ, 6. ed., 2005, p. 19) (Cleber Masson, Direito Penal, Parte Especial, Ed. Método, SP, V. 3, 3. ed., 2013, p. 196 e 666)

Destaque, no ponto, para a figura da *corrupção própria exaurida* prevista no § 1º do art. 317 do CP, ou *figura qualificada*:

Ocorre quando o funcionário, em consequência da vantagem ou promessa (vide nota ao caput), efetivamente: a. retarda (atrasa) ato de ofício; b. deixa de praticar qualquer ato de ofício (omite); c. ou pratica infringindo dever funcional (pratica ato que viola dever de sua função). (Celso Delmanto, op. cit., p. 634)

Resultado jurídico ou normativo

Refere-se à própria lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado (ex.: a incolumidade e a saúde públicas, nos crimes contra a saúde pública; a fé pública, nos crimes de falsidade documental).’

E conclui: *“Pode-se dizer, portanto, que nem todo crime acarreta resultado naturalístico, mas todo crime exige resultado jurídico ou normativo.” (Celso Delmanto, op. cit., p. 19)*

2.b Corrupção passiva – forma simples (art. 317, caput, CP)

Neste trabalho, a leitura do tipo penal (art. 317, *caput* e § 1º, CP) permite concluir peculiaridades em torno da *corrupção* nas formas *simples* e *qualificada*.

Dispõe o art. 317, *caput*, do Código Penal:

Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mais em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois), a 12 (doze) anos, e multa. (Pena alterada pela Lei n. 10.763, de 12. de novembro de 2003). (grifei)

O *caput* do art. 317, CP cuidou da repressão penal em face da conduta censurável do funcionário público que *solicita, recebe* ou *aceita promessa* de *vantagem indevida* para virtual, potencial ou futura *prática* ou *omissão* de *ato* ou *fato* relacionado com a função pública.

Aqui, o crime é *formal*, ou seja, de *consumação antecipada* e *independe do resultado*, como assentam doutrina e jurisprudência:

A corrupção passiva é crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado. Consuma-se no momento em que o funcionário público

solicita, recebe ou aceita a promessa de vantagem indevida. (Cleber Masson, op. cit., p. 196 e 666)

HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. MATERIALIDADE. CRIME FORMAL. ORDEM DENEGADA.

[...] 3. Concluir pela ausência de justa causa, por força da insuficiência de elementos sobre a materialidade delitiva, com base na não apreensão das quantias supostamente recebidas, não é medida apropriada frente a natureza formal do delito de corrupção passiva, que se consuma pela simples solicitação da vantagem ilícita. (grifei) (STJ, HC 176058 PA, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 16/08/2012)

Logo, na forma simples (art. 317, *caput*, CP), como no exemplo do julgado (STJ, HC 176058 PA), onde não se realizou a “apreensão das quantias supostamente recebidas”, não se apresenta com prioridade para a configuração do modelo típico, a identificação do virtual ou futuro “ato de ofício”, bastando a presença do “fato inerente à função pública” que deu azo à vantagem indevida almejada.

Por isso se diz que a corrupção “é um crime-tentativa: basta que o agente solicite a vantagem, ainda que isso não encontre eco no extraneus.” (E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, Ed. Saraiva, SP, 4 v., 8. ed., 1976, p. 265)

Nesse panorama, Fernando Capez acrescenta que:

É indispensável para a caracterização do ilícito em estudo que a solicitação, recebimento ou aceitação de vantagem seja realizada pelo funcionário público em razão da função (ainda que fora dela ou antes de assumi-la). (grifei) (Op. cit., v. 3, p. 436; TJSP, HC 261.928-3, rel. Des. Gonçalves Nogueira, j. 18/08/1998)

2.c Corrupção passiva — forma qualificada (§ 1º, art. 317, CP)

Está escrito no § 1º do art. 317 do Código Penal:

A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. (grifei)

É a *figura qualificada* prevista no § 1º do art. 317, CP tida como *corrupção própria exaurida*, quando, ressalte-se, é de rigor a demonstração do “ato de ofício” que gerou a vantagem indevida, porque assim já decidido pelo Pretório Excelso:

1.2. *Improcedência da acusação. Relativamente ao primeiro episódio, em virtude não apenas da inexistência de prova de que a alegada ajuda eleitoral*

decorreu de solicitação que tenha sido feita direta ou indiretamente, pelo primeiro acusado, mas também por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido. (grifei) (STF, AP 307 DF, Pleno, maioria, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13/10/1995)

É que, é bom repisar, a pena será aumentada de 1 (um) terço, se, em consequência da vantagem, ou promessa ocorre o “exaurimento da conduta”, consistente no retardamento, omissão ou prática do “ato de ofício” com infringência do dever funcional.

Nessa hipótese de figura *exaurida*, pelo visto, é de rigor a identificação do “ato de ofício” correspondente.

Destaque para o ensinamento de Fernando Capez:

Trata-se de forma mais grave do crime de corrupção passiva, uma vez que a conduta do funcionário vai além do recebimento da vantagem indevida, pois ele efetivamente: a) retarda a prática do ato, isto é, desrespeita o prazo para a sua execução; b) deixa de praticar o ato, isto é, abstém-se de sua prática; c) pratica infringindo dever funcional, isto é, a ação é contrária ao seu dever de ofício. [...] Constituem, na realidade, hipóteses de exaurimento do crime, mas que acabam por funcionar como causa de aumento de pena. (grifei) (Op. cit., p. 441)

De igual importância, a lição de Cleber Masson:

O dispositivo legal prevê uma causa de aumento da pena, aplicável na terceira e derradeira fase da dosimetria da pena privativa de liberdade. A maior reprovabilidade da conduta repousa na efetiva violação do dever funcional, consistente no retardamento ou abstenção de ato de ofício, ou prática de ato contrário à função pública. Nas duas primeiras hipóteses, o ato é lícito (corrupção passiva imprópria), mas retardado ou omitido pelo agente; na última, o ato é ilícito (corrupção passiva própria), e mesmo assim o funcionário público o pratica. (Op. cit., p. 668)

Assaz elucidativo o v. acórdão do Superior Tribunal de Justiça, onde restaram configurados os elementos integrativos do tipo: *conduta, vantagem indevida, e ato de ofício*:

Então, entendo presente nítida relação causal entre a contratação de [...], o retardamento na concessão do efeito suspensivo, com a antecedente burla na distribuição do agravo, o recebimento dos honorários em espécie, o empréstimo à [...] e a falta da prova do pagamento deste mútuo, a tipificar o delito do § 1º do art. 317 do Código Penal, sendo seus autores [...] e [...], em explícito e escandaloso favorecimento ao Grupo [...]. Pertinente e atual o raciocínio desenvolvido por ocasião do recebimento da denúncia – fls. 596/597 – e a ele me reporto. É que o exame ora retratado demonstra não haver uma simples suspeita, como

normalmente se exige para o recebimento da acusação, mais certeza evidente e clara entre o “fato demonstrado” e o “fato que se infere” (corrupção), suficiente a impor aos envolvidos as penalidades previstas na lei. (grifei) (STJ, APn 224 SP, un., rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJe* 23/10/2008)

De igual modo, mostrando prioritário apontar o ato de ofício, o julgador do e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

[...]

2. Para a existência do delito de corrupção passiva impõe-se a identificação do ato de ofício – omissivo ou comissivo – configurador da transação ou comércio com o cargo exercido pelo funcionário público. Noutros termos, é necessário apontar qual ato específico de sua função ou cargo o agente praticou, ou deixou de praticar, em virtude do recebimento da vantagem indevida (ou mesmo da promessa de vantagem). (grifei) (TRF 1, ACR 2013.34.00.033828-8 DF, un., rel. Des. Federal Tourinho Neto, e-*DJF1*, 08/02/2013)

Crime impossível — ato de ofício — demonstração

Dispõe o art. 17, do Código Penal: “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime.” (grifei)

Impende ressaltar — na ótica da *teoria temperada ou intermediária* — (Código Penal Interpretado, Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, Ed. Atlas, SP, 7. ed., 2011, p. 79), que “não basta a ineficácia relativa, sendo necessária a absoluta.” E mais: “Também aqui, a impropriedade deve ser completa e não parcial.” (Celso Delmanto, op. cit., p. 30)

Nesse caso, para obstar eventual arguição de crime impossível (art. 17, CP), como dito no julgado “impõe-se a identificação do ato de ofício.” (TRF1, ACR 2013.34.00.033828-8 DF, un., rel. Des. Federal Tourinho Neto, e-*DJF1*, 08/02/2013.)

Em outro julgado, priorizando a circunstância da vantagem impossível: “Embora o crime seja de natureza formal, não se tipifica se a vantagem desejada pelo agente não é da atribuição e competência do funcionário.” (TJSP, RT 538/324, 526/356, RJTJSP 160/306; Celso Delmanto, op. cit., p. 635)

E mais:

Crime impossível na corrupção passiva – TJSP:
“Não ocorre o delito de corrupção passiva, embora de natureza formal, consumando-se pela simples solicitação, se esta é impossível de ser cumprida, isto é, não estiver ao alcance da pessoa que é solicitada. (grifei) (RT 505/296 in Júlio Fabbrini Mirabete e

Renato N. Fabbrini, Código Penal Interpretado, Ed. Atlas, SP, 7. ed., 2011, p. 1.813.)

2.c.1 Os efeitos da condenação penal

Conveniente assinalar os efeitos da condenação, dispostos no Código Penal, quando se tratar de *crime funcional*:

Art. 92. São também efeitos da condenação:

I – a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, [...]

[...]

Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (grifei)

3 O nexa entre a corrupção passiva (qualificada — § 1º, art. 317, CP) e o ato de ofício

No julgamento da *Ação Penal 470/STF*, acórdão publicado no *DJe* 22/04/2013, e em razão das teses de defesa apontarem como precedente a *Ação Penal 307/STF*, *DJ* 13/10/1995, voltou a lume saber da prioridade ou não de se apontar concretamente o ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo.

Na minuciosa fundamentação do juízo de censura, ficou registrado na ementa do acórdão: [...] *Vinculação entre o pagamento da vantagem e os atos de ofício de competência do [...]* (grifei) (STF, AP 470, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 22/04/2013)

Logo, para melhor aquilatar o nexa entre a conduta e o resultado, torna-se mais seguro analisar a contenda sob o pálio dos princípios da *legalidade* e da *tipicidade*.

Deste modo, impende repisar a redação do tipo penal que cuidou da *corrupção passiva*, nas formas *simples* e *qualificada*:

Forma simples (art. 317, *caput*, CP)

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

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei 10.763, de 12/11/2003) (grifei)

Forma qualificada (§ 1º, art. 317, CP)

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. (grifei)

3.a Legalidade — tipo e tipicidade

Necessário ao estudo, os fundamentos da legalidade e da tipicidade.

Legalidade

A legalidade está balizada no art. 5º, inciso II, da CF, que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF).

Por sua vez, a tipicidade vem definida no art. 5º, inciso XXXIX, da CF: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

Tal regra é também presente no art. 1º do Código Penal.

Tipo

O vocábulo *tipo*, no geral, expressa “aquilo que produz fé como modelo” (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira [...], *Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa*, Ed. Civilização Brasileira, 11. ed.).

Sob o ângulo jurídico-penal, *tipo* é o “conjunto dos elementos descritivos do delito contidos na norma incriminadora [...]” (grifei) (Damásio E. Jesus, *Comentários ao código penal*, parte geral, 1. v., Ed. Saraiva, SP, 1985, p. 247).

Tipicidade

E a *tipicidade*, na ótica penal, é “a subsunção, a justaposição, a adequação de uma conduta da vida real a um tipo legal de crime.” (grifei) (Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de Direito Penal*, Ed. Saraiva, SP, 1986, p. 78.)

Fernando Capez sustenta que: *De fato, não cabe à lei penal proibir genericamente os delitos, senão descrevê-los de forma detalhada, delimitando, em termos precisos, o que o ordenamento entende por fato criminoso.* (grifei) (*Curso de direito penal*, Ed. Saraiva, SP, 3. ed., v. I, p. 157.)

Num exercício dedutivo, tudo sob a influência da legalidade, pode-se concluir que o *tipo* descreve um modelo de comportamento proibido; e a *tipicidade* consiste no exato encaixe da conduta (base factual) aos termos da *norma incriminadora* (base hipotética).

Na quadra do *direito administrativo disciplinar*, oportuno o ensinamento de José Armando da Costa, no ponto em que mostra a relativa semelhança entre

os ilícitos penal e disciplinar, mormente quando se opera a conduta de natureza grave:

A infração penal se compõe de duas bases, uma hipotética e outra factual. A base hipotética é a descrição legal da conduta punível, ou seja, é o tipo previsto na lei penal; enquanto que a base factual é o comportamento (previsto na lei) levado a efeito pelo transgressor.

O ilícito disciplinar também se constitui dessas duas bases. Havendo apenas uma diferença na sua base hipotética, a qual, em decorrência da margem discricionária deixada pelo legislador ao detentor do poder disciplinar, se desdobra em duas: base hipotética expressa e base hipotética em branco. (grifei)

E continua o doutrinador:

Já a base hipotética em branco, como a própria terminologia insinua, não aparece desenhada na norma legal. Fica a sua definição à mercê do ajuizamento da administração. Essa variação é de grande usança nas faltas disciplinares de natureza leve. (grifei) (*Direito administrativo disciplinar*, Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 204-5)

Em complemento, advirta-se que a transgressão disciplinar de índole grave, deverá obedecer ao princípio da tipicidade, como faz certo a jurisprudência: STJ, RMS 16.264 GO, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 02/05/2006. (Cf.: Sebastião José Lessa, *Direito Administrativo Disciplinar interpretado pelos tribunais*, Ed. Fórum/BH, 2008, p. 51-3)

3.a.1 Cargo público e ato de ofício

De igual pertinência — defronte do rigorismo da tipicidade — os indicativos que balizam as atribuições do cargo público e do ato de ofício.

O cargo público, na expressão do art. 3º da Lei 8.112/1990, “é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.” (grifei)

Já o ato de ofício “É aquele que se compreende nas atribuições do funcionário, ou em sua competência, ou seja, ato administrativo ou judicial.” (grifei) (E. Magalhães Noronha in Celso Delmanto, *Código Penal comentado*, Ed. Renovar, RJ, 6. ed., p. 637.)

Nessa toada, prestigiando a segurança jurídica, a jurisprudência do Pretório Excelso apregoa:

Denúncia: Deve descrever a relação entre a “vantagem econômica” recebida ou aceita e a prática ou omissão de fato inerente à função pública do agente, sob pena de trancamento da ação penal por falta de justa causa (grifei) (Inq. 785-4 DF, STF, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 08/11/1995, mv, DJU 07/12/2000) (Celso Delmanto, op. cit., p. 635).

Ato de ofício: Para a configuração da corrupção passiva deve ser apontado ato de ofício do funcionário, configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido. (grifei) (STF, Pleno, mv, APn 307-3 DF, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13/10/1995). (Celso Delmanto, op. cit., p. 635)

Pelo que se conclui, como implemento configurador da *corrupção passiva*, na *figura qualificada* (§ 1º, art. 317, CP), há que ser apontado o *ato de ofício* do funcionário, configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido” (grifei) (STF, Pleno, mv., APn 307-3 DF, rel. Min. Ilmar Galvão, mv., DJ 13/10/1995). No mesmo rumo: STJ, APn 224 SP, un., rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 23/10/2008; TRF 1ª R., ACR 2013.34.00.033828-8 DF, un., rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJF1 08/02/2013.

E na *corrupção passiva — figura simples* — (art. 317, *caput*, CP), a imputação se contenta com a identificação do *nexo* entre a vantagem econômica recebida ou aceita e a prática ou omissão de fato inerente à função pública do agente.

Anote-se, por fim, que em face da amplitude e complexidade do tema, este estudo não tem a pretensão de esgotar o debate, ainda mais que as decisões do Pretório Excelso foram proferidas por maioria (STF, APn 307-3 DF, DJU 13/10/1995; STF, Inq. 7854/DF, DJU 07/12/2000).

4 Qualidade da prova

Por ocasião dos debates no Plenário do c. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Penal 470, muito se discutiu acerca da identificação do “*ato de ofício*”, expressão inserida nos §§ 1º e 2º do art. 317 do Código Penal, sobretudo nos crimes de maior complexidade, chegando-se a cogitar de certa “*elasticidade*” na admissão da prova acusatória.

E a controvérsia adquiriu maior relevo em razão, inclusive, das alterações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 11.690/2008, que, no trato de questões sensíveis, mormente em torno da *qualidade da prova*, delimitou o caminho a ser seguido pelo juiz:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (NR)

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (NR)

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO) (grifei)

Por conseguinte, voltou a lume o questionamento em torno da força probante dos *elementos informativos colhidos na investigação*, dado que desprovidos, na origem, da garantia do *contraditório* (art. 5º, LV, CF).

Vem a tempo, nessa hipótese, o entendimento recente firmado pelo c. Supremo Tribunal Federal:

[...] declarações e depoimentos de corréus e de outras pessoas ouvidas no curso da ação penal, do inquérito e da chamada CPMI dos Correios”; tudo isso, ao formar um sólido contexto fático-probatório, descrito no voto condutor, compõe o acervo de provas e indícios que, somados, revelaram além de qualquer dúvida razoável, a procedência da acusação quanto aos crimes de corrupção ativa e passiva. Ficaram, ainda, devidamente evidenciadas e individualizadas as funções desempenhadas por cada corréu na divisão de tarefas estabelecidas pelo esquema criminoso, o que permitiu que se apontasse a responsabilidade de cada um. (grifei) (STF, AP 470, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 22/04/2013.)

Pelo que se constata, malgrado a *natureza inquisitória* do inquérito e das comissões parlamentares de inquérito (§ 3º, art. 58, CF), os “*elementos informativos colhidos na investigação*” (art. 155, *caput*, CPP), formando um conjunto harmonioso, merecem real proveito desde que inseridos num “*acervo de provas e indícios que, somados, revelaram, além de qualquer*

dúvida razoável, a procedência da acusação”, como ficou dito na ementa do v. acórdão (STF, AP 470, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 22/04/2013).

Polícia Judiciária (Lei 12.830/2013)

Vem a tempo — no sítio da *qualidade da prova* — a recente Lei 12.830, de 20/06/2013, publicada no DOU de 21/06/1913, que:

Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. (grifei)

É que, registra o § 6º, do art. 2º, da mencionada Lei:

O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.” (grifei)

Releva ponderar que a doutrina já assentava:

A autoridade policial, quando conseguir lastro probatório ou indiciário nos autos que apontem para a responsabilidade de alguém, proferirá despacho fundamentado de indiciamento nos autos do inquérito policial respectivo, apontando os pressupostos de fato e de direito e a tipificação do delito cometido, ou seja, as suas razões de decidir. (Bruno Fontenele Cabral e Rafael Pinto Marques de Souza, Manual Prático de Polícia Judiciária, Ed. Jus PODIVM, Salvador/BA, 2012, p. 99 e 108.)

Por sua vez, a jurisprudência citada pelos autores: habeas corpus, *indiciamento em inquérito policial. Ausência de constrangimento ilegal. Havendo elementos que justifiquem o indiciamento em inquérito policial, não procede a alegação de constrangimento ilegal. Ordem denegada. (STF, HC 85491, rel. Min. Eros Grau, DJ 09/09/2005) (op. cit., p. 107–109)*

Constata-se presente no *ato de indiciamento*, a influência salutar dos *princípios da legalidade*, (art. 5º, inc. II, CF); *reserva legal* e *tipicidade* (art. 5º, XXXIX, CF; art. 1º, CP); e *motivação* (art. 93, IX e X, CF; arts. 2º, *caput*, parágrafo único, VII, e 50, I, II, VII, e §§, Lei 9.784/1999), fator de incontestável projeção na *qualidade da prova* e na *segurança jurídica*.

E, sob o pálio do *devido processo legal* – adjetivo e substantivo – (art. 5º, inciso. LIV, CF), a *investigação criminal* é desenvolvida nos autos do *inquérito policial*, conclusão que se extrai da leitura do art. 5º, inciso XII; art. 129, inciso VIII; e art. 144, *caput*, §§ 1º, inciso I, e 4º, da Constituição Federal.

Por fim, pode-se afirmar que a Lei 12.830/2013, ao disciplinar expressamente nos autos da *investigação criminal*, o formalismo do *ato de indiciamento*, dado que precedido da correspondente *indicação dos fatos* e

dos fundamentos jurídicos, acrescentou maior grau de transparência e certeza, inclusive para o *investigado*.

5 Transgressão disciplinar – vantagem indevida – ilícito formal

De igual modo, no recinto do Direito Administrativo Disciplinar, o então Dasp – Departamento Administrativo do Serviço Público – editou a *Formulação 18*, reconhecendo a índole *formal* da transgressão disciplinar que censura o recebimento de vantagem indevida:

A infração prevista no art. 195, IV, do Estatuto dos Funcionários, é de natureza formal e, conseqüentemente, se configura ainda na hipótese de o proveito pessoal ilícito não ter sido conseguido. (grifei)

E o citado art. 195, inciso IV, da Lei 1.711/1952 (anterior Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), cravava:

Art. 195 – Ao funcionário público é proibido:

[...]

IV. valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função;

[...]

Marcelo Caetano, no plano geral, apoiava a *condição formal* da infração disciplinar, como se vê da lição: “A *infração disciplinar* é *formal* e só em certos casos a lei inclui na definição de alguma *infração* a *produção de resultados maléficos*.” (grifei) (Cf.: Princípios fundamentais de direito administrativo, p. 395–6 in José Armando da Costa, op. cit., p. 210).

A tal respeito, na edição da *Formulação 17* – Dasp, foi dito no parecer de Alcindo Noleto Rodrigues:

[...]

6. Anote-se a irrelevância da circunstância de o comerciante não haver atendido à exigência da vantagem indevida, face à natureza formal, quer do crime de conculção, quer da infração disciplinar referida no dispositivo estatutário retrotranscrito (art. 195, IV). (grifei) (Parecer – Colep, Proc. 2.071/1971)

Releva consignar que as *formulações* do então Dasp — Departamento Administrativo do Serviço Público foram chanceladas pelos arts. 115 e 116 do Decreto-Lei 200/1967, e meritoriamente prestigiadas pelos tribunais: STF, RMS 21562-7 DF, DJ 24/06/1994; STF, MS 20.111 DF, RTJ 89/39; STF, MS 20.473 DF, RTJ 115/99; STJ, RMS 1074 ES, DJ 30/03/1992.

José Armando da Costa, reconhece que as

Ditas formulações, ao tempo que proporcionava a rápida, eficiente e mais acertada decisão dos processos que tramitavam nas repartições, promoviam a indispensável uniformidade de solução no âmbito da administração federal. (Direito Administrativo Disciplinar, Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 73)

Pelo visto, a transgressão disciplinar que censura o recebimento de vantagem indevida, em verdade, tem *natureza formal*.

Por fim, a *Lei 8.112/1990*, que revogou o anterior Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União — além do disposto no inciso XII, do art. 117 — trouxe transgressão disciplinar, de conteúdo similar, no art. 117, inciso IX, é dizer: “valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública.”

Pelo visto, é razoável sustentar a natureza *formal* da transgressão disciplinar modelada no art. 117, inciso IX, da *Lei 8.112/1990*, que se consuma *antecipadamente*, e sem dependência do exaurimento da conduta.

De todo modo, malgrado a característica *formal* da transgressão disciplinar formatada no art. 117, inciso IX, da *Lei 8.112/1990*, não se pode afastar eventual hipótese em que ocorra o exaurimento da conduta, seja pelo recebimento da vantagem indevida, seja pelo retardamento, omissão ou prática do “*ato de ofício*” com infringência do dever funcional, quando então a autoridade julgadora observará os termos do art. 128, da *Lei 8.112/1990*:

Art. 128. Na aplicação das penalidades, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.” (grifei)

Comentando o dispositivo transcrito, a preleção de Ivan Barbosa Rigolin:

Reflete o art. 128 um tradicional princípio de direito penal, que informa toda e qualquer legislação punitiva, imprescindível à ministração da melhor justiça, a cada caso de penalização de servidor. Sendo grave a infração, proporcionalmente grave será a penalidade; sendo leve, assim amena será a penalização. O princípio envolvido é também conhecido com o da dosimetria da pena.” (grifei) (Comentários ao regime único dos servidores públicos civis, Ed. Saraiva, SP, 5. ed., 2007, p. 2.634)

5.a Transgressão disciplinar – Exigência de vantagem ilícita - Natureza formal – Ato de ofício – Pena demissória – Substituição – Impossibilidade – Legalidade – Proporcionalidade

Advirta-se, por pertinente, que as *sanções expulsórias* (*demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada*) (art. 127, incisos III, IV, V e VI, *Lei 8.112/1990*) são penas *monolíticas, indivisíveis*, e igualmente *incompatíveis* com a *mera substituição* por penas de *suspensão*, como se vê da *Formulação 141 – Dasp*: “*O atual Estatuto dos Funcionários não admite se substitua a pena de demissão pela de suspensão.*” (Colep, Procs. 1.307/1970 e 2.426/1971)

No parecer de Alberto da Cruz Bonfim, está escrito:

[...]

3. Isto posto, somos de parecer que a sistemática estatutária atual não permite tal desqualificação para aplicar-se pena de espécie diversa da legalmente estabelecida para a natureza da infração.

4. É que o julgador estatutário não tem a livre apreciação e a decisão pessoal que a lei permite à magistratura; na esfera administrativa, de *lege lata*, as penas formam como que departamentos estanques, ou *preceitos fechados*. (COLEPE, Proc. 2.426/1971)

Por tais razões, na aplicação da pena demissória, desde que a conduta se ajustar ao tipo, não há falar em ilegalidade e nem mesmo violação ao princípio da proporcionalidade, consoante lição fecunda que se extrai da jurisprudência:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DO PAD. AUSÊNCIA DE NULIDADE. ART. 152 DA LEI 8.112/90. PRAZO IMPRÓPRIO. CORRESPONDÊNCIA ENTRE OS FATOS E A PENALIDADE APLICADA. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Consoante jurisprudência firmada pela Terceira Seção do STJ, o excesso de prazo para conclusão do processo administrativo disciplinar não é causa de sua nulidade quando não demonstrado prejuízo à defesa do servidor (MS 200602727681, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJE DATA:08/02/2011; EDMS 200401672397, OG FERNANDES, DJE DATA:08/04/2010).

2. O prazo previsto no art. 152 da Lei n. 8.112/90 possui natureza de prazo impróprio, de modo que sua inobservância não acarreta efeito preclusivo.

3. O controle judicial dos atos administrativos disciplinares deve ficar adstrito à verificação da existência dos fatos que deram ensejo à punição, bem como à correspondência entre o fato atribuído ao servidor e a sanção aplicada, à luz da legislação aplicável.

4. A Comissão concluiu, com base na prova documental e testemunhal produzida no curso do processo disciplinar, que o autor, após lavrar auto de infração no exercício de suas atribuições funcionais como policial rodoviário federal, exigiu vantagem ilícita (duzentos reais) para liberar o veículo autuado e praticar ato apto a impedir a cobrança de multa.

5. As ações do demandante configuram inequivocamente conduta incompatível com a moralidade administrativa, caracterizadora de ato de improbidade, consistente na utilização do cargo para lograr proveito pessoal, em detrimento da dignidade da função pública, atraindo a incidência dos arts. 117, IX e 132 da Lei n. 8.112/90. Saliente-se ainda que o autor, inclusive, foi condenado na esfera criminal pelo crime de corrupção passiva.

6. Não há, pois, qualquer injustiça ou ilegalidade na aplicação da sanção demissional, nem mesmo violação ao princípio da proporcionalidade, visto que, de acordo com o art. 132, incisos IV, XI e XIII, da Lei n. 8.112/90, os fatos capitulados subsumem-se às hipóteses de imposição da pena de demissão.

7. Apelação desprovida. (grifei) (TRF1, AC 2002.36.00005021-0 MT, un., rel. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu, DJF1 30/11/1912)

Legalidade e Proporcionalidade

Ainda elucidativo o julgado:

[...]

6. O relatório final da comissão consubstancia que os recorrentes incorreram em delitos administrativos que, nos termos do diploma legal aplicável, Lei Estadual n. 6.425/1972, enseja a aplicação da pena demissional. Não há evidência de desproporção ou de violação da razoabilidade na punição, tão somente a incidência da norma legal cabível. (STJ, RMS 33.628 PE (2011/0014650-8), rel. Min. Humberto Martins, DJe 12/04/2013)

5.b Transgressão disciplinar – Gravidade da infração – Medidas complementares

Coerente com os ditames perfilhados no art. 128 da Lei 8.112/1990, e levando-se em contra a gravidade e as consequências danosas da infração disciplinar, ficou estabelecido pela mencionada lei:

Art. 136. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, nos casos dos incisos IV, VIII, X e XI do art. 132, implica a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.” (grifei)

Improbidade administrativa (§ 4º, art. 37, CF; Lei 8.429/1992)

A Constituição Federal, no § 4º do art. 37, dispõe:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

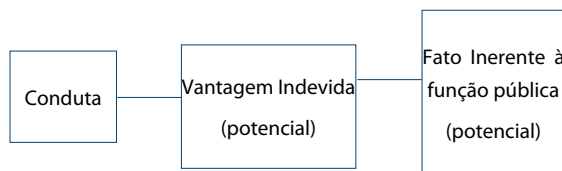
Em razão desse comando veio a lume a Lei 8.429/1992.

Os temas enriquecimento ilícito, sequestro dos bens, ressarcimento ao Erário, quebra do sigilo de dados, investigação patrimonial, comunicações ao Ministério Público ou Tribunais ou Conselho de Contas foram tratados no livro de nossa autoria. (Sebastião José Lessa, *Improbidade Administrativa – Doutrina e Jurisprudência – Enriquecimento Ilícito, [...]*, Ed. Fórum/BH, 2011.)

6 Conclusão

Posto tais considerações, forradas na doutrina e na jurisprudência, pode-se inferir:

a) O delito de *corrupção passiva, na forma simples*, previsto no art. 317, *caput*, do CP, é de natureza formal, priorizando para o enquadramento no tipo respectivo, a conduta do funcionário que, em razão da função pública, *solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem indevida* em troca de virtual (possível) *comportamento funcional irregular*. (Cf.: Cleber Masson, *Direito Penal – Parte Especial*, Ed. Método, SP, v. III, 3. ed., 2013, p. 666) (STJ, HC 176058 PA, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 16/08/2012):

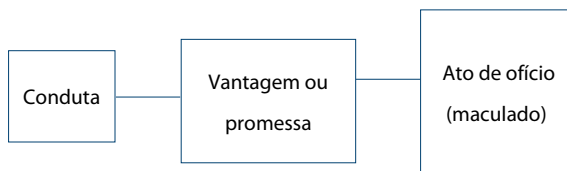


b) Todavia, se a *corrupção passiva* é de índole qualificada ou *corrupção própria exaurida* (§ 1º, art. 317, CP), a pena é aumentada de um terço, “se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário

retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.” (grifei)

Na mencionada hipótese, por fidelidade aos princípios da *legalidade* (art. 5º, inciso II, CF), *reserva legal* e *tipicidade* (art. 5º, XXXIX, CF; art. 1º, CP), deve-se apontar o *ato de ofício* do funcionário, configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido, tudo em harmonia com a doutrina e jurisprudência (Cf.: Fernando Capez, obra citada, p. 441; Cleber Masson, obra citada, p. 668; STF, AP 307-3 DF, Pleno, mv., rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13/10/1995; STJ, APn 224 SP, un., rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 23/10/2008; TRF1 ACR 2013.34.00.033828-8/DF, un., rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJF1 08/02/2013).

E o *ato de ofício*, — nos termos do art. 3º, da Lei 8.112/1990 — “É aquele que se compreende nas atribuições do funcionário, ou em sua competência, ou seja, ato administrativo ou judicial.” (grifei) (E. Magalhães Noronha in Celso Delmanto, *Código Penal comentado*, Ed. Renovar, RJ, 6. ed., p. 637):



c) Questão preponderante, ou seja, a identificação concreta do “*ato de ofício*” maculado, em verdade, residirá da *qualidade da prova*, seja *direta* ou *indireta*.

Vale apontar, como paradigma, trecho da ementa do v. acórdão da AP 470 – STF, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 22/04/2013: *declarações e depoimentos de corréus e de outras pessoas ouvidas no curso da ação penal, do inquérito e da chamada “CPMI dos Correios”; tudo isso, ao formar um sólido contexto fático-probatório, descrito no voto condutor, compõe o acervo de provas e indícios*

que, somados, revelaram além de qualquer dúvida razoável, a procedência da acusação quanto aos crimes de corrupção ativa e passiva. (grifei)

De igual importância, no campo da *qualidade da prova*, o significativo avanço introduzido pela Lei 12.830/2013, que “*Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.*”

É que, sob o pálio da *segurança jurídica*, e realçando o *princípio da motivação*, determinou no art. 2º, § 6º, que

[...] o indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias. (grifei)

d) Na esfera disciplinar, o “*valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública*” (art. 117, inciso IX, Lei 8.112/1990), é *transgressão disciplinar* de índole formal, “*e, conseqüentemente, se configura ainda na hipótese de o proveito pessoal ilícito não ter sido conseguido*” (grifei) (Formulações 17 e 18 – Dasp).

E *não configura injustiça, ilegalidade e nem desrespeito ao princípio da proporcionalidade* (art. 2º, caput, § único, incisos I e VI, Lei 9.784/1999), a imposição de *pena demissória* na hipótese em que a *conduta* (base factual) se ajusta exatamente ao correspondente *tipo proibitivo* (base hipotética). (STJ, RMS 33.628 PE (2011/0014650-8, rel. Min. Humberto Martins, DJe 12/04/2013; TRF1, AC 2002.36.00005021-0 MT, un., rel. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu, DJF1 30/11/2012.)