A Mutação Constitucional do Princípio da Presunção de Inocência e a Perda de Cargo por Servidores Públicos à Luz da Estabilidade

LUANA AITA

Professora de Direito Administrativo na Escola da Magistratura e na Escola de Administração Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO: A recente interpretação conferida pelo Pretório excelso ao princípio da presunção de inocência, que admite a execução provisória da decisão penal condenatória determinada por órgão colegiado, ainda que existam recursos sem efeito suspensivo perante os Tribunais Superiores, configura mutação constitucional e impõe a análise de sua repercussão sobre outras esferas jurídicas, em especial no que concerne à perda do cargo público que pode ser determinada pelo Juízo criminal, considerando as peculiaridades da responsabilização dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos e a garantia da estabilidade que a eles é conferida.

PALAVRAS-CHAVE: Mutação constitucional; princípio da inocência ou não culpabilidade; execução provisória da sentença condenatória; servidores públicos; cargos efetivos; estabilidade.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Mutação Constitucional acerca do Princípio da Presunção de Inocência; 2 Os Servidores Ocupantes de Cargo Efetivo e a Garantia da Estabilidade; 3 Esferas de Responsabilização dos Servidores Públicos; 3.1 A sentença penal condenatória e a perda do cargo público; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Vem de ser conhecida decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal que rompeu com a orientação que prevalecia no início da presente década, acerca da viabilidade da execução provisória de decisão penal condenatória determinada em segundo grau de jurisdição[1], à luz da garantia da presunção de inocência, ou não culpabilidade.

1 Cumpre destacar o precedente estabelecido por meio do HC 126.292/SP, assim ementado: "CONSTITUCIONAL – *HABEAS CORPUS* – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) – SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – POSSIBILIDADE – 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

A jurisprudência da Corte Suprema entendia pela viabilidade de execução provisória da pena dos acusados que estivessem presos cautelarmente, mas exigia, nos últimos anos, a decisão de última instância para o encarceramento dos réus que estivessem em liberdade[2].

Tal mudança de orientação configura uma mutação constitucional e pode reverberar em esferas extrapenais de responsabilização, a recomendar reflexões sobre a repercussão da condenação criminal pendente de recurso, sem efeito suspensivo, perante os Tribunais Superiores no tocante à perda do cargo público.

---

2. *Habeas corpus* denegado". (HC 126292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 17.05.2016). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 4 mar. 2017.

2 Veja-se a ementa do HC 84078/MG, a saber: "*HABEAS CORPUS* – INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA 'EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA' – ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL – 1. O art. 637 do CPP estabelece que '[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença'. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/1984, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos 'crimes hediondos' exprimem muito bem o sentimento que Evandro Lins sintetizou na seguinte assertiva: 'Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente'. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, Relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei nº 2.364/1961, que deu nova redação à Lei nº 869/1952], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator – 'a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição'. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direitos, não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida". (HC 84078/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau; DJe 26.02.2010). (Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 4 mar. 2017.

Neste contexto, o presente estudo se debruçará sobre tais efeitos à luz da garantia constitucional da estabilidade, consagrada, em regra, para os servidores públicos ocupantes de cargos efetivos. Para tanto, passa-se à análise dos fundamentos do importante precedente do Pretório excelso, bem como à delimitação do âmbito dos agentes que se pretende enfocar e a salvaguarda a eles conferida, a fim de, em face do respectivo e estrito regime de responsabilização, ponderar sobre os reflexos de tal precedente sobre a demissão de servidores estáveis, que poderia decorrer diretamente da sentença penal condenatória.

1 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL ACERCA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Para o Ministro Luís Roberto Barroso, a mutação constitucional é instrumento informal de modificação da Lei Maior, consubstanciado em "mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação em seu texto"[3].

Outra não é a circunstância operada com relação ao entendimento do Pretório excelso acerca do princípio da não culpabilidade, também chamado de presunção de inocência, ou presunção do Estado ou situação jurídica de inocência, que se encontra previsto como garantia fundamental do indivíduo, na forma do art. 5º, LVII, da CRFB: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

A doutrina processualista penal destaca que tal princípio impõe duas regras específicas em relação ao acusado na persecução criminal, segundo sintetiza Eugênio Pacelli de Oliveira:

> uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório* pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à autoria devem recair exclusivamente sobre a condenação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.[4]

O instituto do trânsito em julgado significa que a decisão não é mais passível de qualquer recurso em nosso ordenamento, seja ordinário ou extraordinário, de modo que prevalecia, inclusive na Corte Suprema, na última década, a orientação de que o mandado de prisão do réu em liberdade somente poderia ser expedido após o pronunciamento irrecorrível do Judiciário[5]. Ressalva era

---

3 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 124.

4 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 48.

5 A título exemplificativo da adoção de tal orientação, averbe-se o HC 107710/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Publicado em 01.07.2015, bem como o HC 119759/SP, Relª Min. Rosa Weber, Primeira

conferida ao preso cautelar, notadamente quando pretendida a progressão de regime, consoante se observa das Súmulas nºs 716 e 717 do STF[6]; é que, em tais situações, a execução provisória favorece ao encarcerado e a garantia consagrada na Lei Maior não poderia ser utilizada para prejudicá-lo.

Não obstante, a questão foi novamente submetida ao Plenário da Corte, que, por maioria, passou a admitir a expedição de mandado de prisão quando a condenação de réu em liberdade ainda estivesse pendente de recurso perante os Tribunais Superiores, sem efeito suspensivo. São fundamentos centrais, nos termos do voto do Relator, o saudoso Ministro Teori Zavascki, "a) o alcance do princípio da presunção de inocência aliado à b) busca do necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal"[7].

O voto discorreu sobre o plexo de princípios garantidores da liberdade, previstos em nosso ordenamento, que compactuam com a referida vertente de fundo probatório do princípio da presunção de inocência, bem como destacou o quão distante estar-se-ia de imputar ao acusado a incumbência de demonstrar a sua inocência.

Diante de tais premissas, salientou-se que, no juízo ordinário de apelação, ficaria "definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se fosse o caso, da responsabilidade penal do acusado", o que concretizaria o duplo grau de jurisdição na medida em que

> os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa.[8]

Após referir o exemplo constante da Lei Complementar nº 35/2010 (Lei da Ficha Limpa), cujo art. 1º, I, consagra como causa de inelegibilidade a exis-

---

Turma, DJe 03.02.2014, ementado nos seguintes termos: "*HABEAS CORPUS* – PROCESSO PENAL – ROUBO QUALIFICADO – SÚMULA Nº 691/STF – AFASTAMENTO – PRISÃO – EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA – INVIABILIDADE – MEDIDA CONSTRITIVA – CARÁTER CAUTELAR – INEXISTÊNCIA – ORDEM CONCEDIDA – 1. Em casos teratológicos e excepcionais, como o dos autos, viável afastar o óbice da Súmula nº 691 desta Suprema Corte. Precedentes. 2. O Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC 84.078/MG (HC 84.078/MG, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, por maioria, J. 05.02.2009, DJe 035, de 25.02.2010), passou a entender que o princípio da presunção de inocência obsta a imposição de prisão antes do trânsito em julgado da condenação se inexistentes motivos cautelares a embasá-la. 3. Ordem concedida. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 4 mar. 2017.

6 Súmula nº 716, do STF: "Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória"; Súmula nº 717, do STF: "Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial".

7 Trata-se do voto do Ministro Relator no importante precedente que conduziu a guinada na jurisprudência, consubstanciada no já mencionado HC 126.292, cujo inteiro teor do julgado está disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>, sob o número 10460083. Acesso em: 5 mar. 2016, p. 4.

8 Idem, p. 6.

tência de sentença condenatória por crimes nela relacionados, quando proferidas por órgão colegiado, o voto desenvolveu análise no direito comparado para concluir que,

> realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.[9]

Observa-se, portanto, o rompimento com a interpretação literal da garantia constante do art. 5º, LVII, da CRFB/1988, a caracterizar mutação constitucional, ao admitir que a pena de prisão – a mais severa que pode ser infligida ao indivíduo em nosso ordenamento – seja aplicada antes do que se compreende (ou se compreendia) por trânsito em julgado do provimento jurisdicional[10].

Nesse ponto específico, concernente à aplicação de penalidade quando ainda cabível ou pendente de julgamento recurso sem efeito suspensivo perante os Tribunais Superiores, há de se destacar a reiteração da interpretação conferida ao princípio da presunção de inocência no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nºs 43 e 44[11],

---

9 Idem, p. 8.

10 Por sua clareza, importante destacar trecho da ementa do voto do Ministro Luis Roberto Barroso, no citado HC 126.292/SP: "DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL – PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE – POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU – 1. A execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII). 2. A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos: (i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988; (ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, *caput* e LXXVIII, e 144); (iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa. [...]" (idem, p. 27-28).

11 Em que pese o respectivo acórdão ainda estar pendente de publicação, a notícia do julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nºs 43 e 44, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que restou vencido, foi divulgado por meio do Informativo nº 842, de jurisprudência do STF, de outubro de 2016, destacando-se trecho relevante do entendimento que prevaleceu, a saber: "Em conclusão de julgamento, o Plenário, por maioria, indeferiu medida cautelar em ações declaratórias de constitucionalidade e conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 283 do Código de Processo Penal (CPP) ('Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente,

bem como a reafirmação de tal jurisprudência em sede de repercussão geral[12].

A pena privativa de liberdade não é a única sanção que pode ser imposta pela sentença penal condenatória, tampouco a prisão se apresenta como a única consequência do decreto condenatório, diante da existência de efeitos acessórios extrapenais. A perda do cargo público, por acarretar a demissão do servidor, constitui a mais grave das sanções administrativas, que, como se verá, pode ser determinada no provimento criminal condenatório, daí caber a análise da repercussão do entendimento ora destacado do Supremo Tribunal Federal em tal seara, a partir do arcabouço específico na Constituição com relação à responsabilização dos agentes públicos, entre os quais serão enfocados os servidores ocupantes de cargos efetivos, que podem galgar a garantia da estabilidade após o preenchimento dos requisitos estabelecidos na Lei Maior.

2 OS SERVIDORES OCUPANTES DE CARGO EFETIVO E A GARANTIA DA ESTABILIDADE

Os agentes públicos são os responsáveis por formar e exteriorizar a vontade do Estado[13], enquanto elemento físico das diversas pessoas jurídicas que o compõem, certo que a sua atuação deve voltar-se para a satisfação do interesse público e a efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, a outorga de funções a serem exercidas pelas pessoas que, efetivamente, realizam as manifestações de vontade do Estado impõe o encargo de perseguir um interesse que vai além de sua esfera individual e tem como contraponto o reconhecimento de garantias, a fim de viabilizar o desempenho das respectivas atribuições, em consonância com as finalidades que se compadeçam com o Estado Democrático de Direito.

---

em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva'). Dessa forma, permitiu a execução provisória da pena após a decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado" (Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo842.htm>. Acesso em: 8 mar. 2017).

12 ARE 964246-RG/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno – meio eletrônico, DJe 25.11.2016, cuja ementa se transcreve: "CONSTITUCIONAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) – ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – POSSIBILIDADE – REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA – JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA – 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria" (Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 8 mar. 2017).

13 Recorde-se a lição de José dos Santos Carvalho Filho acerca do tema: "Por inspiração do jurista Otto Gierke, foi instituída a teoria do órgão, e segundo ela a vontade da pessoa jurídica deve ser atribuída aos órgãos que a compõem, sendo eles mesmos, os órgãos, compostos de agentes. A característica fundamental da teoria do órgão consiste no princípio da imputação volitiva, ou seja, a vontade do órgão público é imputada a pessoa jurídica a cuja estrutura pertence" (CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 13).

A expressão agente público é bastante ampla. Abarca o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem atividades em nome do Estado, tal como se depreende dos conceitos enunciados no ordenamento pátrio, notadamente para fins de responsabilização[14].

Necessário pontuar, portanto, que estão alcançados por tal definição os agentes que desempenham atividade tipicamente política, tanto no Executivo quanto no Legislativo, bem como aqueles que cumprem a atividade jurisdicional, ou seja, os membros de Poder, além de todas as pessoas que, de alguma forma, exercem atividade administrativa, cada qual com as competências e garantias estabelecidas na Constituição.

A despeito da existência de controvérsia relativa às classificações a que a expressão agente público se sujeita, sublinhe-se que os servidores públicos se apresentam como uma espécie que se dedica ao exercício da função administrativa e estão presentes na estruturação de cada um dos Poderes do Estado.

Isso porque a atividade administrativa, quando não constitui incumbência típica, como é o caso do Poder Executivo, mostra-se indispensável para operacionalizar os misteres finalísticos do Poder Legislativo e do Judiciário, que, em qualquer caso, no âmbito das respectivas organizações, são exercidos por servidores públicos.

Estabelecidas essas premissas, a posição jurídica desfrutada pelos agentes equivale à noção de cargo público, que, consoante Celso Antônio Bandeira de Mello, corresponde à "denominação dada a mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente".

Verifica-se, pois, que, na estruturação do Estado brasileiro, é possível observar a existência de cargos estritamente políticos, cujas peculiaridades acerca do regime de responsabilização e garantias escapam ao objeto do presente estudo; os cargos vitalícios, aos quais a Lei Maior defere a garantia designada de vitaliciedade[15];

---

14 Entre as definições legais, cumpre mencionar a do art. 73, § 1º, da Lei nº 9504/1997, do art. 327 do Código Penal, e cabendo transcrever, por todos, a do art. 2º da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), *in verbis*: "Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior".

15 A Constituição atribui a garantia da vitaliciedade aos magistrados (art. 95, I), aos membros dos Tribunais de Contas (art. 73, § 3º) e do Ministério Público (art. 128, § 5º, *a*). Como compara José dos Santos Carvalho Filho: "Na verdade, a vitaliciedade dos servidores vitalícios em muito se assemelha à estabilidade dos servidores efetivos, sendo comum em ambas o direito do servidor de permanecer inserido no respectivo quadro funcional. Mas, enquanto a perda da vitaliciedade só pode derivar de sentença judicial transitada em julgado, como resulta daqueles dispositivos, a da estabilidade pode originar-se também de processo administrativo, embora assegurando-se o direito de ampla defesa ao servidor (art. 41, II e III, da CF). Por conseguinte, será forçoso reconhecer que os efeitos da vitaliciedade são mais benéficos para o titular do cargo do que os advindos da estabilidade" (op. cit., p. 722 e733).

e, no âmbito da atividade tipicamente administrativa, temos os cargos em comissão e os cargos efetivos[16].

De acordo com o regime constitucional, os cargos em comissão devem ser uma exceção, na medida em que se destinam somente às atividades de direção, chefia e assessoramento e, além de constituírem uma ressalva à exigência de concurso público, não possuem qualquer garantia, pois se sujeitam à livre nomeação e exoneração[17].

Já os cargos efetivos constituem a espinha dorsal do regime estatutário, no âmbito da estruturação da organização administrativa, e, após o preenchimento dos pressupostos constitucionalmente previstos, conferem aos respectivos agentes a garantia da estabilidade, nos termos do art. 41 da CRFB/1988[18].

Assim, a efetividade é uma característica do cargo, ao passo que a estabilidade é a garantia pessoal do servidor, conferida, em regra[19], por meio de sua regular investidura por concurso público, após o lapso temporal de três anos de

16 Aqui se enfocam os servidores públicos ocupantes de cargos efetivos junto às pessoas jurídicas de direito público, que, na forma do art. 39 da CRFB/1988, se submetem ao Regime Jurídico Único, consubstanciado, em âmbito federal, na Lei nº 8.112/1990, e não podem ser confundidos com os empregados públicos, que desempenham suas atividades junto às pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta, e que, apesar de sofrerem influxos do Direito Administrativo, se submetem à Consolidação das Leis do Trabalho, consoante art. 173, § 1º, da CRFB/1988.

17 Outra não pode ser a conclusão a ser extraída do disposto no art. 37, incisos II e V, da CRFB/1988: "II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...] V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; [...]".

18 Art. 41 da CRFB/1988, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998: "São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado; II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. § 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. § 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. § 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade".

19 Tais pressupostos correspondem à regra estabelecida no aludido art. 41 da CRFB/1988, mas, excepcionalmente a Constituição confere estabilidade na forma do art. 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, *in verbis*: "Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público. § 1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei". Esse instituto é também chamado de estabilidade extraordinária ou estabilização constitucional, e auxilia na distinção da efetividade, porquanto os servidores que preencherem esses requisitos serão estáveis, mas não ocupam cargos efetivos.

efetivo exercício, comumente designado de estágio probatório, e mediante avaliação especial de desempenho, na forma do aludido dispositivo constitucional.

Trata-se de direito assegurado ao servidor de permanência no serviço público, só admitida a perda do cargo nas hipóteses previstas na Constituição. Maria Sylvia Zanella Di Pietro discorre acerca da razão de ser do instituto:

> quando a Constituição outorga a estabilidade ao servidor e lhe dá contornos de direito subjetivo, não se pode considerar esse direito como um privilégio outorgado ao servidor para proteger a relação de emprego, mas como uma garantia de permanência necessária ao desempenho adequado da função pública, com imparcialidade, continuidade, legalidade. Quer-se a subordinação do servidor à vontade da lei e não à vontade do superior hierárquico.

Desse modo, preenchidos os pressupostos da Lei Maior, o servidor público somente poderá ser demitido por meio de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo, em que são assegurados a ampla defesa e o contraditório, ou por meio de avaliação periódica de desempenho, hipótese esta que ainda depende da edição de lei complementar para a sua implementação.

Além das situações elencadas, é possível vislumbrar ainda e tão somente aquela decorrente de questões financeiras e orçamentárias, prevista no art. 169, §§ 4º a 7º, da CRFB/1988.

Entre as hipóteses enunciadas, impõe-se o aprofundamento do condicionamento da perda do cargo à sentença judicial transitada em julgado, notadamente quando determinada por decisão prolatada na esfera penal, que deve ser analisada à luz da novel orientação do Pretório excelso acerca da interpretação a ser conferida ao princípio da não culpabilidade, cujo enfrentamento, não obstante, depende do exame das diferentes esferas de responsabilização do servidor público.

3 ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Diante da relevância das atribuições exercidas pelos servidores e dos rígidos limites a elas impostos, suas condutas pessoais podem ser responsabilizadas simultaneamente nas esferas cível, penal, administrativa e, ainda, na seara político-administrativa, notadamente com base na Lei de Improbidade Administrativa[20].

20 Nesse sentido, o art. 12 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa): "Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato [...]".

Significa que uma única conduta do servidor pode constituir, ao mesmo tempo, ilícito civil, penal, administrativo e político-administrativo, a sujeitá-lo, em cada caso, às sanções que lhe são peculiares, inexistindo dúvidas de que as penalidades mais severas são infligidas no âmbito criminal[21], no qual vigoram os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade[22].

As esferas de responsabilidade são autônomas e se submetem a processos distintos e concomitantes, sem que haja prejudicialidade, *prima facie*, entre eles, em decorrência do princípio da independência das instâncias. Esse princípio, contudo, não é absoluto, sendo possível a repercussão de uma esfera sobre a outra, em situações pontuais, que envolvem, sobretudo, a responsabilização criminal, a qual, por impor as sanções mais graves, confere as maiores garantias ao respectivo processo, de modo que tanto a sentença absolutória quanto a condenatória podem desbordar as balizas da respectiva seara jurídica.

3.1 A sentença penal condenatória e a perda do cargo público

Passa-se a analisar, especificamente, a viabilidade de a sentença penal condenatória impor penalidades que são típicas de outras esferas de responsabilização, notadamente a mais severa das sanções administrativas aplicáveis aos servidores públicos da ativa, consubstanciada na perda do cargo público, que culminará na sua demissão.

Com efeito, a perda do cargo público constitui efeito acessório[23] da condenação criminal, tal como se depreende do disposto no art. 92, I, do CP, *in verbis*:

---

21 Considerando que para o presente estudo são relevantes as sanções penais e as administrativas ou disciplinares, sobressaem as palavras de Fábio Medina Osório sobre a diferenciação entre elas: "Tradicionalmente, a doutrina brasileira considera as sanções disciplinares substancialmente distintas das sanções penais, tendo em conta o conteúdo finalístico de ambas. A primeira tem por objetivo assegurar o bom funcionamento interno dos serviços e da ordem administrativa, ao passo que as sanções penais teriam uma funcionalidade distinta, a saber, assegurar a paz social e valores mais amplos. E se é certo que dentre as sanções administrativas seria possível detectar ambições e objetivos mais amplos, relacionados com a ordem pública ou valores gerais da coletividade, nas sanções disciplinares o elemento finalístico haverá de ser bastante restrito e concentrado, tendo o seu foco voltado para a ordem interna, ao bom andamento da organização, aos valores específicos de disciplina, hierarquia, eficiência, moralidade que se reproduzem no interior das Administrações Públicas. Há que se reconhecer, pois, diferença finalísticas entre normas penais e normas disciplinares, nesse especial aspecto" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 142).

22 Colhe-se de Cezar Roberto Bittencourt: "O princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio* orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a preservação de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável". Acerca do corolário da fragmentariedade, destaca o mencionado autor: "O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa somente de parte dos bens protegidos pela ordem jurídica" (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 2015. p. 54-55).

23 Como bem pontuado por Bittencourt: "A sanção penal é a consequência jurídica direta e imediata da sentença penal condenatória. No entanto, além dessa consequência jurídica direta, a sentença penal produz outros

> Art. 92. São também efeitos da condenação:
>
> I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:
>
> a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;
>
> b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

A doutrina costuma distinguir os chamados crimes funcionais dos crimes não funcionais, certo que, em ambas as circunstâncias, é possível aplicar a penalidade que acarretará a demissão do servidor estável, preenchidos os requisitos previstos, respectivamente, nas alíneas *a* e *b* do aludido dispositivo.

É necessário que a perda do cargo reste expressamente consignada na decisão, pois não se trata de efeito automático da condenação[24], mas induvidoso é que pode ser determinada pelo juízo criminal. Daí indagar-se sobre a possibilidade de o servidor público estável ser destituído de sua posição jurídica por decisão penal condenatória, que estabeleça a perda do cargo público, pendente de recurso, sem efeito suspensivo, perante os Tribunais Superiores, à luz da novel orientação acerca da interpretação conferida ao princípio da presunção de inocência.

CONCLUSÃO

A interpretação literal do disposto no art. 41, § 1º, I, da CRFB/1988, que impõe a necessidade de trânsito em julgado da sentença determinante da demissão do servidor público que goze de estabilidade, parece levar à conclusão de que a decisão penal que estipula a perda do respectivo cargo não pode estar sujeita a recurso, nem mesmo na via extraordinária.

---

tantos efeitos, ditos secundários ou acessórios, de natureza penal e extrapenal" (op. cit., p. 847).

24 Situação excepcional, na qual a perda do cargo constitui efeito automático da condenação, está prevista no art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.455/1995, consoante se depreende do seguinte julgado do STJ: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA – DOSIMETRIA – ACÓRDÃO DO TRIBUNAL *A QUO* QUE FAZ REMISSÃO AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA QUANTO AO DIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE – MATÉRIA PREQUESTIONADA – PERDA DO CARGO PÚBLICO – EFEITO SECUNDÁRIO DA CONDENAÇÃO – NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO EXPRESSA E ESPECÍFICA – I – Na hipótese, havendo remissão expressa, no v. acórdão recorrido, aos fundamentos constantes da r. sentença condenatória quanto à dosimetria da pena-base, reputa-se prequestionada a matéria, autorizando o seu debate na via especial. II – Conforme entendimento pacificado nesta Corte Superior, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, prevista no art. 92, I, do Código Penal, não é efeito automático da condenação, de forma que a sua incidência demanda fundamentação expressa e específica, à exceção do crime de tortura, o que não é o caso dos autos. Agravo regimental desprovido" (AgRg-REsp 1459396/MG, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 21.10.2016) (Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 7 mar. 2017).

Contudo, outra aparenta ser a conclusão alcançada quando se examina a questão à luz da recente orientação do Pretório excelso acerca da interpretação a ser conferida ao princípio da presunção de inocência, ou não culpabilidade, que viabiliza a execução provisória da pena de decisão prolatada por órgão colegiado.

Passou-se a admitir a aplicação da constrição mais severa prevista no ordenamento pátrio, consubstanciada no encarceramento do indivíduo, antes do provimento definitivo por parte dos Tribunais Superiores, quando o recurso não for dotado de efeito suspensivo, ou seja, antes do que tradicionalmente se entendia por trânsito em julgado da sentença.

A reafirmação de tal orientação por meio de interpretação conforme do dispositivo do Código de Processo Penal, que textualmente exige o trânsito em julgado da sentença para a prisão do réu, por meio das recentes ações diretas de constitucionalidade, parece não deixar dúvida quanto à viabilidade da perda do cargo nas mesmas circunstâncias, até por se tratar de um mal menor a ser imposto ao indivíduo, que, se encarcerado, tampouco poderá desempenhar suas funções.

No âmbito do processo administrativo disciplinar, que, em regra, tem por sanções mais graves a demissão do servidor da ativa e a cassação de aposentadoria para os inativos, a jurisprudência tem admitido o cumprimento imediato da penalidade imposta quando não for conferido efeito suspensivo ao respectivo recurso administrativo[25].

Apesar de a orientação na esfera administrativa fundar-se em alicerces distintos do entendimento ora analisado, acrescenta outro indicativo no sentido de viabilizar o cumprimento imediato da penalidade de perda do cargo, quando reafirmada ou determinada por órgão colegiado, de segundo grau de jurisdição,

25 Trata-se de interpretação que vem sendo adotada pelo STJ acerca do disposto no Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei nº 8.112/1990), tal como se depreende de trechos relevantes da ementa do julgado a seguir destacado, cujas razões de decidir, apesar de relativas à cassação de aposentadoria, podem ser igualmente aplicáveis à demissão na esfera administrativa do servidor público estável da ativa, a saber: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL – SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL – TÉCNICO DE ASSUNTOS EDUCACIONAIS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA – ARTS. 127, IV, 132, IV E 134, DA LEI Nº 8.112/1990 – USO DE DOCUMENTO FALSO – DIPLOMA DE GRADUAÇÃO EM PEDAGOGIA – CUMPRIMENTO IMEDIATO DA PENALIDADE IMPOSTA – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES – ALEGADA AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS – NÃO COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DISCIPLINAR – INOCORRÊNCIA – SEGURANÇA DENEGADA – [...] 2. Não há ilegalidade no cumprimento imediato da penalidade imposta a servidor público logo após o julgamento do PAD e antes do decurso do prazo para o recurso administrativo, tendo em vista o atributo de auto-executoriedade que rege os atos administrativos e que o recurso administrativo, em regra, carece de efeito suspensivo (*ex vi* do art. 109 da Lei nº 8.112/1990)" (MS 19488/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 31.03.2015) (Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 7 mar. 2017).

diante da mutação constitucional em curso, acerca do princípio da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* – da Definição à aplicação dos Princípios Jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 2015.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CRESPO, Marcelo Xavier (Coord.). Crimes contra a administração pública: aspectos polêmicos. São Paulo: Quartier Latin, 2010. In: SERRA, Silvia Helena. *As responsabilidades administrativa, civil e penal do servidor público*, p. 37-47.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano Araújo. *Servidores públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 13. ed. São Paulo: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.