

Crimes contra a administração pública

PROF. ROBERTO LYRA

(Das comissões elaboradoras dos Códigos Penal, de Processo Penal, Penitenciário e de Menores)

II

XI. ENTIDADES PARAESTATAIS E ENTIDADES DE DIREITO PÚBLICO

Vimos que, *para os efeitos penais*, há: 1.º — funcionário público propriamente dito; 2.º — funcionário público por equiparação.

Funcionário público propriamente dito é quem, embora transitòriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprêgo ou função pública.

Funcionário público por equiparação é quem exerce cargo, emprêgo ou função em entidade paraestatal.

Também em relação a funcionário público por equiparação, a transitoriedade e a gratuidade não desintegram o conceito. A regra, que o contém, se aplica para todos os efeitos, quer os da incriminação, quer os da apenação, abrangendo a parte geral (ver o art. 10) e a parte especial do Código (ver o art. 360).

Examinaremos, oportunamente, a matéria das contravenções.

O conceito de funcionário público, fixado — insistimos — para *todos* os efeitos penais, repercute no de administração pública. Convém lembrar, neste passo, que a capitulação do título XI do Código não é exclusiva (n. VIII).

Pode estabelecer-se, em consequência:

1.º — o crime praticado contra a administração em geral, por quem exerce cargo, emprêgo ou função em entidade paraestatal, equivale a crime de funcionário público contra a mesma administração;

2.º — o crime praticado por particular contra entidade paraestatal é crime de particular contra a administração em geral;

3.º — o crime praticado por funcionário público propriamente dito contra entidade paraestatal é crime de funcionário público contra a administração em geral.

O Código usa as expressões “entidade de direito público” (arts. 171, § 3.º, 186, 293, n. IV) e “en-

tidade paraestatal” (arts. 69, parágrafo único, n. 1, letra a, e 335) para abranger todos os instrumentos de ação direta ou indireta, principal ou secundária do Estado.

Domina, portanto, a imprecisão dos conceitos e a confusão da terminologia do Direito Administrativo, que não poderia mesmo evitá-las em terreno assim litigioso, movediço e obscuro. Tanto assim que o legislador, apesar da facilidade resultante do arbítrio, não conseguiu formular regras, agravando, se não causando, o conflito doutrinário.

Não seria, pois, o Direito penal, no qual os textos têm mais importância do que nas outras disciplinas jurídicas, que se proporia a assegurar a paz das teorias e a suprir a ausência de preceitos.

O imprevisto da importação nasceu, mais recentemente, dos interesses representados pelo Estado, cuja noção mesmo, levada pelas ondas das transformações sociais, anda bem longe do pôrto de Maquiavel.

A criação das entidades paraestatais não vem, como pareceu a FEROCI, do fascínio misterioso da palavra — paraestatal — com ressonâncias de grego antigo e de medicina moderna (o jurista italiano teve a simplicidade de prestigiar, a propósito, a invocação de paratifo). E' a necessidade de disfarçar a fatalidade socialista, para não alarmar a sensibilidade conservadora, que explica estas asas sôbre a cabeça do avestruz — Estado burguês. A chamada economia dirigida é remédio tomado ao socialismo para a aplicação político-social da lei dos semelhantes da terapêutica hanemaniana.

A etimologia do vocábulo — paraestatal — indica relações de analogia e vizinhança com o Estado.

Acompanhemos, para ilustração, o tumulto dos critérios.

Dizer que as entidades paraestatais são, genêricamente, entidades públicas seria admitir designação legislativa ociosa.

Nem correspondem elas aos “établissements d'utilité publique” da lei francesa, como sub-espécie das pessoas jurídicas de direito público, quer

dizer, substancialmente, uma categoria intermediária entre estas e as pessoas jurídicas de direito privado — o terceiro sexo, de que falam FORTI e LESSONA.

Há pessoas jurídicas de direito privado que são entidades públicas.

Por outro lado, as entidades paraestatais entram na categoria das entidades públicas independentemente do grau de intervenção do Estado.

Não tem razão, pois, GIROLA, quando se entrincheira na distinção entre as entidades públicas em geral, sujeitas apenas à preliminar da legitimidade, e as entidades paraestatais subordinadas ao Estado “de meritis”. (“Enti Parastatali”, em *Studi urbinati*, Roma, 1929).

Também MAURO (“Rivista di diritto pubblico”, 1928, I, p. 206) discriminava as pessoas jurídicas de direito público em sub-categorias, compreendendo, na primeira, as pessoas ligadas estreitamente ao Estado, isto é, as paraestatais, e, na segunda, as pessoas ligadas ao Estado, porém providas de maior autonomia.

As críticas de FORTI e D’ALESSIO, sobretudo do ponto de vista prático, não pouparam tal distinção. E’ que existem entidades estatais, sobre as quais a tutela do Estado se reduz a simples vigilância, e entidades sem tal dignidade, sobre as quais o Estado exerce verdadeira e própria tutela, mesmo *de meritis*.

Também não resolve o problema, entre nós, a caracterização da entidade paraestatal pelo seu cunho nacional e institucional, pois a extensão jurisdicional em Estado, ou parte dêle, maior ou menor, num grupo de Estados ou territórios, etc., não aumenta, nem diminui e, muito menos, altera, os atributos da entidade.

Mais próximo de um armistício anda VALDALÁ, quando encontra entidade paraestatal, toda a vez que o Estado constitui, com personalidade própria e distinta, organismo autônomo, ao qual incumbe de funções de caráter público e de interesse geral, ou seja funções “statuali”.

VALDALÁ, no entanto, não a apresenta como órgão do Estado (*Giurisprudenza italiana*, 1931, IV, p. 89). Ver ainda ESPOSITO, *Organo ufficio e soggettività dell’ufficio*, Padua, 1932; CHIARELLI, *La personalità giuridica delle associazioni sindacali*, Padua, 1931.

Devidamente adaptadas ao mecanismo institucional do Brasil, certas conclusões de FEROCI são,

pelo menos, mais viáveis, quando distinguem: a) órgãos da administração direta do Estado, sem personalidade jurídica; b) entidades pertencentes, também, à administração direta do Estado, mas providas de personalidade jurídica própria e distinta: entidades paraestatais; c) entidades públicas, providas de personalidade jurídica própria e pertencentes à administração indireta ou auxiliar do Estado: entidades públicas autárquicas.

O Código Penal reúne, na sua proteção especial, tôdas as modalidades da administração pública — direta, indireta ou auxiliar — sem distinguir o grau ou a natureza da participação na atividade do Estado e da ingerência dêste, o papel representado na sua máquina, se tem personalidade jurídica, se tem autonomia funcional, etc.

Entes maiores e menores, todo o organismo do Estado, enfim, entra na tutela em aprêço. Aliás, cada órgão integrante do organismo tem, em determinadas condições e para alguns efeitos, certa independência.

As entidades, com que o Estado vai aterrando as margens da livre iniciativa particular, depois de demolir as suas saliências, são criadas para diversos fins, dentro da atividade que aquêle se vai atribuindo, e cada vez mais extensa, mais profunda.

A intervenção, que determinou a necessidade de prover com novos “órgãos” as redes de relações do Estado, como função e como atividade, se transformará amanhã em ocupação e domínio. O que faz e desfaz é a vontade do Estado, operando interesses dêste.

Os artifícios cederão e, em consequência, a duplicação inútil, pois-ninguém, nada se acha atrás do órgão. Há até representantes e delegados, que são os próprios representados e delegantes, recebendo disciplina de si mesmo, aparentando pluralidade de titulares, de sujeitos.

Todas essas entidades de emergência, de transição, serão órgãos do Estado, ainda que “órgãos ortopédicos”, dos autores italianos, e, como tal, não terão personalidade nem subjetividade distintas, se é que se deva reconhecê-las, em face da identidade entre Estado e órgão estatal. Entretanto, muita força ainda têm as ficções jurídicas.

De qualquer forma, o direito positivo orientará o intérprete em cada caso.

Com exclusão dos entes privados, mesmo quando têm objeto ou visam a fins gerais e coletivos, porém não direta ou indiretamente estatais — e há emergências, como a atual, de imprevista absorção

pelo Estado dos remanescentes do individualismo — são “entidades paraestatais”, no sentido da lei penal, tôdas aquelas por cujas lesões ou perigos o Estado sofre ou vem a sofrer na ordem de interesses morais e materiais penalmente protegidos no título relativo aos crimes contra a administração pública e nos outros dispositivos citados (n. VIII).

O decreto-lei sôbre imunidade tributária, mais um passo para a franca assimilação, menciona, ao

lado dos órgãos centralizados, as autarquias da União, dos Estados e dos Municípios, as sociedades de economia mista, em cujo capital e direção o Governo participe, as empresas sob administração provisória da União. E, embora para efeitos fiscais, dá esta definição de autarquia: o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou *implicitamente* reconhecida por lei.

PARECERES

APOSENTADORIA E VENCIMENTOS

— *E' indiscutível que o Estado pode reduzir o vencimento de seus servidores, desde que não estejam êstes protegidos expressamente pela garantia de irredutibilidade.*

— *E' pacífico que a aposentadoria é regida pela lei vigente ao tempo de sua concessão, não sendo possível invocar, para fixar os respectivos proventos, dispositivos legais inaplicáveis no momento da declaração da inatividade.*

PARECER

Em face da Exposição clara e minuciosa feita pela Consulente, Prefeitura Municipal de São Paulo, não tenho dúvida sôbre a falta de amparo jurídico à pretensão dos três funcionários que pleiteiam a retificação de suas aposentadorias.

E' indiscutível que o Estado pode reduzir o vencimento de seus servidores, desde que não estejam êstes protegidos expressamente pela garantia de irredutibilidade. Afirmam-no os autores, como veremos adiante, e o tem reconhecido o Supremo Tribunal Federal, em inúmeros julgados, um dos quais recentíssimo, proferido em 15 de abril do corrente ano, no Recurso Extraordinário n. 6.381, do Estado de Alagoas (Cfr. *Diário da Justiça*, de 4-12-1943).

Por outro lado, é também pacífico que a aposentadoria é regida pela lei vigente ao tempo de sua concessão, não sendo possível invocar, para fixar os respectivos proventos, dispositivos legais inaplicáveis no momento da declaração da inatividade.

Assentadas essas premissas, não há fugir à conclusão de que os funcionários em apêço não poderiam perceber provento superior a cinco contos de réis, dado que havia lei expressa — contemporânea ao decreto de inatividade — fixando nessa quantia a remuneração máxima dos servidores ativos ou inativos. Êsse limite fôra estabelecido não só por lei federal e lei estadual, mas, também, por Ato da própria Prefeitura — Ato n. 1.348, de 1938 — cujo artigo 2.º dis-

pôs, categoricamente, que, a contar de 1.º de janeiro, não seriam pagos “aos funcionários municipais, ativos e inativos, proventos superiores a cinco contos de réis mensais”.

Não se alegue, outrossim, que as aposentadorias foram requeridas antes da vigência do referido Ato, pois não há considerar, para a fixação dos proventos, a data do *requerimento*, mas, precisamente, a data em que se completa, pelo implemento das condições legais de validade, a declaração formal da aposentadoria.

Esclarecida assim, liminarmente, a minha opinião sôbre a relação jurídica objeto da consulta, passo a responder aos itens formulados.

Item a — Se a União podia determinar a limitação geral de vencimentos dos funcionários públicos no próprio decreto-lei n. 24, de 1937, uma vez que se encontrava o país no regime de intervenção federal.

Sim. À União era lícito determinar a limitação geral de vencimentos dos funcionários públicos — federais, estaduais e municipais — no próprio decreto-lei n. 24, de 1934.

E isto porque o referido diploma legal é uma *lei orgânica* da Constituição, destinada a tornar exequível o disposto no seu art. 159. E' uma dessas leis a que DUGUIT denomina “leis construtivas” e que, definindo e completando princípios cujos lineamentos gerais se encontram na Constituição, estabelecem regras de direito com aplicação geral (DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, 1921, páginas 36 e seguintes).

As Constituições — como salientei em parecer recente — não têm, nem devem ter, o caráter analítico e pormenorizado, próprio das leis e dos códigos ordinários. Limitam-se às generalidades, aos princípios básicos, aos lineamentos essenciais, onde, normalmente, só se encontra o arcabouço de cada instituição, nas suas linhas de maior relêvo. Constituem meras sínteses do pensamento político, do qual fixam, apenas, as idéias dominantes e os traços de maior saliência. E' a legislação ordinária que constrói o tecido destinado a revestir-lhes a ossatura, modelando-lhes o organismo que lhes vai dar a capacidade efetiva de ação. Daí a afirmação dos tribunais americanos no sentido de que, via de regra, os preceitos constitucionais requerem ação legislativa que lhes outorgue plena eficácia — “*requires legislative action to*