

NOÇÕES SÔBRE O ABANDONO DE CARGO NO CÓDIGO PENAL E NO ESTATUTO DO PESSOAL CIVIL DO PODER EXECUTIVO DO ESTADO DA GUANABARA

JORGE GUEDES

1. O funcionário público deve ser cumpridor dos seus deveres e, para cumpri-los, obviamente tem de ser assíduo. Esse dever de assiduidade, aliás, está disposto expressamente no artigo 212, I, Estatuto. O Estado, portanto, ao zelar pela permanência do funcionário, pune-o, quando o mesmo deserta. Poderá fazê-lo penal ou administrativamente, e às vêzes cumulativamente, quando, à tipicidade penal, se aliar a administrativa, pois ambas não coincidem *tout court*, tanto que um processo não dependerá do outro (art. 281 do Estatuto: “As cominações civis, penais e disciplinares poderão cumular-se umas e outras independentes entre si, bem assim as instâncias civil, penal e administrativa”).

2. Começemos, então, pela penal. Dispõe o art. 323 do Código Penal: “Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei: Pena — detenção, de 15 dias a 1 mês, ou multa, de 20 centavos a 2 cruzeiros novos. § 1.º: Se do fato resulta prejuízo público: Pena — detenção, de 3 meses a 1 ano, e multa, de 20 centavos a 2 cruzeiros novos. § 2.º. Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira: Pena — detenção, de 1 a 3 anos, e multa, de 2 cruzeiros novos a 10 cruzeiros novos.”

A rubrica lateral é: *Abandono de função*. Poderia ser mais técnica, pois deveria ser *Abandono de cargo*, que é a norma penal propriamente dita. O cargo compreende a totalidade das funções, e, como observa o excelente professor CAIO TÁCITO, “deixando de exercer qualquer delas, sem o abandono das demais, o funcionário cometerá apenas infração disciplinar, estranha ao âmbito penal” (*in Revista de Direito Administrativo*, vol. 1.º, pág. 208). A lição é exata. Se, por exemplo, um Promotor abandona a fun-

ção de Presidente de Comissão de Inquérito Administrativo, isto não quer dizer que êle quisesse abandonar o cargo do M. P. A deficiência da rubrica lateral, no entanto, pouco significa, já que, o que interessa, é o conteúdo do preceito penal (*caput* do artigo), e êste está correto, porque trata do abandono de cargo. O ótimo professor HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, mostrando que a rubrica não é decisiva para a determinação da objetividade jurídica, explica: “A rubrica, no entanto, está muito longe de apresentar valor exe-gético decisivo, pois não é parte integrante da norma jurídica. Com a rubrica o legislador procura facilitar a consulta e, por-tanto, a aplicação da lei. Mas, as rubricas são muitas vêzes inexatas e imprecisas, podendo conduzir a equívocos de interpreta-ção” (“*Jurisprudência Criminal*”, 1968, pág. 71).

3. O sujeito passivo do crime é o Estado. O sujeito ativo é o funcionário público, e mais do que nunca, nesse delito, vigora o art. 327 do Código Penal, com o seu parágrafo único (“Consi-dera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprêgo ou função pública. Parágrafo único: Equipara-se a funcionário pú-blico quem exerce cargo, emprêgo ou função em entidade paraes-tatal”). O art. 323 fala em “cargo público”, e poder-se-ia enten-der que se excluiria a entidade paraestatal. Mas, não. O escólio é de CAIO TÁCITO: “A expressão *cargo público* deve ser entendida em sentido lato, compreendendo não só as funções públicas de administração direta do Estado, como também as da administra-ção delegada a entes autárquicos ou paraestatais” (Rev. cit., vol. 1.º, pág. 212).

4. A materialidade do delito se realiza pela deserção: o funcionário, sem *animus revertendi*, não comparece mais, deserta. O limite são trinta dias consecutivos, como ponto de partida. Mais de 60 faltas interpoladas, porém, não constituem o delito em estudo.

O ilustre ministro NELSON HUNGRIA, com exatidão, enfatiza outro aspecto essencial da espécie como crime, que é o da *acefalia*: “O crime de abandono de função pressupõe, necessariamente, a consequente *acefalia* do cargo, isto é, a inexistência ou ocasional ausência do ocupante (efetivo ou interino). Neste caso, não ha-verá, sequer, probabilidade de dano, que é condição única para a existência de um evento criminoso” (“*Comentários ao Código Pe-nal*”, vol. 9.º, pág. 388, ed. 1958). A lição do grande mestre está de braços dados com a jurisprudência. Exemplo: “Abandono de função. Sem a demonstração de que o cargo abandonado pelo réu permaneceu acéfalo, não se caracteriza o delito do art. 323 do Cód. Pen.” (Acórdão do Egrégio Tribunal de Alçada de S. Paulo, 2.ª Câmara Criminal, in *Revista dos Tribunais* vol. 297, pág. 419)..

5. O elemento subjetivo é o dolo. Acórdão da 1.^a Turma do Egrégio Tribunal Federal de Recursos declarou: “sem dolo específico, não se caracteriza o crime de abandono de cargo” (*Revista Forense* vol. 168, pág. 347). O aresto, *data venia*, não nos parece de acôrdo com a lei brasileira. Basta se ler o art. 323 do nosso C.P., para se notar que êste só exige o dolo genérico e o eventual. CAIO TÁCITO lembra bem que: “É necessário, assim, que o funcionário tenha agido com o *animus* de abandonar o cargo, ou tenha assumido o risco de produzir êsse resultado. Não exige a lei brasileira, como faz o art. 333 do Código italiano, o dolo específico *che consiste nel fine de turbare la continuità dell'ufficio, o del lavoro, independentemente, per altro, dal conseguimento di tale scopo*” (pág. 207, Rev. e vol. citados).

6. Para terminar esta parte penal do assunto, um derradeiro problema de importância: o funcionário, antes de deferido o seu pedido de demissão, de exoneração, de licença, abandona o exercício do cargo. *Quid juris?* CAIO TÁCITO ensina: “No direito brasileiro vigente, a sanção penal dependerá da pesquisa do elemento subjetivo. Normalmente, o dever funcional de exercício do cargo ou função, subsiste até expresso em contrário e não cessa com o simples pedido de demissão ou de licença. Afastando-se antes da concessão, o agente, embora não querendo expressamente o resultado, assume o risco de produzi-lo e estará em dolo. Se, porém, o funcionário agir sob a razoável convicção de sua dispensa e do fato não resultou dano, a figura escapará à tutela penal, pela ausência de intenção criminosa e o agente se sujeitará apenas às sanções administrativas cabíveis” (Rev. e vol. cit., pág. 211).

Contrariamente se manifestou o *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, no verbete *Abandono de função* (vol. 1.^o, página 82), contestando CAIO TÁCITO, e argumentando que “não pode o funcionário ignorar onde é divulgado o ato da concessão da licença ou demissão, razão bastante para que não possa ter razoável convicção da efetivação da sua dispensa, sem que ela realmente tenha sido decretada”.

Para nós, a razão está com CAIO TÁCITO, por tudo quanto êle dissera, como pelo seguinte: o verbete declarou que o funcionário não pode ignorar. Como não? É claro que um Promotor, um Técnico de Administração, etc., não devem ignorar aquilo, mas o contínuo de uma repartição poderá desconhecer filigranas jurídicas, demonstrando falta de dolo, e isso não é infreqüente entre os modestos funcionários. Exemplo: “O abandono de emprego, por parte de operário de empresa ferroviária que, só por pertencer ao Estado, empresta aos seus empregados o caráter de funcionário público, não pode ser considerado crime, quando evidente a ignorância do agente sobre a sua condição, ignorân-

cia tanto mais desculpável porque até entre juristas existe divergência a respeito” (Apel. Crim. n.º 14.247/45, 2.ª Câm. Crim. Trib. Just. S. Paulo, rel. des. Alcides Faro, in *Rev. Forense*, julho, 1946, pág. 129).

7. Passemos, agora, à parte administrativa da questão, que o signatário, embora não tendo a experiência que teve no campo penal (17 anos como Promotor, e atualmente Procurador, em exercício, em Câmara Criminal do Tribunal de Justiça), possui algum conhecimento a respeito, pois foi, durante 4 anos, Presidente da 4.ª Comissão Permanente de Inquérito Administrativo do Estado.

Reza o art. 225, III, do Estatuto do Pessoal Civil do Poder Executivo do Estado da Guanabara (Lei n.º 1.163, de 1966), que a pena de demissão será aplicada no caso de abandono de cargo. O § 1.º desse artigo conceitua: “Considera-se abandono do cargo a ausência ao serviço, sem justa causa, por 30 dias consecutivos”. Este, o abandono clássico, típico. Mas há um tipo de falta equiparado ao abandono, que é o do § 2.º: “Será ainda demitido o funcionário que, durante o período de 12 meses, faltar ao serviço 60 dias interpoladamente, sem causa justificada”. O DASP., aliás, certa feita, assim definiu: “As faltas interpoladas, previstas em lei, não constituem propriamente abandono de cargo, mas falta de assiduidade”.

8. Condição *sine qua non*: é o *animus* de abandonar, bastando, como tal, o dolo genérico. E o eventual, *idem*: “O dolo eventual também caracteriza o elemento subjetivo do ilícito administrativo. Abandono de cargo” (Parecer do Consultor-Geral da República, ADROALDO MESQUITA DA COSTA, in *Rev. Dir. Adm.*, vol. 87, pág. 282).

O *animus* de abandonar, de renunciar, porém, deve ser pesquisado. Como acentuou o DASP.: “Faz-se mister cuidar, para a sua plena representação, e conseqüente imposição da pena, do elemento subjetivo, que é a *justa causa*, que se daria, exemplificadamente, no caso de impedimento, de coação, doença do servidor ou de pessoa de sua família, força maior, desastre, etc., que podem ocorrer, justificando a ausência ao serviço. Por êsse motivo é que, para caracterizar o abandono de cargo, se instaura inquérito administrativo, o que seria medida ociosa se bastasse a existência visível e testemunhável do fato concreto ou a simples constatação material das faltas por meio do livro do ponto” (*Rev. Dir. Admin.*, vol. 80, pág. 313).

Por isso, o art. 225, § 3.º do Estatuto, reza: “Entender-se-á por ausência ao serviço com justa causa não somente aquela autorizada na forma da legislação vigente, como a que assim fôr considerada após a devida comprovação em inquérito administrativo,

caso em que as faltas serão justificadas apenas para fins disciplinares!

Note-se, contudo, que a justa causa deverá ser sempre provada. E prova categórica: “A justa causa, para abandono de cargo público, deve ser comprovada e não apenas presumida” (DASP., *in Rev. Dir. Admin.*, vol. 80, pág. 169). E o ônus dessa prova incumbe ao funcionário: “Na hipótese de se querer provar a intenção de *não abandonar*, caberá o ônus dessa prova ao indiciado, pois o fato concreto, a saber, a materialidade das faltas, dá à Administração o direito de agir” (Parecer do Consultor-Geral da República, ADROALDO MESQUITA DA COSTA, *in Rev. Dir. Admin.*, vol. 82, pág. 296). É claro, porém, que, se a Comissão de Inquérito perceber que o funcionário é indivíduo doente, deverá mandá-lo a exame médico, o que será melhor explicado no item 11 dêste trabalho.

9. O funcionário empossado, não entrando em exercício no prazo legal, ficará incurso nas penalidades do abandono. O transcurso do prazo legal, sem apresentação ao serviço, após o término da licença, lhe trará idêntica conseqüência. É obrigado a permanecer no cargo o funcionário que pede exoneração, até que esta seja concedida. Se não o fizer, incorrerá nas cominações administrativas pertinentes.

Problema mais interessante, todavia, é o do funcionário que foge para escapar à prisão preventiva penal. Passado o perigo desta, o funcionário volta, e, aí, ou se vê processado administrativamente, ou já o foi, ocasião em que êle resolve pedir revisão, porque já tinha sido demitido. A jurisprudência é iterativa no sentido de que a fuga não é considerada como justa causa: “Funcionário público — Abandono de cargo — Prisão e fuga — Decretada a prisão preventiva do servidor, a sua fuga não elide a infração disciplinar do abandono de cargo” (*Proc. n.º 9.071/67, in Rev. Dir. Adm.*, vol. 91, pág. 300). Êsse teor de julgar, certo, aliás, foi inspirado em parecer de CAIO TÁCITO, quando consultor jurídico do DASP.: “Funcionário público — Abandono de cargo — O homizio, para fugir à ação da Justiça, não é justa causa para ausência ao serviço” (*Proc. n.º 4.125/53, in Rev. Dir. Adm.*, vol. 35, pág. 353). E vale a pena destacar trecho dêsse lapidar parecer:

“É elementar, porém, a justificação da conduta omissiva do funcionário, que se inspire em motivo lícito, não importando violação de outro qualquer dever jurídico. Não é êsse o caso do postulante; impedindo a execução de ordem judicial, criou embaraço à administração da Justiça. Não cabe considerar se a prisão preventiva foi injusta, no sentido de que a exclusão

posterior da denúncia evidenciou a sanidade da imputação. Desde que o ato foi legal, a desobediência ao mandado, embora não componha delito autônomo, representa inequívoca perturbação ao equilíbrio da ordem jurídica. A prisão preventiva se opõem os remédios processuais legítimos, que poderão alcançar até mesmo o recurso de *habeas corpus*. A fuga para evitar a execução da prisão decretada não tem o colorido da legalidade necessário a justificar a ausência ao trabalho, acima do limite da tolerância. É óbvio que o requerente quis abandonar o cargo, como meio hábil de subtração à Justiça. Expedido o mandado, o seu comparecimento facultaria a efetividade da prisão, que tencionou fazer ineficaz. Optando pela recusa ao acatar ato do comando judiciário, formalmente regular, o funcionário assumiu, conscientemente, o risco decorrente de seu ato de vontade. Seria irrisório que o Estado acatasse, como *justa causa*, a inobservância de seus próprios ditames, embora emanados de outro poder. Não é lícito, como existente, o motivo que se alijerça em desrespeito à lei e em desprestígio à imperatividade das ordens judiciais. Entendo, portanto, que não pode ser aceito, como justificativa ao abandono do cargo, o homizio voluntariamente praticado para se eximir à prisão preventiva”. (pág. 356).

A lição retro, do grande especialista em Direito Público, é exatíssima. A Lei não quer que o funcionário público fuja do Juízo Criminal. Para tanto, cerca-o de regalias, das quais não goza o particular. Por exemplo, nos crimes funcionais afiançáveis, o Código de Processo Penal protege bem o funcionário público (Art. 514: “Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, *para responder por escrito*, dentro do prazo de 15 dias”. Art. 516: “O juiz *rejeitará* a queixa ou denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, *pela resposta do acusado ou do seu defensor*, da inexistência do crime ou da improcedência da ação”). O Estatuto dos Funcionários (Lei n.º 1.163/66), nos crimes inafiançáveis ou de reclusão, não deixa o servidor ao desamparo, porque, no seu art. 152, III, dispõe que: “O funcionário perderá um têrço do vencimento ou remuneração, durante o afastamento *por motivo de prisão preventiva*, pronúncia por crime comum, ou denúncia por crime funcional, ou, ainda, condenação por crime inafiançável, em processo no qual não haja pronúncia, com direito à diferença, se absolvido”.

Mais ainda: o processo penal, para réu prêso, é célere, pois a instrução criminal ou sumário de culpa só pode durar 20 dias (*Art. 201 do C.P.P.*: “As testemunhas de acusação serão ouvidas dentro do prazo de 20 dias quando o réu estiver prêso e de 40 dias, quando solto”).

Destarte, não é imprescindível que o funcionário público fuja e se homizie alhures, porque, no curto prazo de 20 dias, êle tem a sua situação resolvida. Mas, se foge, o mesmo faz opção: ou escapa ao constrangimento da prisão, ou arca com a responsabilidade do abandono do cargo. Êsse último risco, êle prevê e aquiesce, pois, do contrário, não fugiria. Note-se que, atualmente, já não há o menor resquício de razão para o funcionário fugir, de vez que, pela recente Lei n.º 5.349, de 3/11/1967, não existe mais prisão preventiva obrigatória.

10. Submetido a inquérito administrativo, durante êste, o funcionário ficará afastado, caso queira voltar ao serviço: “Funcionário público — Reassunção — A autoridade que determinar a instauração de processo por abandono de cargo deverá impedir o reinício do exercício pelo funcionário acusado, até a conclusão do mesmo” (*DASP.*, Proc. n.º 1.902/51, *Rev. Dir. Admin.*, vol 25, pág. 312). Contudo, se tiver ocorrido prescrição, a reassunção será imediata: “Funcionário público — Estando prescrita a ação disciplinar por abandono de cargo, pode reassumi-lo sem possibilidade de punição posterior” (Proc. n.º 13.303/64, *DASP.*, *in Rev. Dir. Admin.*, vol. 82, pág. 294).

11. O processo administrativo por abandono de cargo, além das normas gerais, tem, no Estado da Guanabara, o seu roteiro especial traçado na *Portaria “P”*, de 16/10/1964 (*Boletim Oficial do Estado da Guanabara*, de 22/10/64, pág. 12), roteiro que é o seguinte: após a instauração do expediente encaminhado à Comissão constituída e a designação do Secretário, o Presidente determinará as providências para a imediata publicação dos Editais de Chamada do indiciado por 10 dias, no órgão oficial. Concomitantemente com a publicação desses Editais, a Comissão tomará providências no sentido de ser localizado o servidor faltoso, mediante diligências na residência dêle (poderá mandar, inclusive, assistente social), contatos com o Agente do Pessoal onde estiver lotado o funcionário ausente, informações a serem colhidas à Divisão de Inspeção Médica, a fim de que se esclareça se se trata de alienação mental ou de outra doença, de tudo fazendo constar, por Certidão, a ser anexada aos autos.

Após esgotadas tôdas as diligências acima descritas ou outras que couberem, tendo sido certificadas tôdas as providências e não tendo sido atendidas as aplicações dos Editais de Chamada,

o indivíduo que estiver em lugar incerto, será citado por edital, publicado no órgão oficial por 15 dias.

Não sendo atendidos os Editais de Chamada e de Citação, a Comissão considerará revel o indiciado, e o Presidente da mesma, *ex officio*, designará um funcionário efetivo para se incumbir da defesa do acusado, podendo o Presidente mandar assessorar o defensor por outro funcionário do Estado, bacharel em Direito, de preferência Assistente Jurídico.

Quando, no correr do processo administrativo, se fizer menção a licenciamentos recentes para tratamento de saúde, sem especificação da doença, deverá ser oficiado à Divisão de Inspeção Médica, solicitando informes amplos sôbre a matéria. Assim se esclarecerão possíveis casos de irresponsabilidade, por alienação mental, bem como as mesmas informações deverão ser solicitadas, quando o indiciado se apresentar, alegando motivo de doença, para justificar as faltas consecutivas e interpoladas.

Quando ficar positivado tratar-se de servidor acometido de alienação mental, ainda não curatelado, o Presidente da Comissão designará, imediatamente, um curador *ex officio*.

Finalmente, nos casos em que o indiciado, ou seu representante legal, comparecendo, declarar expressamente (declaração tomada por termo), que não mais deseja reassumir o exercício do cargo, desistindo do direito de defesa, a Comissão deverá ultimar o inquérito e passar, diretamente, ao Relatório.