

ABSOLVIÇÃO PENAL QUE NEGA A AUTORIA DO FATO, MAS GRAFA NA PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA A FALTA DE PROVA COMO FUNDAMENTO, REPERCUTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA

Mauro Roberto Gomes de Mattos

Advogado no Rio de Janeiro. Vice Presidente do Instituto Ibero Americano de Direito Público – IADP, Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Membro do IFA – Internacional Fiscal Association. Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social.

I - INTRODUÇÃO

A influência do Direito Penal no âmbito do Direito Administrativo tem grande relevância para toda a sociedade, pois invade o que é de mais precioso para o indivíduo, que é a sua liberdade, conjugada com o direito de exercer determinado trabalho (munus público).

Imbuído da preocupação com algumas dificuldades que os operadores do direito esbarram quando da aplicação dos efeitos da absolvição penal ou a sua desconsideração por parte de alguns juízes, que aferroados na independência das instâncias abstraem o raio de alcance de uma sobre a outra, resolvemos trazer ao debate a presente situação.

Essas situações são comuns nas lides forenses, como também nos procedimentos disciplinares.

Ora, o poder-dever de punir encontra limites traçados pelo direito e pelos valores morais.

Não é dado ao julgador a faculdade discricionária de ignorar que em um Estado Democrático de Direito os fatos (primazia da realidade) não poderão ser alterados para alcançar a dignidade penal do indivíduo, com o intuito de haver punição, mesmo que não ocorra o delito.

Tanto o direito penal, como o administrativo, buscam em seus independentes e autônomos procedimentos a busca da verdade, para que em nome dela possam tipificar a infração, com o objetivo de uma futura punição, ou que a absolvição surta o devido efeito legal.

Com extrema felicidade Miguel Reale Júnior¹ deixou grafado a administrativização do Direito Penal, para quem, *verbis*:

“A administrativização do Direito Penal torna a lei penal um regulamento, sancionando a inobservância a regras de conveniência da Administração Pública, matérias antes de cunho disciplinar. No seu substrato está a concepção pela qual a lei penal visa antes a ‘organizar’ do que a proteger, sendo, portanto, destituída da finalidade de consagrar valores e tutelá-los.

Diversamente, em um Estado de Direito Democrático, a configuração penal – por se constituir na forma mais gravosa de interferência, com custos elevados ao infrator e também à sociedade – deve se ater aos fatos que atinjam valores por via de uma conduta efetivamente lesiva destes valores.

A intervenção penal deve ser aquela necessária, como único meio, forte, mas imprescindível, para a afirmação do valor violado, e para a sua proteção, visando à manutenção da paz social.”

Tem-se, pois, que a punição do agente público que sucumbe ao ilícito criminal deverá ser exemplar, guardando sintonia com a gradação da pena estipulada pela lei.

Todavia, se a sua conduta for ilibada, com a mesma intensidade que se pretende punir o criminoso, o Estado deverá ter o mesmo rigor para que

¹ Miguel Reale Júnior, *Instituições de Direito Penal*, vol.1, ed. Forense, 2004, fls 21/22.

fique nítido o reflexo positivo para o inocente, que poderia estar no lugar e na hora errada, mas não sucumbiu ao delito, cometendo conduta proba.

Essa é a nossa preocupação, qual seja, o inocente que é absolvido na esfera criminal, onde fica suficientemente provado a negativa de autoria do fato investigado ou a sua inexistência, não poderá ser punido na esfera administrativa, mesmo que a parte dispositiva do *decisum* estipule que a absolvição se deu com lastro no Art. 386, VI do CPP.

Não pode o inocente ser molestado com a pena capital na esfera administrativa ou outra sanção de menor graduação, se não obrou ilícito ou cometeu ato que pudesse desabonar a sua condição de agente público.

Este não é o direito que sonhamos para os nossos filhos, porquanto acima de tudo está a dignidade e o eterno compromisso com a busca da verdade real, onde o inocente não pode ser alçado a incômoda situação de receber uma punição injusta ou indevida.

Escrevemos anteriormente o reflexo da decisão penal no âmbito do direito administrativo,² onde foi discorrida a hipótese da radiação direita do primeiro sobre o segundo, quando neste o mérito é julgado.

Essa situação não é extreme de dúvida, decorrendo do mandamento contido no Art. 126, da Lei 8.112/90, e acompanhado por quase todos os estatutos jurídicos dos servidores públicos estaduais e municipais.

Em nosso trabalho anterior, deixamos registrado, logo no início, que é “de crucial importância que haja uma simetria entre a decisão judicial que absolve o réu, adentrando o mérito dos ilícitos imputados ao servidor público, e o posicionamento adotado pelo órgão administrativo”.

Essa reflexão embrionária se deu pelo fato de nem sempre os advogados observarem que a absolvição criminal, com base no Art. 386, VI, do CPP, é rechaçada pela instância administrativa, que em nome da independência

² Mauro Roberto Gomes de Mattos, “Do Reflexo da Decisão Penal no Âmbito do Direito Administrativo”, RDA 217:45.

das instâncias promove, em vários casos, a demissão ou outra sanção, mesmo que os fatos sejam idênticos e tenham sido descaracterizados.

Não resta dúvida que estes posicionamentos administrativos, quando discutidos sob o frio e congelado aspecto literal do título judicial, encontram respaldo jurisprudencial das mais altas Cortes, que respeitam o incontroverso fato de que a punição das instâncias são desatreladas umas das outras.

Sucedem que, se na parte da fundamentação da decisão judicial ficar consignado de maneira clara, mesmo que não exaustiva, que houve negativa do fato ou a sua inexistência, os operadores do direito não poderão se furtar em fazer justiça, utilizando a carga declaratória da sentença para absolver o acusado também no processo disciplinar.

Isso é que o direito espera das Comissões Disciplinadas.

II – INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS E OS SEUS NATURAIS REFLEXOS EM ALGUMAS SITUAÇÕES JURÍDICAS

Não se discute a independência das instâncias, visto que este fato é incontroverso e funciona como uma garantia para a sociedade de que as infrações penais, administrativas e civis serão averiguadas pelo poder competente, com a devida e necessária liberdade.

Ocorre, que o direito como ciência evolui a cada dia, não sendo atualmente absoluto o dogma da independência das instâncias em determinadas situações jurídicas, tendo em vista que a autoria e o fato podem estar atrelados a uma outra instância, refletindo uma delas sobre as demais. Mesmo sendo exceção à regra, o certo é que esta situação não é inusitada e nem decorre da nossa imaginação.

O temperamento com que deve ser interpretado o dogma da independência das instâncias, que estamos defendendo, em determinados casos,

se interliga com a própria peculiaridade do fato investigado, que, dada a sua característica, influencia diretamente mais de uma instância, sem que com isto haja abalo no alicerce das respectivas áreas.

Exemplo do afirmado é extraído no HC nº 81.324/SP, sob a relatoria do Min. Nelson Jobim, onde a ação penal havia sido instaurada por representação do Banco Central do Brasil, que não aguardou o julgamento de recurso administrativo de determinado ente financeiro. Ao ser provido o recurso administrativo, o ilícito que foi vislumbrado na instância inaugural interna e agasalhado pelo judiciário quando do recebimento da denúncia penal, já não existia, tornando-se natimorta a persecução penal. Desaparecendo o crime contra o Sistema Financeiro Nacional do paciente, o STF acolheu o trancamento da ação *sub-oculis*, por inexistir o elemento subjetivo do tipo:

“Hábeas corpus. Penal. Processo penal. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Representação. Denúncia, Processo administrativo. Arquivamento. Ação penal. Falta de justa causa. Denúncia por crime contra o Sistema Financeiro Nacional oferecida com base exclusiva na representação do Banco Central. Posterior decisão do Banco determinando o arquivamento do processo administrativo, que motivou a representação. A instituição bancária constatou que a dívida, caracterizadora do ilícito, foi objeto de repactuação nos autos da execução judicial. O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional referendou essa decisão. O Ministério Público, antes do oferecimento da denúncia, deveria ter promovido a adequada investigação criminal. Precisava, no mínimo, apurar a existência do nexo causal e do elemento subjetivo do tipo. E não basear-se apenas na representação do Banco Central. Com a decisão do Banco, ocorreu a falta de justa causa para prosseguir com a ação penal, por evidente atipicidade do fato. Não é, portanto, a independência das instâncias administrativas e penal que está em questão. Habeas deferido”³

Em outra robusta passagem, o STF, desta feita pelo HC nº 81.611, que teve o voto condutor do Min. Sepúlveda Pertence, por maioria, em

³ STF, Rel. Min. Nelson Jobim, HC nº 81.324/SP, 2ª T., DJ 23/3/2002, p. 114.

sessão plenária, estabeleceu que recurso ao Conselho de Contribuintes poderia reverter uma situação embrionariamente tida como de sonegação fiscal, além do fato de que o pagamento do tributo após a apreciação da citada instância recursal extingue a punibilidade do agente, trancando, por isto, a denúncia:

“Concluído o julgamento de hábeas corpus no qual se questionava a possibilidade do oferecimento e recebimento de denúncia pela suposta prática de crime contra a ordem tributária, enquanto pendente de apreciação a impugnação do lançamento apresentada em sede administrativa (v. Informativos 286 e 326). O Tribunal, por maioria, acompanhou o voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, relator, no sentido do deferimento do hábeas corpus, por entender que nos crimes do art. 1º da Lei nº 8.137/90, que são materiais ou de resultado, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade, configurando-se como elemento essencial à exigibilidade da obrigação tributária, cuja existência ou montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede administrativa. Considerou-se, ainda, o fato de que, consumando-se o crime apenas com a constituição definitiva do lançamento, fica sem curso o prazo prescricional. Vencidos os Ministros Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Carlos Britto, que indeferiam a ordem. Precedente citado: HC 77002/RJ (DJU de 2.8.2002).”⁴

Mesmo as instâncias sendo independentes no caso de sonegação fiscal, sem que o crédito tributário esteja constituído, não há como ultrapassar o que vem descrito no Art. 142, do CTN, que outorga à autoridade administrativa tal tarefa, através do lançamento:

“... O Juiz, analisando o caso concreto deve-se limitar a dizer o direito aplicável. Julgada indevida a exação, a verificação do fato gerador e da base de cálculo do tributo, bem assim do quantum devido, para efeito de levantamento dos valores depositados no curso da ação, compete exclusivamente às autoridades fiscais, nos termos

⁴ STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, HC nº 81.611, Pleno, Informativo nº 333/STF

*do art. 142 do CTN, não cabendo ao Judiciário imiscuir-se nessa área.2. No caso de haver levantamento a maior, conforme for oportunamente averiguado em procedimento administrativo, está o fisco autorizado a cobrar a diferença, não se lhe aplicando, para essa finalidade, o prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do CTN...”*⁵

Não obtendo elementos suficientes, o representante do *parquet* não poderá propor temerária ação penal, visto que em determinadas situações jurídicas somente com o encerramento da instância administrativa, com o esgotamento de todos os recursos, é que estará a instância penal munida de condições legais para ser instaurada.

Justamente nessa seara, a 2ª Turma do STF, atenta a evolução do direito, pontificou:

*“Recurso extraordinário. Ministério Público. Inquérito administrativo. Inquérito penal. Legitimidade. O Ministério Público (1) não tem competência para provar inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; (2) nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; (3) pode propor ação penal sem o inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Recurso não conhecido.”*⁶

Como visto, foram declinados importantes precedentes do STF que, apesar de não desnaturarem a independência das instâncias, adicionaram temperamentos em determinados casos, para que o livre exercício da esfera penal, quando necessita, para configuração de tipificação do delito, do término da apuração da esfera administrativa.

Por outro flanco, a esfera penal também influencia a administrativa, quando é negada a autoria do fato.

⁵ TRF-4ª Região, Rel. Des. Fed. Tânia Escobar, ARAI nº 96.06.62061-4/RS, 2ª T., julgado em março/1997.

⁶ STF, Rel. Min. Nelson Jobim, RE nº 233.072-4/RJ, maioria, 2ª T.

Essa é a leitura do art. 126 da Lei 8.112/90:

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

Os precedentes judiciais também comungam da mesma hóstia, como se verifica:

“RMS. Administrativo. Servidor Publico. Demissão. Fato Inexistente. Sentença Criminal. Art. 386, I – CPP.

1- A absolvição na forma do art. 386, I, do Código de Processo Penal, através de sentença criminal transitada em julgado, impede tome a instância administrativa por base aqueles mesmos fatos, reputados inexistentes, para sancionar pretensa falta residual, ainda que estejam eles tipificados na legislação local como aptos a ensejar a pena de demissão. Incide a letra do art. 1.525 do Código Civil.

2 – RMS provido.”⁷

“Recurso Especial. Administrativo. Servidor publico. Demissão. Reintegração com base em absolvição criminal. Prescrição que não ocorreu. O servidor foi demitido com base em suposto crime por ele cometido. Seu pretense direito a reintegração nasce com a absolvição criminal, ocorrida, na espécie, na revisão criminal transitada em julgado em 1986.

- tendo o autor ajuizado a ação em 1986, não há falar-se em prescrição.

- recurso do estado improvido.”⁸

“RMS – Administrativo – Funcionário Público – Demissão – Jurisdições penal e Administrativa – As jurisdições intercomunicam-se, prevalece a jurisdição penal; esta projeta sempre a verdade real. não se admitem presunções, como na jurisdição civil. negado o fato, ou a autoria, repercute de modo absoluto em todas as áreas jurídicas. absolvição por outro

⁷ STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ROMS nº 10654/SP, 6ª T., DJ de 15/10/2001, p. 299.

⁸ STJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, RESP nº 102009/ES, 5ª T., DJ de 16/12/1996, p. 50 §20.

fundamento não afeta o resíduo administrativo. pode, pois, ocorrer a demissão do funcionário público.”⁹

“Administrativo. Mandado de Segurança. Ex-servidor Público Estadual. Anulação do Ato de Demissão. Juízo Administrativo. Vinculação. Instância Criminal. Negativa da Autoria. Teoria dos Motivos Determinantes.

- A repercussão da absolvição criminal na instância administrativa somente ocorre quando a sentença proferida no Juízo criminal nega a existência do fato ou afasta a sua autoria...”¹⁰

“Administrativo. Ex-servidor Público Estadual. Anulação do Ato de Demissão. Prazo prescricional. Termo a quo. Juízo administrativo. Vinculação. Instância criminal. Negativa da autoria. Teoria dos Motivos Determinantes.

- Em se tratando de ação de reintegração no serviço público em razão da absolvição perante o Juízo Criminal, o prazo prescricional começa a fluir a partir da data do trânsito em julgado da sentença penal absolutória dos fatos que justificaram a aplicação da pena de demissão e não do ato demissório.

- A repercussão da absolvição criminal na instância administrativa somente ocorre quando a sentença proferida no Juízo criminal nega a existência do fato ou afasta a sua autoria.

- O envolvimento de soldado da polícia militar estadual em movimento grevista atentatório à segurança da população, quando proclamada a negativa da autoria perante o Juízo Criminal, não constitui motivo para convalidar o ato de demissão do serviço público.

⁹ STJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, ROMS nº 4561/SP, 6ª T., DJ de 23/9/1996, p. 35 152.

¹⁰ STJ, Rel. Min. Vicente Leal, ROMS nº 8806/SP, 6ª T., DJ de 21/2/2000, p.188.

- *Recurso especial conhecido e provido.*”¹¹

Estas magistrais lições do STJ comprovam que o juízo penal, quando absolve o réu, negando a autoria do fato, cria reflexo imediato para a instância administrativa, fazendo, inclusive, cessar demissão, se foi levada à efeito sobre os mesmos fatos.

III – DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR VISAM PUNIR SOMENTE O AGENTE PÚBLICO INFRATOR

O direito penal e o direito administrativo disciplinar funcionam para proteger os valores fundamentais à convivência social do servidor público para com o ente público, onde a lealdade e a probidade são traços exemplares na relação jurídica entre as partes.

O poder-dever de punir encontra limites na própria conduta do acusado, que se não cometer ilícito reprimido pela lei penal está imune a respectiva condenação, pois não há crime sem que haja previsão legal.

O princípio é o mesmo no direito disciplinar, pois a era da verdade sabida foi rechaçada pela verdade real, extraída após o *due process of law*, com a obtenção de provas lícitas, permitida pelo ordenamento Constitucional.

Um dos grandes alentos que o acusado traz em sua alma é que, na Justiça, tem a garantia de um processo técnico, que será julgado por um Juiz imparcial e preparado intelectualmente para exercer a sua sagrada missão de julgar, com a utilização de todos os meios de provas admitido em direito.

Na instância administrativa, apesar de imperar também o princípio da imparcialidade, do contraditório e da ampla defesa (Art.5º, LV, da CF), em alguns casos não são verificadas tais prerrogativas, pois Comissões

¹¹ STJ, Rel. Min. Vicente Leal, RESP nº 249411/SP, 6ª T., DJ 21/8/2000, p. 181.

Disciplinares, comprometidas com interesses alheios, por vezes pune o investigado em cumprimento a ordem superior.

Não resta dúvida que na instância judicial existe um rigorismo formal que permite ao réu defender-se da melhor forma, com o objetivo da extração da verdade.

Já na esfera administrativa, mesmo tendo uma liturgia legal também voltada para a busca da verdade real, nem sempre os trabalhos são levados à efeito com isenção.

Não se atea lama nos servidores públicos responsáveis pelas Comissões Disciplinares, apenas é sublinhado que em alguns casos o sentimento impuro pode contaminar uma apuração isenta.

Mais uma vez, ratificamos nosso pensamento em outro trabalho:

“Trata-se de importante princípio regulador da responsabilidade do servidor público, pois apesar das instâncias serem independentes, não resta dúvida de que na órbita penal existe maior rigor técnico na apuração do cometimento de atos capitulados no código repressivo, tendo o Ministério Público como titular da ação e um Juiz de Direito para proferir o veredicto, além de ser esgotado o contraditório. Por si só, se verifica o avanço do legislador administrativo, pois o processo interno é formado por comissão de 3 (três) servidores, que necessariamente não precisam dominar a ciência jurídica, além de não possuírem a devida especialização profissional de julgar, não se verificando nesta esfera função jurisdicional ampla.”¹²

¹² Mauro Roberto Gomes de Mattos, “Direito Administrativo e Direito Penal”, “Compêndio de Direito Administrativo – Servidor Público”, ed. Forense, 1998, p. 424/425.

Como dito por Carnelutti, e ainda vivo em nossas memórias, “o encargo do direito é colocar em ordem a sociedade”¹³, não se admitindo, via de consequência, que ele seja fracionado, para ajustar a mesma situação em uma esfera e, sobre os mesmos fatos, não influenciarem na outra instância.

Mesmo as instâncias sendo independentes, como já dito alhures, se imbricam quando os fatos apurados em determinada órbita são imperiosos para a própria tipificação na outra instância.

Com tintas fortes, Adilson Abreu Dallari faz coro forte contra a instauração de procedimentos que molestam gratuitamente o cidadão sem que haja infração tipificada:

*“Não é dado à Administração Pública nem ao Ministério Público simplesmente molestar gratuitamente e imotivadamente qualquer cidadão por alguma suposta eventual infração da qual ele, talvez, tenha participado. Vale também aqui o princípio da proporcionalidade inerente ao poder de polícia, segundo o qual só é legítimo o constrangimento absolutamente necessário, e na medida do necessário.”*¹⁴

J. Guimarães Menegale,¹⁵ em curtas, porém sólidas palavras, em laço de extrema felicidade aduz:

“O uso do poder disciplinar não é arbitrário: não o faz a autoridade quando lhe aprouver, nem como preferir.”

Mais a frente o citado mestre expurga qualquer dúvida sobre a matéria quando conclui:

¹³ Francesco Carnelutti, “Direito Processual Civil e Penal”, vol. II, ed. Péritas, 2001.

¹⁴ Adilson Abreu Dallari, *Limitações à atuação do Ministério Público*, ed. Malheiros, 2001, p. 38.

¹⁵ J. Guimarães Menegale, *O Estatuto dos Funcionários*, vol. II, ed. Forense, 1962, p. 637.

“Necessária é, para a aplicação do poder disciplinar, a ocorrência de irregularidade no serviço, quer dizer, explicitamente ‘falta aos deveres da função’ e não portanto, mera insuficiência profissional genérica.”¹⁶

Portanto, tanto no procedimento disciplinar como no penal é necessário uma justa causa, que em alguns casos está atrelada à conclusão de uma outra instância.

Assim, a decisão de natureza administrativa poderá estar intimamente vinculada com a imputação de ilícito penal, que se não for devidamente comprovada, quanto aos fatos ou a própria autoria, não estará caracterizado.

Repelido o fato tido como criminoso, independentemente das instâncias, ele deverá ser sobrepujado pela outra. Por não sobrar resíduo para a punição. Pensar de modo diverso é permitir o *bis in idem* de acusações, mesmo que ela já tenha sido abstraída pelo direito.

IV – SENTENÇA PENAL QUE NEGA A AUTORIA DO FATO, MAS GRAFA NA PARTE DISPOSITIVA A FALTA DE PROVA POSSUI A FORÇA DE EXCLUIR A CONDENAÇÃO ADMINISTRATIVA.

Após a presente explanação dos tópicos anteriores, onde nos preocupamos em deixar expresso que as instâncias, mesmo independentes se imbricam, influenciando uma sobre a outra se os fatos forem os mesmos.

O limite ao *jus puniendi, in casu*, se abriga no princípio da intervenção legalizada a que informam os ilustres Muñoz Conde e Garcia Aran¹⁷, para evitar o arbítrio e pugnar pela segurança jurídica.

¹⁶ J. Guimarães Menegale, *O Estatuto dos Funcionários*, vol. II, ed. Forense, 1962, p. 638.

¹⁷ Muñoz Conde e Garcia Aran, *Derecho Penal, parte general*, Valência, Tirant lo Blanc, 1996, p. 107.

A sociedade não pode permitir que reine a insegurança jurídica, pois a função de punir só deve ser dirigida ao infrator. Caracterizada a ausência de ilícito, apurado em uma das instâncias, por suposto que haverá a necessária e justa radiação para as demais, pois o Estado não possui a faculdade de punir o agente público que não é devasso ou que não praticou o ato ilícito previsto em lei.

Separados os dois ramos do direito (penal e administrativo), eles se comunicam. Todavia, um influencia o outro, não sendo os mesmos divorciados, pois quando se estuda autoria e se adentra em fatos idênticos há o devido e necessário contato das instâncias, com os reflexos legais que a segurança jurídica exige.

Exatamente em nome da legalidade e da segurança jurídica é que resolvemos discorrer sobre os efeitos da decisão penal quando ela nega a autoria do fato, mas sua parte dispositiva (final) deixa registrado que a respectiva absolvição foi decorrente da insuficiência de provas (Art. 386, VI do CPP).

Isto porque, é mais do que sabido que se a sentença absolver o réu por não existir prova suficiente para a condenação, em sua parte dispositiva, na forma do Art. 386, VI do CPP, a instância administrativa não está obrigada a acompanhar esta esteira, em razão da falta de prova não negar a autoria e nem o fato.

Quanto a isto não discrepa a jurisprudência dominante:

“Administrativo. Servidor Público. Absolvição. criminal por falta de prova. continuação do procedimento administrativo. Demissão. Legalidade.

1. A absolvição baseada no art. 386, VI do CPP (por insuficiência probatória) independe da existência do fato ou da sua autoria, não vinculando, destarte, a via administrativa.

2. Sugerida a penalidade pelo Conselho Superior de Polícia, após regular procedimento administrativo, válido é o ato de demissão.

3. *Recurso não provido.*”¹⁸

“Administrativo. Servidor Público. Demissão. AÇÃO PENAL. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À REINTEGRAÇÃO.

1. A absolvição fundada no art. 386, VI, do Código de Processo Penal (insuficiência de provas) não vincula a esfera administrativa, sendo inviável a sua utilização com vistas à reintegração do servidor.

2. *Recurso improvido.*”¹⁹

“Administrativo. Processo Administrativo. Demissão. Absolvição no juízo criminal por insuficiência.

I – A absolvição do funcionário por insuficiência de provas no juízo criminal não vincula a sede administrativa. O decisum, neste caso, não pode ser utilizado como argumento para a readmissão do funcionário.

*II – Impossibilidade do recorrente argüir, em sede de recurso ordinário, questão de fato, já conhecida quando da impetração, não suscitada e não discutida no processo. Devem as partes apresentar todos os fundamentos do pedido na primeira oportunidade.
Recurso desprovido.*”²⁰

Estes arestos são uníssonos em fixar que a absolvição no Juízo criminal por insuficiência de prova não vincula a instância administrativa.

Nenhum dos julgados declinados enfrentou a hipótese que trazemos no presente ensaio, que é justamente quando a instância criminal afasta

¹⁸ STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, ROMS nº 8229/RS, 5ª T., DJ de 19/10/98, p. 116.

¹⁹ STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ROMS nº 5241/SP, 6ª T., DJ de 29/5/2000, p. 182.

²⁰ STJ, Rel. Min. Felix Fischer, ROMS nº 11977/SP, 5ª T., DJ de 24/9/2001, p. 322.

a autoria na fundamentação da sentença, concluindo, todavia, em sua parte dispositiva a insuficiência de provas.

Nessas circunstâncias haverá ou não reflexo e vinculação na instância administrativa?

Existindo a negativa de autoria na fundamentação do título judicial penal, mas na parte dispositiva o magistrado se socorre da falta de provas, entendendo que deverá ocorrer a devida radiação na instância administrativa, tendo a força motriz de reverter a demissão ou outra punição, se os fatos averiguados forem os mesmos.

Isso porque, segundo a norma inserta no Art. 458 do CPC, a sentença é composta de relatório, *fundamentação* e dispositivo, e, tendo a fundamentação da r. sentença criminal negado a autoria do fato, aplica-se à hipótese em tela o Art. 126, da Lei nº 8.112/90, devendo ser afastada a responsabilidade administrativa do servidor absolvido na esfera penal.

Corroborando a importância da motivação da sentença, o consagrado José Frederico Marques, registrou:

“A motivação revela como o juiz interpretou a lei e os fatos, pelo que deve vir exposta com clareza, lógica e precisão, a fim de que as partes tenham perfeito conhecimento da solução dada ao litígio e às controvérsias surgidas na discussão deste.”²¹

Com o mesmo brilho segue a autorizada visão do Prof. Sérgio Fadel:

“Os fundamentos, já na parte decisória, constituem a parte da sentença em que o juiz, analisando os arrazoados das partes e as provas com que instruíram nas alegações, estabelece as premissas e as razões de sua decisão.”²²

Agrega-se às doutrinas citadas, a rica pena de Cândido Rangel Dinamarco:

²¹ José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, V. III, 1ª ed., 1997, Ed. Bookseller, p. 49.

²² Sérgio Sahione Fadel, *Código de Processo Civil Comentado*, tomo III, 3ª ed., Ed. José Konfino, 1975, ps. 22/23.

*“Na dinâmica dos processos e dos procedimentos, prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento.”*²³

Portanto, quando o eminente julgador utiliza-se de fundamentos que negam a autoria do fato delituoso, eles se integram ao *decisum* e radiam seus efeitos na instância administrativa.

Pensar contrariamente ao exposto é conduzir o título judicial somente a parte dispositiva, desqualificando a fundamentação.

Tanto a fundamentação como a parte dispositiva do julgado se incorporam na decisão judicial, fazendo coisa julgada quando não é mais possível ingressar com recurso contra a mesma.

Assim sendo, necessitando a sentença da fundamentação para que haja a sua conclusão, como abstraí-la de um todo?

Se for feito um divisor de águas e se admitir que a fundamentação não faz parte do título judicial, estar-se-ia defendendo a nulidade, pois a sentença terá que ter três elementos básicos: relatório, fundamentação e decisão.

Ora, a Lei de Introdução ao Código Civil, no seu art. 5º estipula que na aplicação da lei, “o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Sendo certo que fazendo lei entre as partes conflitantes o título judicial, deverá, *data venia*, o magistrado extrair toda a verdade do que foi decidido, para que as radiações dos seus efeitos sejam amplos, guardando a sintonia com as provas e a fundamentação que serviu como suporte para a construção da convicção do órgão julgador.

Do voto do eminente Min. Sálvio de Figueiredo em RSTJ 129/364, se extrai a seguinte lição da interpretação humana do magistrado, que não deve ser um formalista da lei:

“A vida, enfatizam os filósofos e sociólogos, e com razão, é mais rica que nossas teorias. A jurisprudência, com o aval da doutrina, tem refletido as mudanças do

²³ Cândido Rangel Dinamarco, “*Instituições de Direito Processual e Civil*”, V. III, Malheiros Editores, 2001, p.43.

comportamento humano no campo de direito de família. Como diria o notável De Page, o juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida. O direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam e se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil.”

Independentemente da parte dispositiva ou não da absolvição criminal, o que importa para o direito administrativo é a negativa da existência do fato ou de sua autoria.

Verificada, na fundamentação ou na parte dispositiva, nasce a regra do Art. 126 da Lei 8.112/90.

V – DO DESPERTAR DE UMA NOVA JURISPRUDÊNCIA – RESPEITO A PARTE DA FUNDAMENTAÇÃO DO JULGADO CRIMINAL

Desperta a jurisprudência, de forma tímida ainda sobre a hipótese *sub-oculis*. Este lento despertar se deve ao fato dos advogados ainda não exercitarem, na sua plenitude, do direito aqui suscitado.

Em sede doutrinária, em nosso recente “O limite da Improbidade Administrativa – Direitos e Garantias dos Administrados”, ed. América Jurídica – 2004, p. 395, consignamos:

“Mesmo que o Judiciário afaste a negativa de autoria e fundamente a absolvição do servidor na falta de prova,

impõe-se considerar este fato na esfera administrativa, pois a conclusão do acórdão não afasta a verdade, que seria a configuração do ato lícito e não ilícito.”

Por sua vez, segue importante aresto do TRF – 2ª Região, sob a relatoria do eminente Des. Fed. Antônio Cruz Netto que determinou a reintegração do agente público por ausência de prova na esfera criminal:

“Administrativo. Servidor Público. Processo Administrativo Disciplinar. Demissão. Capitulação dos fatos como crime. Absolvição na esfera penal por ausência de prova dos fatos, sentença absolutória da qual não houve recurso. Repercussão na esfera cível. possibilidade. inexistência de resíduo para punição. reexame dos fatos pelo Judiciário. Questões relevantes que a comissão de processo disciplinar não levou em consideração. Endosso de cheque. Inexistência. Pressuposto equivocado que embasou a motivação do ato administrativo. Nulidade do Ato.

I – Estando caracterizado que a demissão do Servidor Público deu-se por ato que configuraria ilícito, não só Administrativo, mas também PENAL, e uma vez absolvido ele no Processo Penal por inexistência de prova dos fatos, impõe-se considerar essa circunstância na esfera cível, visto que a conclusão do juízo criminal corresponde, em verdade, a autêntica negativa de autoria, pois o que não é provado é tido legalmente como incorrido.

II – Segundo abalizada doutrina, ontologicamente, os ilícitos penal, administrativo e civil são iguais, pois a ilicitude jurídica é uma só. “Assim não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto do ilícito penal” (Cf. Nelson Hungria “Ilícito Administrativo e ilícito penal” RDA, seleção histórica, 1945-1995, pg.15).

III – O judiciário pode reexaminar o ato administrativo disciplinar sob o aspecto amplo da legalidade, ou seja para “aferir-se a confirmação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais de Direito” (Seabra Fagundes, “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, pg. 148 e segs) e, para isto, é imperioso

que examine o mérito da sindicância ou processo administrativo, que encerra o fundamento legal do ato, podendo verificar se a sanção imposta é legítima, adentrando-se no exame dos motivos da punição.

IV – Resultando das provas dos autos, que são as mesmas produzidas no Processo Administrativo disciplinar e no processo criminal, que o ato de demissão do servidor público carece de motivação compatível com o que se apurou, ante a ausência de elementos probatórios dos fatos imputados a ele, revela-se inválido o ato administrativo, mesmo porque a Comissão de processo Disciplinar partiu de um pressuposto equivocado, que seria endosso do cheque que não existiu

V – Apelação e remessa necessária improvidas.²⁴

Agrega-se ao brilho do último acórdão transcrito, o seguinte julgado, que teve como relator o ilustre e culto Des. Fed. Sérgio Feltrin Corrêa:

“Administrativo e Processual Civil. Demissão de Servidor Público. Absolvição criminal. ausência de provas. Efeitos sobre a esfera administrativa. Execução. correção monetária. juros de mora.

- Pacífico o entendimento de que somente a absolvição criminal fundamentada na negativa da autoria ou da existência de crime faz, automaticamente, coisa julgada nas esferas cível e administrativa.

- Entretanto, é possível que elementos revelados ao longo do processo penal possam evidenciar a ilegalidade da demissão do servidor, ainda que resulte, afinal, em mera absolvição por ausência de provas, pois, ainda que inexistente o aludido efeito automático da decisão criminal, não se pode desconsiderar, peremptoriamente, fatos que poderão vir a influenciar no controle jurisdicional do ato administrativo.

- Logo, inequívoco que o prazo prescricional para a pretensão revisional do ato demissionário deva ser

²⁴ TRF – 2ª Região, Rel. Des. Fed. Antônio Cruz Netto, AP. Cível nº 283714, 2ª T., DJ de 3/9/2003, p. 178.

iniciado com o trânsito em julgado da decisão absolutória, qualquer que seja o seu fundamento.

- A sistemática utilizada na EBCT no controle dos valores recebidos exigia que as importâncias entregues ao tesoureiro acusado fossem precedidas de recibo nos livros contábeis próprios desta Empresa. Não verificado o recebimento das faturas, inexistindo o devido registro, não há como concluir ser o servidor o autor da infração.

- Ademais, fatos como a dúvida quanto ao próprio valor tido como desviado e a ausência de diligências administrativas no sentido de descobrir se as faturas foram ou não quitadas vêm a infirmar a condenação do servidor, ante a inexistência de qualquer motivo concreto, além do simples exercício do cargo de tesoureiro, que viesse a apontá-lo como o autor da infração. Cumpre, portanto, reconhecer a ilegalidade de sua demissão.

- Descabimento da retroatividade dos efeitos da anulação do ato demissionário ao momento da suspensão preventiva do agente público, tratando-se de mero procedimento administrativo cautelar.

- Execução das quantias vencidas na forma do art. 730 do CPC, cumprindo, por outro lado, ser procedida a imediata implantação e pagamento da pensão da Autora.

- Correção monetária incidente desde quando devidas as parcelas face ao caráter alimentar das prestações.

- Tratando-se a reintegração de reconhecimento da ilegalidade da demissão, os juros de mora são devidos desde a publicação no órgão oficial do ato administrativo que a efetivou. Remessa Necessária e apelo da União Federal improvidos. Parcial provimento ao recurso da parte autora.”²⁵

Também é digno de registro a decisão proferida na AP. Cível 1233522, Rel. Des. Fed. Francisco Pizzolante, 3ª T., TRF – 2ª Região, DJ de 29/3/2001, *litteris*:

²⁵ TRF – 2ª Região, Rel. Des. Fed. Sérgio Feltrin Corrêa, AP. Cível nº 158972, 2ª T., DJ de 17/1/2002.

“Processual Civil – Administrativo – Embargos de Declaração – Afastamento da Prescrição – Admitida a existência de omissão e contradição – Reintegração – Inexistência dos motivos que ensejaram a demissão.

- Afastada a prescrição pronunciada pelo Juízo a quo estando a causa madura, poderia ter examinado as questões de mérito não apreciadas e decididas por aquele Juízo.

- Funcionários demitidos a bem do serviço público em função de crimes que supostamente teriam praticado. Os fatos foram examinados tanto na esfera administrativa quanto na penal, não tendo sido comprovada a prática de qualquer crime, dando ensejo a absolvição por falta de provas.

- Inexistência de resíduo administrativo que justificasse a demissão, eis que as provas do Processo Administrativo são praticamente as mesmas deduzidas no processo criminal.

- Atribuição dos efeitos infringentes aos presentes embargos de declaração face ao acolhimento da omissão.

- Embargos providos. Sentença reformada.”

Se os fatos discutidos nas instâncias são os mesmos, pouco importa a tipificação da parte dispositiva da sentença criminal que absolveu o réu, tendo em vista que restando incontroverso a negativa do fato ou da autoria, o reflexo é imediato para o direito administrativo, ensejando, inclusive a anulação do ato que demitiu o servidor público, como nos ensina o Min. Felix Fischer:

“Recurso Especial. Administrativo. Violação Ao art. 535, CPC. Inexistência. Processo Administrativo. Absolvição Criminal. Legítima defesa. Efeitos no âmbito administrativo.

I – Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC se o e. Tribunal de origem, sem que haja recusa à apreciação da matéria,

embora rejeitando os embargos de declaração, considera defeito a ser sanado.

II – Os efeitos da absolvição criminal por legítima defesa devem se estender ao âmbito administrativo e civil. Desse modo, tendo sido o autor posteriormente absolvido na esfera criminal em razão do reconhecimento de uma excludente de antijuricidade (legítima defesa real própria), impõe-se, in casu, a anulação do ato que o demitiu do serviço público pelos mesmos fatos.

Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, provido.”²⁶

Se a decisão nega a materialidade dos fatos ou a autoria pouco importa se a sua parte dispositiva contenha como razão o Art. 386, VI do CPP, pois o que torna imperioso para o direito é que foi ofuscada a razão (falta) que ensejou a demissão.

E não é outra a conclusão dos seguintes julgados do STF, que dada a envergadura de seus subscritores, e o tempo em que as causas foram julgadas, estão imortalizadas nos anais do Excelso Sodalício:

*“Réus absolvidos por falta de prova. Inexistência de resíduo para que a punição subsistisse – Súmula nº 18. Recurso conhecido e provido.”*²⁷

*“Funcionário Público – Demissão – Jurisdição Administrativa e Jurisdição Penal – A jurisdição administrativa é independente da criminal podendo subsistir a demissão oriunda de falta grave, apurada em inquérito administrativo, desde que o juízo criminal tenha negado a existência do fato determinante da demissão.”*²⁸

Estes julgados, novos e antigos, funcionam como um alento à segurança jurídica que deve nortear a relação do Estado com os seus servidores, pois o *jus puniendi* não é discricionário, está vinculado à critérios objetivos,

²⁶ STJ, Rel. Min. Felix Fischer, RESP 396756/RS, 5ª T., DJ de 28/10/2003, p.329

²⁷ STF, Rel. Min. Hermes Lima, RE nº 53250/PB, 2ª T., DJ de 19/5/1965, p. 1122.

²⁸ STF, Rel. Min. Rocha Lagoa, RE nº 18510, 2ª t., RDA 51:179.

traçados pela lei e cristalizados pelos magistrados, que são, segundo Aristóteles, a “Justiça encarnada”.

V- CONCLUSÃO

Assim, concluímos que se a parte dispositiva do *decisum* criminal absolver o acusado por falta de provas, mas a sua fundamentação, que antecede a citada parte final (dispositiva), negar a autoria ou o fato, deverá prevalecer a integração da carga declaratória do título, para radiar efeitos na instância administrativa.

Nessa situação, não há como afastar o que vem encartado no art. 126, da Lei 8.112/90, pois o que importa não é o formalismo da sentença, e sim a sua carga declaratória.

Ofende a consciência jurídica punir um servidor que a justiça, após todo o desgaste da esfera criminal, considera inocente.

O inocentado, sobre os mesmos fatos, não poderá ser culpado na instância administrativa, se os fatos e autorias que serviram para puni-lo foram esquarterados na esfera criminal.

O direito não admite mais que o aplicador da norma se engesse ao formalismo, devendo o juiz ser um fiel escravo da verdade, coibindo injustiças e resgatando dignidades, até então vilipendiadas.