FUNCIONÁRIO PÚBLICO — DEMISSÃO — ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO — CONTRÔLE JURISDICIONAL

— Se a justiça criminal entendeu não provado o fato é indiscutível a prevalência da jurisprudência penal sôbre a instância administrativa.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Estado de São Paulo *versus* Alberto Fontoura de Oliveira
Apelação cível n.º 85.158 — Relator: Sr. Desembargador CARVALHO FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 85.158, da comarca de São Paulo, em que é recorrente o Juízo *ex officio*, e são apelantes e apelados a Fazenda do Estado e Alberto Fontoura de Oliveira: Acordam, em Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotado o relatório de fls., complementado a fls., por maioria de votos, negar provimento a todos os recursos, a fim de que subsista a sentença.

Custas na forma da lei.

Não se discute mais, hoje em dia, que o Poder Judiciário não examina o mérito do ato administrativo. Entretanto, de acôrdo com a doutrina e a jurisprudência, daí não se infere que as punições impostas a funcionários sòmente estejam sob contrôle judicial, apenas

no tocante ao aspecto da verificação formal do inquérito administrativo.

Em se tratando de ato fundado em motivos ou pressuposto de fatos indispensáveis, é perfeitamente possível ao Poder Judiciário o exame da ocorrência dêsses pressupostos, para decidir da regularidade dêles. Como ensina Seabra Fagundes, o exame dos motivos do ato administrativo é matéria de legalidade (cf. *O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 2.ª ed., pág. 179). Não se cuida aí da oportunidade ou não do ato, ou de sua conveniência, mas se o ato foi legal no sentido da existência do pressuposto de fato que o legitimaria. E êsse exame, no que tange à legalidade extrínseca ou intrínseca da pena disciplinar aplicada, pode ser feito pelo Judiciário (*Revista dos Tribunais*, vols. 191/691; 199/278; 206/114; 211/449; 232/257; 241/694; *Revista Forense*, vol. 121/415; *Revista de Direito Administrativo*, vols. 24/143 e 153; 25/92).

De outro lado, muito embora assente a tese da independência das chamadas instâncias penal e administrativa, a regra comporta restrições (*Revista dos Tribunais*, vol. 265/566; *Revista de Direito Administrativo*, vol. 41/168). Não pode ser compreendida de modo a permitir que haja contradição nos diversos pronunciamentos, sempre com evidente desprestígio para um dos Poderes do Estado (cf. *Estudo* de Aníbal de Melo Couto. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 37/510). Assim, as conclusões do processo administrativo só poderão subsistir na medida em que não tiverem sido contrariadas pela decisão judicial. Justamente, por êste motivo, é que tudo aconselha que a Administração, sempre que se trate de faltas, que também constituem crimes, suste o inquérito até que se verifique o pronunciamento final da Justiça.

Ora, na espécie, tal não se verificou e viu-se o autor, no inquérito administrativo, punido com a pena de demissão a bem do serviço público, com fundamento no art. 239, ns. II e VII, do Decreto-lei n.º 12.273, de 28 de outubro de 1941, pela prática de crime contra a Administração, fato pelo qual veio a ser absolvido na Justiça Criminal.

A decisão judicial não foi ditada sòmente por falta de provas que autorizassem uma condenação penal, mas, por falta de prova da acusação, isto é, da existência do próprio fato, por isso que a palavra da vítima, sem a coincidência de outros elementos, não basta para convencer da existência do crime. Salientou mais o julgado a estranheza da denúncia do contribuinte, para concluir que as almas danadas estão sempre sôltas e elas não perdoam ninguém (fls.). Se assim é, se a Justiça Criminal entendeu não provado o fato, é indiscutível a prevalência da jurisdição penal sôbre a instância administrativa, onde não mais poderá subsistir o entendimento contrário para justificar a grave penalidade aplicada.

A êsse respeito, como acentuou o Ministro Nélson Hungria, em voto proferido no egrégio Supremo Tribunal Federal (*Revista Forense*, vol. 142/143), se o fato constitui, ao mesmo tempo, ilícito penal e ilícito administrativo, se o funcionário, punido na esfera administrativa, é depois, por ausência de provas da imputação, absolvido no Juízo Criminal, não pode persistir a pena administrativa, a não ser que fique um resíduo de ilícito administrativo, capaz de legitimá-la.

Ora, no caso dos autos, em que as provas do processo administrativo são pràticamente as mesmas coligidas no processo-crime instaurado, afastado o fato principal, oriundo da denúncia não comprovada, não se percebe qualquer outro resíduo de ilícito administrativo que possa continuar legitimando a demissão a bem do serviço público, penalidade aplicada ao autor. Como salientou o douto Magistrado, a conclusão que se impõe, diante do que ficou apurado, é que o contribuinte relapso quis prevalecer-se de uma Administração honesta e rigorosa, para eximir-se ao pagamento de

tributos, mediante a acusação oferecida. Se não logrou êxito fiscal, não deve a denúncia prevalecer através da punição do funcionário, quando a justiça penal repudiou a imputação.

A ressalva constante da decisão inicial, de possível infração a ser punida na via administrativa, evidentemente não podia envolver a gravíssima pena de demissão a bem do serviço público, arrimada precisamente na acusação repelida.

Em conseqüência, decidiu o Magistrado com acêrto, fazendo exata aplicação do Direito à espécie em causa. A sentença recorrida é, assim, mantida por seus jurídicos fundamentos.

Por último, não eram, realmente, devidos os honorários do advogado porque a Administração não agiu dolosa ou culposamente ao processar o autor administrativamente e ao aplicar-lhe a pena que entendeu acertada.

São Paulo, 18 de setembro de 1958. — *Pedro Chaves*, Presidente com voto, vencido. Provia o recurso de ofício e a apelação da Fazenda do Estado para julgar a ação improcedente, prejudicado o recurso do autor. — *Carvalho Filho*, Relator. — *Edgar de Moura Bittencourt*.