FUNCIONÁRIO PÚBLICO — DEMISSÃO — PODER DISCIPLINAR E PODER DISCRICIONÁRIO

— A autonomia do poder disciplinar sòmente se entende com os fatos que constituem exclusivamente faltas disciplinares.

— A faculdade discricionária não pode ser usada abusivamente, sob pretexto de pena disciplinar.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA

Paulo Santos Silva *versus* Prefeitura Municipal de Salvador
Apelação cível n.º 10.995 — Relator: Sr. Desembargador
JORGE DE FARIA GÓES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível da Capital, sob n.º 10.995, sendo apelante Paulo Santos Silva e apelada a Prefeitura Municipal de Salvador, deu-se-lhe provimento, na Primeira Câmara Cível, contra o voto do eminente Des. Revisor.

Ficam integrando o presente aresto os relatórios da decisão recorrida e o de fls. Isto, por ser o primeiro — fls. — bastante longo.

Paulo Santos Silva foi demitido do cargo que exercia, em uma das seções da Prefeitura Municipal. Mas, através de todos os meios ao seu alcance, denota a mais veemente inconformidade com o ato demissório, por êle havido como de perseguição e, pois, ato sobremodo injusto.

Da leitura mais atenta da sentença recorrida, infere-se que o digno prolator decidiu a lide, sem aquela tranquilidade dimanante do convencimento. Êle mesmo proclama, honestamente, as dúvidas que o assaltaram sôbre o acêrto do Executivo Municipal de Salvador, em punindo com demissão um funcionário do setor da tributação, que tivera ingresso há mais de 35 anos no serviço público da Prefeitura de Salvador, mediante concurso de habilitação. Assim, lemos a fls.: "Por mais que atentássemos a busca da verdade, confesso que não a encontrei, nesse emaranhado de depoimento etc., adiante a fls., o Dr. Juiz escreve: "No processo penal, que porventura se instaure, a dúvida, se persistir, talvez enseje a absolvição do autor." E prossegue.

Mas, não é de referência à configurada falta do servidor demitido, essa dúvida proclamada? E o que está afeto ao Judiciário não é o aspecto do *modus faciendi* da apuração da falta, apenas, isolando-se do nosso exame o justo ou injusto da cominação aplicada?

De fato, as penas disciplinares — meramente disciplinares impostas pela Administração — conforme já vulgarizado e por demais sabido; são faculdade discricionária, que retira ao contrôle jurisdicional o exame do mérito. Todavia, há de aferir-se até onde pode ir a discricionariedade, para que ela não venha a ser usada abusivamente, em tôda e qualquer configuração do ilícito, sob pretexto de pena disciplinar. E, na espécie em julgamento, fôra provido o apelante como incurso em corrupção passiva, Código Penal art. 317, Título XI, Capítulo I — Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em geral.

Ora, querer retirar do Judiciário a possibilidade de apreciação de haver-se corporificado ou não um crime capitulado no Código Penal, de exame da sua existência ou inexistência, para se cominar a pena que a Administração es-

colher, no seu livre alvedrio, afigura-se ampliar em demasia a execução dos casos mais simples e mais comuns, de aplicação da discricionariedade, exceção única, aliás, aberta na previsão genérica da Carta Magna, de apreciação pelo Poder Judiciário de tôda e qualquer lesão de direito individual.

É que a demissão do cargo público a bem do serviço, sob pretexto de prática de um ilícito penal, importa *in casu*, em atribuir-se à entidade meramente administrativa o julgamento dêsse ilícito, em supressão do órgão que julga, especìficamente. Os próprios reflexos materiais e morais de semelhante desate, a que chegou a Administração, e as implicações detrimentosas dessa demissão, induzem em reconhecimento da necessidade de apreciação do caso pela Justiça, levando-nos ao exame da procedência ou improcedência da acusação, para que o acusado não venha a ter como instância única o Executivo, com o qual até podia achar-se incompatibilizado, na oportunidade, podendo ser lançado à rua da amargura sem remissão, porque vedado ao Judiciário analisar se houve ou não houve o ilícito penal.

Que o Executivo Municipal se arrogue a faculdade de entender que existiu, *in casu*, essa corrupção passiva. Mas, não pretenda transmudar-se em instância única de órgão judicante em caso como o presente, de tanta gravidade, punindo com a máxima pena, no uso da discricionariedade, e negando ao Judiciário essa apreciação, como órgão específico na função de julgar. É certo que, na conformidade com as regras estatutárias, doutrina e jurisprudência, as cominações civil, penal e disciplinar poderão cumular-se, sendo elas independentes entre si, bem assim as instâncias civil, penal e administrativa. Mas, no caso do inconformado, por inaplicabilidade da pena imposta, exacerbada com o maior dano material e moral; qualquer caso de funcionário demitido a bem do serviço público, ao arrepio — como visto — das provas que informaram o ato demissório — entendo que impedido não esteja, nem possa estar, a Justiça dessa apreciação, tanto mais quanto é certo não ser o Executivo órgão técnico para ajustar ao caso um dispositivo do Código Penal.

Ainda acresce que, na espécie dos autos, se sustenta a inexistência do fato doloso — circunstância importantíssima a comportar nosso exame, porque a pena imposta não decorreu da prática de alguma irregularidade, simples, ou grave, mas por haver sido cometido um crime, dos mais feios e mais comprometedores — a corrupção passiva, artigo 317 do Código Penal — cujo crime teria inexistido. E tanto teria inexistido que o outro funcionário Esdras Guimarães de Souza, participante direto da mesmíssima imputação, logrou ver, depois, declarada a sua inocência, tratando-se, assim, desigualmente, dois iguais.

De fato, a fls. julga o Dr. Prefeito de Salvador procedente o pedido de revisão em favor de Esdras Guimarães de Souza e, no tocante a Paulo Santos Silva, considerou inoperante a medida — a mesmíssima revisão pedida — visto não ter a prova, que fêz, atendido às exigências contidas na parte final do art. 232 da Lei municipal n.º 403, de 1953, isto porque — comenta a apelada — houve prova da dúvida e não da inocência. Houve prova da dúvida, sòmente, mas, à sensibilidade do julgador e para sua altíssima responsabilidade, prova bastante para não condenar. Todavia, até onde foi a diferença ral, do quanto se colheu contra os dois funcionários — o Esdras, que obteve a revisão e a inocência declarada, e o Paulo, que nada obteve, além da acusação preconcebida?

Então foi prevalecente, também, ali, no pedido de revisão, o critério de condenar ao fundamento de existir comprovada dúvida. Não comprovada prática criminosa e autoria, mas comprovada dúvida, em derredor do ilícito penal e do agente — di-lo o próprio punidor, como se essa dúvida pudesse jus-

tificar a cominação, até o arrepio do secular *in dubio pro reo*, e como se fôsse, mesmo assim, de se aplicar, tranqüilamente, a pena máxima, destruidora de um bom-nome funcional e arrasadora dos meios de subsistência.

A Administração Municipal jogou à rua da amargura o seu antigo servidor, com mai sde 35 anos de serviço, e fê-lo, à base de provas sôbre a dúvida! Prova da certeza da convicção, não se alcançou mas, *in casu*, não precisava!

Assim, não se discute seja a pena exorbitante ou não, mas haver decorrido de fato criminoso que não teria havido — razão sobeja para se bater às portas da Justiça e para que esta viesse atender, com mais independência.

Acresce que a discricionariedade, *in casu*, usada foi em relação a ato administrativo vinculado, segundo se depreende do art. 208 da Lei n.º 403, de 1953 — Estatuto do Funcionário Municipal — e, no mesmo passo, o crime contra Administração (corrupção passiva), que está capitulado na lei estatutária, como vinculação expressa: artigo 207, n.º IX — corrupção passiva nos têrmos da lei penal. E diz o apelante: Inescusàvelmente a Administração em flagrante desrespeito às disposições expressas da lei (arts. 226 e 229 do Estatuto dos Funcionários Municipais) não providenciou a abertura de inquérito policial, nem remeteu o processo administrativo "a quem de direito". É que tais deveres, embora descumpridos, evidenciam, mais e mais, a subordinação da espécie à competência do Judiciário, conforme estipulam as próprias normas estatutárias.

Ora, o fim do processo administrativo, conforme entendia o DASP; é a investigação da verdade material e não deve o funcionário ser punido senão quando ficar provado que, de fato, cometeu o delito de que é acusado.

O final do parecer dos assistentes jurídicos, no pedido de revisão, no inquérito administrativo, concluiu: "mais odioso do que absolver um culpado é condenar um inocente", isto porque "insuficientes as provas coligidas para a tranqüila configuração do delito de corrupção passiva" etc., "militando por conseqüência, em favor do referido funcionário a dúvida emergente" etc. (fls).

Por outro lado, que prova existe, nos autos, de que a importância recebida, para quitação do impôsto, fôsse importância superior ao *quantum* a recolher? — superior no sentido da "bola", do subôrno, da corrupção? Apenas, ficou-se sabendo que fôra recebida, a mais, uma diferença, sem expressão alguma, um trôco ridículo, mas chegando, talvez, para uma esmola. Todavia, figura dos autos que êle Paulo Santos Silva, teve oportunidade de noutro recolhimento de impôsto ter verificado que o contribuinte pagara ponderável parcela superior e logo fêz sentir o engano, sem interferências, e devolveu a quem de direito, honradamente, o excesso. Isto é que faz sentido, significa o bastante para se formar um juízo.

Repetindo: faz-se cavalo de batalha da autonomia do poder disciplinar. Entanto é Nélson Hungria quem ensina: "A autonomia do poder disciplinar só se entende com os fatos que constituem exclusivamente faltas disciplinares (Ilícito administrativo e ilícito penal, *RDA*, vol. I).

Por tudo isso, convencemo-nos da procedência do apêlo, para reformar a decisão recorrida, e da procedência do pedido da ação, para conceder quanto ali está contido, em decorrência dêste provimento.

Salvador, 3 de dezembro de 1969. — *Santos Cruz*, Presidente, vencido, com a seguinte declaração de voto: Foi o apelante, depois de inquérito administrativo regular, demitido do cargo de revisor, a bem do serviço público, nos têrmos do art. 207, n.º IX, combinado com os arts. 209 e 210, n.º I, da Lei municipal n.º 403, de 18/8/1953 (fls.).

O citado n.º IX do art. 207 prevê a pena de demissão, no caso de corrupção passiva, nos têrmos da lei penal.

Entendeu a douta maioria que, competindo ao Poder Judiciário dizer se

determinado fato constitui crime, ilegal foi a demissão, por falta de prévio pronunciamento judicial.

1. Como se viu, entre as faltas disciplinares que podem motivar a demissão, encontra-se a corrupção passiva nos têrmos da lei penal (art. 207, n.º IX, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Salvador).

Assim dispondo, não estabeleceu o Estatuto a prejudicialidade do julgamento criminal como um antecedente necessário da aplicação da sanção disciplinar. Apenas incluiu um determinado fato típico penal, também como ilícito administrativo.

Fica, assim, a autoridade administrativa com competência para examinar a existência de um fato, tipificado na lei penal, para outros efeitos, qual seja o da imposição de sanção disciplinar, vale dizer, confere-se à administração o poder de "accertare il reato per fini diversi dall'applicazione dela pena" (cf. Enrico Romani-Di Falco, *Processo Penale e Azione Civile e Amministrative Secondo il Nuovo Codice*, p. 10).

E tanto isto é certo quanto o citado art. 207 indica outros crimes como determinantes de demissão, como, por exemplo, o "abandono de cargos (artigo 323 do Código Penal). Todavia, ninguém irá sustentar que, verificado o abandono, tenha a administração de aguardar, para a aplicação da pena disciplinar, o julgamento criminal, ao fundamento de que sòmente o Poder Judiciário é competente para dizer se o crime está caracterizado.

Aliás, todos os crimes contra a administração acarretam a demissão (artigo 207, n.º I), sem a prejudicialidade do julgamento pela Justiça. Se o legislador municipal destacou certos delitos, como a corrupção passiva e o abandono do cargo, foi para enfatizá-los, dada a sua relevância para a administração pública.

Se é verdade que, para efeitos de aplicação de pena, sòmente o Judiciário pode dizer se o crime está caracterizado, não é menos certo que se o mesmo fato constitui ilícito administrativo, configurando falta residual, compete à administração apreciá-lo para a aplicação da respectiva sanção.

Isto é inerente ao poder disciplinar, que não está capitulado no poder punitivo jurisidicional do Estado, direito disciplinar e direito penal são coisas diversas e dominadas por princípios e técnicas diferentes, quer pelo seu fundamento, quer pela sua natureza, quer pelo seu objetivo ou finalidade (cf. Amílcar de Araújo Falcão, *RDA*, vol. 48/531; Carlos Medeiros da Silva, *Revista do Serviço Público*, ano XVI, vol. II/88; Antão de Morais, *Problemas e Negócios Jurídicos*, vol. III, p. 325).

Como sustenta Jèze, "confundir la falta de servicio y el delito del agente público seria un error capital, en que muchas veces se ha incurrido. Olvidar esta idea fundamental, es correr el riesgo de dar al poder disciplinario una significación jurídica que no tiene. La represión disciplinaria de los agentes públicos que cometen falta y la represión penal de los agentes públicos delincuentes son dos cosas totalmente diferentes" (*Principios Generales del Derecho Administrativo*, trad. argentina, vol. III, p. 93).

Até mesmo quando há processo penal e o funcionário é absolvido, a sentença absolutória não acarreta a reintegração, salvo na hipótese de ter sido negada a exigência do fato ou a autoria — art. 1.525 do Código Civil.

Como quer que seja, para punir, disciplinarmente, um funcionário, por falta prevista na lei estatutária específica, não fica a administração vinculada a um prévio julgamento pela Justiça, porque, ali, não há prejudicialidade e muito menos suspensão do inquérito.

2. Imposta a sanção disciplinar, fica ela, como todo e qualquer ato administrativo, sujeita ao contrôle de legalidade do Judiciário.

No contrôle de legalidade, cumpre ao Judiciário verificar se foram observados os inquéritos, os requisitos formais

e procedimentais previstos na lei, ou se a sanção aplicada estava prevista.

O Judiciário não pode entrar na apreciação do mérito da punição desciplinar, para dizer se foi justa ou injusta.

É certo que, quando o fato em que se fundamenta a demissão inexiste, não encontrando o menor apoio na prova, sendo mera criação da autoridade administrativa, pode o Judiciário anular a pena disciplinar, porque aí se configurou abuso de poder equiparável à ilegalidade. Todavia, só se pode cogitar de abuso de poder, quando haja certeza plena da inexistência do fato.

No caso dos autos, pode haver dúvida quanto à culpabilidade do apelante; nunca certeza plena quanto à sua inocência. O fato de que foi acusado não é mera criação da autoridade administrativa. Há no inquérito elementos que justificam uma valoração de provas, por parte da administração, para concluir pela responsabilidade funcional do apelante.

No particular, os fundamentos da sentença apelada ficam inteiramente adotados, como integrantes do nosso voto (fls.).

Se, pois, abusivo não foi o procedimento da administração, cabimento não há para anulação da punição disciplinar, sob pena de apreciação do seu mérito, o que importa invasão, pelo Judiciário, de assunto da competência constitucional do órgão de outra atividade do Estado. *Jorge de Faria Góes*, Relator.