## *FUNCIONÁRIO PÚBLICO — DEMISSÃO — ILÍCITO ADMINISTRATIVO E ILÍCITO PENAL*

*— A absolvição no juízo penal produz efeito na demissão do funcionário, desde que não haja resíduo para amparar o processo administrativo.*

**PARECER**

Certo funcionário requereu ao Sr. Governador do Estado de São Paulo sua readmissão no serviço público, já que fôra demitido com a nota "a bem do serviço público" do cargo, após processo administrativo regular e, depois, fôra absolvido no juízo criminal, por sentença prolatada em 1970, e confirmada por acórdbo do T.J.S.P. do mesmo ano.

O processo administrativo concluiu pela culpabilidade do funcionário, enquadrando-o no art. 299, parágrafo único, do Código Penal, mas o juízo criminal absolveu o indiciado, fundamentando-se a sentença penal absolutória "exclusivamente nas provas dos autos", para concluir, em resumo que "as irregularidades ocorridas eram muitas e o serviço onde o acusado praticou as suas não estava a cargo dêle só, mas a cargo dêle e de outros, em equipe, pelo que *considera não provada a responsabilidade dêle*, dêle exclusivamente, por tais irregularidades, as quais, em conseqüência, *perderam a univocidade indispensável à manifestação do dolo criminal do acusado ao agir*. Pelo exposto, julgo improcedente a denúncia de fls. e absolvo o acusado".

2. Deve o funcionário ser readmitido ao serviço público? Ou deve prevalecer a decisão do processo administrativo, que concluiu pela culpabilidade do acusado?

Em face de duas decisões, a *administrativa* e a *criminal*, a primeira condenatória e a segunda absolutória, qual delas deve prevalecer?

3. Está em jôgo, no presente caso, o clássico problema da *comunicabilidade de instância*.

A interdependência dos juízos, *administrativo* e *penal*, é problema da maior relevância, suscitando, entre outras, in-

terpretações do seguinte tipo: *existe autonomia total entre as duas instâncias*, a administrativa e a penal, ou são elas comunicáveis a tal ponto que as decisões da *esfera penal* influem na *órbita administrativa*? Influi a absolvição no juízo criminal, *sempre*, sôbre a decisão do processo administrativo que concluiu pela culpabilidade do funcionário e lhe aplicou a pena que julgou cabível, *in casu*? Em que hipóteses, a absolvição no juízo criminal repercute vàlidamente na esfera administrativa, sobrepondo-se ao que nesta se decidiu?

É precisamente o que temos de analisar aqui. Houve decisão administrativa condenatória. O funcionário foi demitido "a bem do serviço público". Posteriormente, o funcionário foi absoslvido no juízo criminal.

Pede, então, o funcionário seu reingresso no serviço público, apoiando-se na fôrça da *sentença penal absolutória*.

4. Não cabe, nesta altura, adentrar a análise dos dois processos, sopesando as provas, confrontando as testemunhas, comparando denúncias, estudando a confissão do indiciado. Tudo isso já foi feito.

Cumpre-nos, tão só, confrontar os dois tipos de pronunciamentos, o *administrativo* e o *penal*, concluindo depois se, neste caso, a decisão posterior repercute sôbre a primeira decisão, a tal ponto que a ela se sobreponha, anulando-lhe os efeitos.

Ressalte-se, desde logo, que o momento e o ambiente em que se desenrola o processo administrativo é muitas vêzes perturbado pela proximidade dos fatos, pelas paixões em jôgo, o que não ocorre com o processo penal, realizado muito mais tarde por magistrado que examina as provas objetivamente e, portanto, com possibilidades de pronunciar-se com total isenção de ânimo. Daí, a diferença das conclusões dos dois procedimentos, porque, muitas vêzes, um fato, uma prova suficiente para a condenação administrativa é insuficiente para a condenação penal.

5. Autores, os mais prestigiados, manifestaram-se sôbre a inter-relação entre os juízos *administrativo* e *penal*.

Marcel Waline esclarece que "o julgamento penal não subordina a autoridade investida do poder disciplinar, a não ser na medida em que afirma a existência ou a inexistência material do fato incriminado, mas uma absolvição pode significar apenas que os fatos apurados não reúnam os elementos de um delito, podendo, entretanto, configurar uma falta disciplinar" (*Traité élémentaire de droit administratif*, 6. ed., 1952, p. 352).

Modestino Petrozziallo, no mesmo sentido, elucida que "a absolvição, no juízo penal, constitui autoridade da coisa julgada quando declara a inexistência do fato, ou, almitindo embora o fato, exclui a participação, nêle, do incriminado, não obstante, nestes casos, poderiam emergir fatos particulares e circunstâncias disciplinarmente apreciáveis" (*Il rapporto di pùbblico impiego*, 1935. p. 264).

Por aí se observa que não basta a decisão penal absolutória. Cumpre verificar *o fundamento* da absolvição, porque, da natureza dêste é que se vai concluir se haverá ou não repercussão no juízo administrativo.

Se aa sentença penal absolutória estiver fundamentada na insuficiência ou ineficiência de provas, a conclusão será uma; se se fundamentar na inexistência do fato, na falta de prova de existência do fato, ou ainda, na não-vinculação do fato a seu pretenso autor, a conclusão será radicalmente diversa.

O princípio geral da independência das instâncias de modo algum é tão absoluto como se pode, a um primeiro exame, imaginar, visto que há casos em que, tratando-se sde fato que constitua, ao mesmo tempo, *ilícito administrativo* e *ilícito penal*, a decisão do juízo criminal pode repercutir, vàlidamente, na instância administrativa (cf. nosso *Tratado de direito administrativo*, 1969, v. 6, p. 201).

6. Em que hipótese se enquadraria o caso presente? Vejamos.

O funcionário público foi denunciado, em 1959, como tendo participado de irregularidades com relação a provas, documentos e certidões.

Procedeu-se à sindicância. Perante a Comissão o indiciado declara-se culpado, confessando ter recebido presentes e dinheiro para favorecimento pessoal.

Tendo apurado fatos suficientes para a abertura de processo administrativo, a comissão sindicante diligencia, nesse sentido, e é instaurado o inquérito.

O processo administrativo conclui pela culpabilidade do funcionário, propondo, em seu relatório, seja êle demitido "a bem do serviço público", não obstante seus inúmeros anos de trabalho.

A tríplice confissão do acusado, as provas carreadas para os autos, foram, ao ver da *comissão sindicante*, e da *comissão processante*, mais do que suficientes para a medida extrema.

As conclusões do processo administrativo foram de tal modo que legitimaram a remessa da peça para o fôro, passando a correr o respectivo processo criminal que culminou com a absolvição do funcionário.

Qual o efeito desta absolvição penal sôbre a decisão administrativa? É operante? É inoperante? A resposta a estas indagações vai depender, tão só, do fundamento da sentença penal absolutória.

7. Ficou provada, na esfera penal, a *inexistência do fato*?

Esta a primeira indagação que deve ser feita, porque, demonstrado que o fato não existiu, a *sentença penal absolutória* repercute eficazmente, no juízo administrativo, anulando a decisão da Administração e possibilitando ao indiciado o seu reingresso no serviço público.

A leitura da longa sentença do magistrado da esfera criminal revela a convicção inequívoca de que fatos irregulares existiram, sem dúvida alguma, ou, textualmente: "A conclusão dêste Juízo funda-se, exclusivamente, nas provas dos autos. Em resumo, as irregularidades eram muitas". "As provas, examinadas dentro da realidade da desordem administrativa reinante na repartição, tornam-se duvidosas quanto à criminalidade das irregularidades praticadas pelo acusado, simples peça de um todo deficiente do ponto de vista administrativo".

Logo, a *sentença penal absolutória* não se fundamentou na inexistência dos fatos, que admite terem ocorrido. Se o contrário se tivesse verificado, se o digno magistrado tivesse concluído que não existiram os fatos apontados, então, sem dúvida, a repercussão de seu pronunciamento seria imediato no âmbito administrativo e o funcionário seria beneficiado com seu reingresso.

É pacífica a jurisprudência a respeito: "Absolvido pela inexistência de crime, sem qualquer valor resulta a demissão de funcionário que se apoiou na prática de ato delituosos" (*RDA 58*:126); "não subsiste a demissão de funcionário acusasdo de crime do qual foi absolvido, tendo a respectiva sentença negado o fato que lhe foi atribuído" (*RDA* 26/120); "se o Poder Judiciário pode e deve, para julgar, pesar as provas, rastreá-las, terá que verificar se a motivação do ato administrativo é justa ou injusta" (*RDA 3*:69, voto do Ministro Orozimbo Nonato).

8. Ficou demonstrado, na esfera penal, *não haver prova da existência do fato*?

Esta segunda indagação merece resposta de idêntico teor de antecedente, porque, em momento algum, a defesa cogitou de demonstrar que não há *prova da existência do fato* (art. 386, II, do CPP).

A verdade é que há prova de irregularidades, o que se depreende da leitura dos volumes do numeroso processo. Eminente e culto membro do Supremo Tribunal Federal ensinou que "não pode subsistir a demissão que teve por causa fato apurado em inquérito administrati-

vo e negado no processo penal" (*RDA* 27/79). Foi acaso *negado o fato* no processo penal?

No presente caso, a sentença penal absolutória não se fundamentou, em sua parte dispositiva, na causa enunciada no CPP, qual seja, a de *não ter havido prova da existência do fato.*

9. Qual, então, o *fundamento da sentença penal absolutória*?

O digno magistrado, em frase lapidar e inequívoca, fundamenta sua decisão:

"Em resumo, o acusado deve ser absolvido, POR FALTA DE PROVA PRECISA dos crimes imputados, prova que caracteriza como crimes dolososs (falsidades ideológicas) as IRREGULARIDADS PRATICADAS PELO ACUSADO".

A sentença do magistrado deve ser analisada, pois, em dois sentidos: 1.º) o da *absolvição;* 2.º) o do *fundamento da absolvição.*

A *absolvição,* em si, não interessa, no presente caso, porque para o juízo penal o funcionário é *inocente.* O que interessa é o *fundamento da absolvição,* que, no caso, é a *insuficiência* ou a *ineficiência de provas.*

Há diferença entre *prova* e *prova precisa.* A *prova suficiente,* bastante, convincente, inequívoca é uma coisa; a *prova insuficiente* ou ineficiente é coisa totalmente diversa.

10. A jurisprudência brasileira em repetidos julgados assentou uma colocação uniforme, que tem sido a norma diretora dos nossos tribunais e da doutrina dominante.

Não é absoluto o princípio da independência da instância penal e administrativa (*RDA 37*:513), a não ser no caso da ineficiência de provas (*RDA 19*:183), em que, absolvido penalmente, pode o funcionário ser punido administrativamente.

"Para a condenação criminal impõe-se um rigor bem maior do que para a aplicação de uma pena administrativa. A prova que seria suficiente, na esfera administrativa, para demissão, não seria bastante, na esfera penal, para condenação" (*Revista de Direito da Procuradoria Geral,* 4.º, p. 267, 1956).

"A absolvição em processo administrativo é uma coisa, em processo penal é outra", porque "a absolvição no juízo criminal, por falta de prova, em nada influi sôbre a esfera administrativa e disciplinar" (R D A *19*:183).

"A absolvição por ineficiência de provas não tem influência igual à da absolvição pela inexistência material do fato, ou por não ter sido o funcionário seu autor, no tocante à instância administrativa" (RDA *51*:191).

"O ilícito administrativo, de regra, é um *minus* em relação ao ilícito penal, escapando, por isso mesmo, à pena criminal, reservada para os casos mais graves ou de ilícito penal. Se, abstraído o aspecto de ilícito penal, ficasse um resíduo de ilícito administrativo a legitimar a pena disciplinar, compreender-seia que esta permanecesse" (RDA *37*:513, voto do Ministro Nelson Hungria).

"A absolvição no crime produz efeito na demissão do funcionário desde que não haja *resíduo* a amparar e processo administrativo" (R D A *51*:177).

"A decisão da Justiça Penal, pelo prestígio que lhe vem das amplas garantias de defesa dos acusados e do ambiente de serenidade em que se desdobra o processo, deve prevalecer sôbre a decisão administrativa, muitas vêzes desviada do espírito de justiça, em face das provas colhidas sob um ambiente de pressão moral, quando mais não seja pelo receio das testemunhas em contrariar o *parti pris* da autoridade processante" (RDA *37*:513), mas "um fato pode não ser punível na Justiça penal e sê-lo na esfera administrativa, pois *a sua gravidade pode não ser bastante para justificar uma condenação criminal, mas ser suficiente para fundamentar uma pena administrativa*" (RDA *37*:514).

11. Em suma, no presente caso, a *absolvição* penal repousa apenas em *pressupostos* ligados ao maior ou menor poder de convicção da prova coligida.

Nestas condições, como temos sustentado "nenhum efeito deverá ter sôbre a punição disciplinar" (cf. nossas *Lições de direito administrativo*, 1970, p. 328).

"A prova, às vêzes, existe, embora frágil, mas existe, coligida em processo administrativo regular. Não é posssível invalidá-la para o efeito do retôrno do funcionário ao serviço público. O ato administrativo demissório, a despeito da absolvição do apelado, no juízo criminal, subsiste. Não se pode dizer que seja ilegal, se se instaurou o processo administrativo. Correu êle regularmente, deu-se ao indicado ampla defesa e a falta foi apurada. Se nada tivesse sido apurado contra o funcionário público ou se a prova lhe tivesse sido inteiramente favorável, haveria repercussão da decisão penal sôbre a sentença administrativa, porque, em última análise, o ato administrativo atentaria contra o próprio *princípio da legalidade*" (cf. ainda nossass *Lições de direito administrativo*, 1970, p. 328).

Havendo, pois, *prova*, que foi julgada *insuficiente* ou *ineficiente*, para a *condenação criminal*, mas *suficente* para a *condenação administrativa*, prevalece, neste caso, a decisão administrativa.

Costuma-se dizer, em tais hipóteses que a decisão administrativa faz *coisa julgada* — é a *res judicata* administrativa —, inatacável, indestrutível, irreformável pelo pronunciamento judiciário.

Quando um funcionário público é submetido a processo administrativo e, depois, a processo criminal, a decisão penal não repercute no juízo administrativo por ineficiência de provas.

Há o *resíduo*, há um *quid*, insubsistente para a aplicação da pena no âmbito penal, mas mais do que suficiente para a aplicação da pena no âmbito administrativo.

A *absolvição no juízo penal* produz efeito na demissão do funcionário desde que não haja *resíduo* para amparar o processo administrativo.

O *ilícito administrativo* é, geralmente, um *minus*, em relação ao *ilícito penal*, refugindo, por isso mesmo, à pena criminal, reservada para os casos mais graves ou de ilícito penal incontestável.

Tendo o magistrado, no juízo penal, absolvido o funcionário público "por falta de prova *precisa*", fundamentou sua decisão, não na inexistência do fato, não na falta de prova, mas na *imprecisão probatória*, na prova imprecisa, insuficiente, ineficiente.

"... a verdade é que as provas não bastam para a condenação do denunciado" — afirma o magistrado, em determinada altura de sua longa sentença.

*Ad cautelam*, o digno magistrado faz questão de frisar que seu pronunciamento é circunscrito ao juízo administrativo, ressaltando:

"Um reparo com vistas a *possíveis efeitos administrativos* que se pretenda extrair desta sentença, que é *estritamente penal*. Aqui não decido a favor do acusado, porque provada a sua inocência, mas apenas porque não provado o dolo criminal. Portanto, *faço abstração de quaisquer conseqüências administrativas*, especialmente, no que se refere à revogação da demissão do acusado".

Ultrapassando seu campo de julgamento, o magistrado ressalva os efeitos da sentença penal, limitando-a ao caso, como que prevendo mais tarde a invocação de seu julgado para dêle serem extraídas conseqüências administrativas.

Tentando defender-se, o indiciado, admite ter cometido irregularidades, pressionado por superior hierárquico, o que levou o magistrado, prolator da sentença penal absolutória, a considerar "não provada a responsabilidade dêle, dêle exclusivamente, por tais irregularidades".

Ora, se o magistrado entende que *houve irregularidades*, embora praticadas por muitos, por tôda uma equipe, integrando o indiciado essa mesma equipe, é claro que entende também que o indiciado é culpado.

Acontece, entretanto, que os fatos convergiram para êsse funcionário, que os confessou três vêzes, em três ocasiões. Outro funcionário, também denunciado,

logrou ser absolvido no processo administrativo.

Passando a apreciar o trabalho da comissão sindicante e processante, o juiz do crime ultrapassa seu raio de ação e diz que o *veredito administrativo, no sentido da demissão, pode prevalecer.*

Reconhece, pois, o *quantum* residual bastante para a condenação administrativa.

12. Por fim, não conseguimos entender por que o funcionário demitido vem reclamar seu *reingresso* mediante o instituto da *readmissão*, ao invés de pleitear aquela volta ao serviço público por via da *reintegração*.

Com efeito, se outro tivesse sido o *fundamento da sentença penal absolutória*, nosso parecer seria totalmente favorável ao funcionário demitido.

Se tivesse havido *inexistência do fato*, se tivesse *ficado provada a inexistência* das irregularidades, se tivesse ocorrido o fato, mas outro tivesse sido o autor, então, sim, a *repercussão da sentença penal absolutória* seria inequívoca, sobrepondo-se à decisão administrativa, que insubsistiria mercê de sua fragilidade.

Entretanto, o fato houve, as irregularidades emergem a cada passo do processo administrativo, o própiro funcionário o reconhece. Sua confissão é espontânea, clara e precisa, numa primeira fase. Numa segunda fase, instruído por outrem, pretende escusar-se, não, porém, negando o fato, mas admitindo-o, embora o vinculasse a pressões sofridas.

Por tôdas essas ponderações, é com a mais firme das convicções que entendemos não ter sucedâneo jurídico o pedido de readmissão feito pelo funcionário, constante do presente processo, devendo prevalecer a respeitável decisão administrativa que concluiu por sua culpabilidade, o que possibilitou a edição absolutamente legal do ato administrativo demissório, que continua a ter eficácia, não obstante a decisão absolutória diversa do juízo criminal, que, por seu fundamento, se exaura em seu próprio campo, não atingindo seus efeitos o âmbito administrativo.

É êste nosso parecer. São Paulo, 18 de fevereiro de 1971. — *J. Cretella Júnior*, Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de São Paulo.