



A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 1.514/07, em que é apelante a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e apelado MARCELO SOUZA SILVA, ex-Sd PM RE 922050-0,

ACORDAM, os Juízes da E. Segunda Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, por maioria de votos (2x1), em negar provimento ao apelo interposto, de conformidade com o relatório e voto do E. Juiz Relator, que ficam fazendo parte integrante do acórdão. Vencido o E. Juiz Paulo A. Casseb, que dava provimento ao apelo.

O julgamento teve a participação dos Juízes AVIVALDI NOGUEIRA JÚNIOR (Revisor) e PAULO ADIB CASSEB.

São Paulo, 15 de julho de 2010.

PAULO PRAZAK
Relator

Apelação Cível nº 1.514/07

Apelante: a **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO**

Procurador do Estado: Dr. José Carlos Cabral Granado – OAB/SP 125.012

Apelado : **MARCELO SOUZA SILVA**, ex-Sd PM RE 92 2050-0

Advogado: Dr. Paulo Lopes de Ornellas – OAB/SP 103.484

(Processo nº 1.297/06 – 2ª Auditoria / Divisão Cível)

POLICIAL MILITAR – Expulsão – Reintegração em 1º grau – Apelo Fazendário – Absolvição Criminal por negativa de autoria – Repercussão na esfera administrativa – Teoria dos Motivos Determinantes – Ato Discricionário e Ato Arbitrário – Vício de Motivação – Confirmação da Sentença – Provimento negado. Ante à absolvição penal por negativa de autoria, e inexistente falta residual a permitir punição disciplinar, aplica-se o art. 138, § 3º da Constituição Bandeirante. Existente vício de motivação, permitida e necessária a rediscussão do ato administrativo na esfera judicial.

Marcelo Souza Silva, ex-Sd PM, ingressou com Ação Ordinária em face da Fazenda Pública do Estado, após ter sido expulso dos Quadros da PMESP por ato de seu Comandante Geral, pela prática de atos desonrosos e ofensivos ao decoro profissional. Alegando ter sido absolvido pelo 3º Tribunal do Júri da Capital, pelos mesmos fatos, por negativa de autoria, o que repercutiria na seara disciplinar, requereu sua reintegração, com os devidos reflexos.

A r. Sentença de fls. 241/256 entendeu haver total identidade entre os fatos relatados na esfera penal e na administrativa, não restando questões residuais, razão pela qual a absolvição criminal pela negativa de autoria deve vincular o juízo cível, aplicando-se o art. 138, § 3º da Constituição Bandeirante. Assim, julgou procedente o pedido, declarando nulo o ato de expulsão e determinando a reintegração do ex-Sd PM, com seus direitos inerentes; bem como condenando a Fazenda Pública ao pagamento dos reflexos pecuniários, desde a data de sua exclusão e as verbas honorárias.

Apela a vencida objetivando a reforma do julgado, ressaltando que as esferas administrativa e penal são independentes, sendo que a absolvição na área criminal não tem necessariamente a mesma

consequência na administrativa, ainda mais quando não reconhecida categoricamente a inexistência do fato. O ato de expulsão não contém vícios e a pena reveste-se de plena legalidade, sendo insuscetível de anulação pelo Judiciário. A decisão calçou-se nas provas carreadas aos autos, com base nos resíduos administrativos (fls. 258/265).

Recurso regularmente processado. Certificado o transcurso *in albis* do prazo para resposta (fls. 267).

É o relatório.

A r. sentença proferida pelo D. Juízo de Direito da 2ª Auditoria Militar – Divisão Cível (fls. 241/256) não merece qualquer reparo, devendo ser mantida em sua íntegra.

Dispõe o artigo 138, § 3º da Constituição Bandeirante que:

“Artigo 138. São servidores públicos militares estaduais os integrantes da Polícia Militar do Estado.

...

§ 3º - O servidor público militar demitido por ato administrativo, se absolvido pela Justiça, na ação referente ao ato que deu causa à demissão, será reintegrado à Corporação com todos os direitos restabelecidos.”

É pacífico que tal dispositivo não pode ser interpretado literalmente, para toda e qualquer situação, deixando de lado o contexto adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, exatamente em harmonia com os princípios emanados da Carta Magna da República, sobretudo a independência dos Poderes e a autonomia das jurisdições.

Daí porque, a doutrina não questiona: conforme o fundamento da absolvição, a sentença criminal produzirá ou não efeitos de coisa julgada no cível. Toda vez em que ela se basear em “falta de prova” (da existência do fato, de ter concorrido o réu para a infração penal ou não ser suficiente para a condenação), nenhum efeito produzirá no juízo cível. No mesmo sentido, a jurisprudência:

“Responsabilidade civil – Absolvição criminal por insuficiência de provas – Irrelevância – Decisão que não produz coisa julgada na esfera civil” (RJTJSP, 50:41).

Ocorre que a absolvição penal do Apelante resultou da **negativa de autoria**, afirmando o Conselho de Sentença, nos autos do Processo nº 002.01.020563-8 – C.I. 796/01 (3º Tribunal do Júri da Capital, Foro Regional II, Santo Amaro) que o mesmo não foi o autor do crime que lhe foi imputado (ter efetuado disparos de arma de fogo contra civil, causando-lhe a morte). De tal resultado, não houve recursos por parte do Ministério Público Estadual, tendo o feito transitado em julgado aos 18 de setembro de 2006 (fls. 101).

A absolvição criminal em apreço deve repercutir na esfera administrativa. Até porque, inexistente qualquer falta residual que permitisse a punição disciplinar – os fatos foram rigorosamente os mesmos analisados em uma e noutra sede de responsabilidade.

Como bem consignou o D. Juízo *a quo*:

*“Cotejando-se a Portaria inaugural do Processo Disciplinar (fls. 104) com a Denúncia oferecida pelo Ministério Público (fls. 106), percebe-se uma **total identidade** entre os fatos relatados, inclusive quanto ao eventual não socorro da vítima e ao momento de suposto exaurimento do delito. Observe-se que a Denúncia ainda foi mais abrangente posto que descreveu com minúcias, duas qualificadoras: motivo fútil e impossibilidade da vítima esboçar reação defensiva, posto que teria sido colhida de surpresa. Além disso, a ‘sentença de pronúncia’ de fls. 77/78 também retrata fielmente o relatado pelo Ministério Público em sua Denúncia e Libelo-crime acusatório (fls. 80/81). **Concluindo**, ambos os processos foram motivados pelos mesmos fatos, não havendo que se falar em questões residuais em uma ou outra esfera de Poder.*

*No processo criminal o autor foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, sendo que os jurados que compunham o Conselho de Sentença, à **unanimidade (7x0)**, respondendo aos quesitos, afirmaram que **o acusado não foi o autor dos disparos de arma de fogo que vitimou Edivaldo Vicente da Silva** (fls. 92). Com tal resposta, todos os demais quesitos restaram prejudicados. Desta forma, foi o acusado, ora autor, absolvido, em Primeira Instância, com fulcro no **artigo 386, inciso IV** do Código de Processo Penal...*

...não houve recurso por parte do Ministério Público, posto que se conformou com o resultado da decisão dos senhores jurados.

O *punctum saliens* desta ação repousa no fato da aferição quantitativa e qualitativa dos efeitos da res judicata formal e material da decisão absolutória do âmbito criminal, nas órbitas civil e administrativa. Ou seja, se a decisão absolutória criminal, na hipótese vertente, vincula ou não o juízo cível.

Analizando-se as hipóteses legais para a fundamentação de uma sentença absolutória, não se verifica, **expressamente**, a circunstância ‘negativa de autoria’, sendo que a que mais se aproxima disso é a do inciso IV do artigo 386 do Código de Processo Penal, que encontra seu correspondente no Código de Processo Penal Militar na alínea ‘c’ do artigo 439.

Assim, entendo que quando uma pessoa é absolvida pelo inciso IV do artigo 386 do Código de Processo Penal, o Juiz, na esfera Cível, deve estar **atento quanto ao teor desta decisão absolutória**: se a decisão criminal absolutória entendeu que simplesmente não havia prova de que o acusado tenha participado do evento delituoso **ou** entendeu que há provas de que ele não foi o autor do delito...

No caso concreto, pelo que se extrai da análise da r. Sentença encartada aos autos ficou bem claro que o Conselho de Sentença ‘***negou tenha sido o réu o autor do crime que lhe está sendo imputado***’. E assim procedeu por unanimidade de votos. Portanto, ao contrário do alegado pela ré, ficou claro que a decisão absolutória se fundou na ***negativa de autoria***.” (fls. 248/251).

Ao que concluiu aquele D. Juízo:

“...a acusação no plano administrativo é **idêntica** à da criminal, conforme Denúncia oferecida pelo Ministério Público. Logo a falta disciplinar que ensejou a expulsão é caracterizada pela mesma conduta que ensejou a propositura de ação penal, não existindo, portanto, qualquer aspecto residual.” (fls. 252).

Equivoca-se a Fazenda do Estado ao pretender que a análise na esfera administrativa tenha sido feita sob diferente enfoque da seara criminal, o que poderia ainda caracterizar violação funcional. Efetivamente não foi, como podemos apreender desde o momento da instauração do Processo Administrativo Disciplinar (fls. 104/105), até o seu término, com a decisão final do Comandante Geral (fls. 201/204).

De fato, instaurado o processo administrativo disciplinar, ao final pode o Comandante Geral da PM, em face da gravidade dos fatos, decretar a exclusão do Policial Militar. É o exercício do poder discricionário do Administrador, que tem autoridade e independência suficientes para, valorando as infrações praticadas, chegar à conclusão de qual pena deveria ser aplicada, em especial em face das peculiaridades de cada caso. Entretanto, o que não pode é a discricionariedade ser exacerbada, ao ponto de configurar situação arbitrária.

A patente distinção entre ato discricionário e ato arbitrário é amplamente percorrida na doutrina jurídica. A obra de Hely Lopes Meirelles nos ensina que “*discrção é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbtrio é ação contrria ou excedente da lei. Ato discricionrio, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e vlido; ato arbitrrio é, sempre e sempre, ilegítimo e invlido*”¹.

Ocorre que a motivação da punição disciplinar é sempre imprescindível para a validade da pena. A Constituição Bandeirante, inclusive, gravou o princípio da motivação entre os corolrios da Administração Pública, expressamente em seu artigo 111.

E, nessa seara, não há como olvidarmos a teoria dos motivos determinantes, muito bem clareada por duas grandes administrativistas contemporneas. Odete Medauar consigna que: “*segundo essa teoria, os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o prprio agente. Isso significa, na prtica, que a inexistncia dos fatos, o enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistncia da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato, ainda que não haja obrigatoriedade de motivar.*”²

As mesmas palavras já haviam sido perpetuadas por Maria Sylvia Zanella di Pietro, em seu “Direito Administrativo”:

¹ In “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros Editores, 2001, 26ª edição, pág. 164.

² in “Direito Administrativo Moderno” – 9ª edição; SP: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pág. 159.

“*Motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. Para punir, a Administração deve demonstrar a prática da infração... Ainda relacionada com o motivo, há a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade. Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros.*”³.

Indo além, a já mencionada obra de Hely Lopes Meirelles conclui que: “*a motivação destina-se a evidenciar a conformação da pena com a falta e a permitir que se confirmem a todo tempo a realidade e a legitimidade dos atos ou fatos ensejadores da punição administrativa. Segundo a moderna doutrina francesa, hoje aceita pelos nossos publicistas e pela nossa jurisprudência, todo ato administrativo é inoperante quando o motivo invocado é falso ou inidôneo, vale dizer, quando ocorre inexistência material ou inexistência jurídica dos motivos*”⁴.

Não estando regular a motivação do ato demissório, pode o Judiciário analisá-lo. Realmente, a expulsão, sendo legal, não ensejaria a apreciação da conveniência, justiça ou oportunidade da aplicação da pena, pois tais questões prendem-se ao mérito, matéria sobre a qual o Judiciário não pode pronunciar-se. Mas existente o vício de motivação, pode e deve haver rediscussão na esfera judicial.

A Jurisprudência ilustra a questão:

“*Recurso Especial. Administrativo. Militar temporário. Licenciamento. Ato discricionário. Razões. Teoria dos motivos determinantes. Vinculação. Vício. Anulação. Moléstia. Incapacidade Definitiva. Reforma ex officio.*

I – Apesar de o ato de licenciamento de militar temporário se sujeitar à discricionariedade da Administração, é possível a sua anulação quando o motivo que o consubstancia está eivado de vício. A vinculação do ato discricionário às suas razões baseia-se na Teoria dos Motivos Determinantes.

II -

³ 4ª edição; SP: editora Atlas, 1994, pág. 175.

⁴ pág. 123 - negritamos

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.514/07 – ACÓRDÃO – CONTINUAÇÃO – FL. 8)

Recurso conhecido e desprovido.”

(Resp 725537 / RS / 2005 / 0024122-6 – Ministro Félix Fischer/ 5ª Turma – j. 19/05/2005 – DJ 01.07.2005).

Pelo exposto, esta E. Segunda Câmara, por maioria de votos (2x1), negou provimento ao apelo da Fazenda do Estado, para manter a r. Sentença de 1º grau por seus próprios e jurídicos fundamentos, restando vencido o Exmo. Juiz Paulo Adib Casseb, que dava provimento ao recurso.

PAULO PRAZAK
Relator