

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 50.070 - SP (2016/0009591-3)
RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
RECORRENTE : JOSE ANTONIO VIEIRA RAMOS
ADVOGADO : MARCELO DELMANTO BOUCHABKI - SP146774
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MARTA SANGIRARDI LIMA E OUTRO(S) - SP130057

VOTO VENCIDO

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DELEGADO DE POLÍCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SUPOSTA UTILIZAÇÃO DA ESTRUTURA DA UNIDADE POLICIAL E DE AGENTES PARA AUXÍLIO EM EMPRESA DE SEGURANÇA PRIVADA. PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. SENTENÇA PENAL DE ABSOLVIÇÃO QUE NÃO RECONHECEU A PRÁTICA DE CONDUTA CRIMINOSA POR PARTE DO AGENTE. INEVITÁVEL REPERCUSSÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. PARECER DO MPF PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA DO SERVIDOR PROVIDO, NO ENTANTO, A FIM DE RESTABELECER A APOSENTADORIA CASSADA.

1. *O impetrante foi investigado em PAD instaurado pela Administração para apuração de fatos relacionados à suposta transgressão dos arts. 74, II (procedimento irregular de natureza grave), e 75, II (praticar ato definido como crime contra a Administração Pública, a Fé Pública e a Fazenda Pública ou previsto na Lei de Segurança Nacional), ambos da Lei Complementar Estadual 207/1979, consubstanciados na utilização da delegacia móvel, de viaturas e de demais equipamentos públicos, para reforçar ou auxiliar equipe de segurança privada.*

2. *No caso sub judice, o impetrante busca a anulação da cassação de sua aposentadoria, por entender ser direito subjetivo, assegurado em razão do desconto da obrigação previdenciária. Alega, ainda, que, após o julgamento do PAD, foi absolvido na esfera penal, sendo arbitrária e injusta a punição administrativa.*

3. *Ao julgar as Ações Penais, nas quais foram analisados os mesmo fatos do PAD, o Poder Judiciário concluiu: (i) que não houve qualquer ilegalidade no envio das viaturas à Exposição Agropecuária, as quais, conforme ordem de serviço expedida, visavam a dar mais segurança aos munícipes e ao público em geral que iriam participar da Exposição; (ii) pela atipicidade do fato de utilização de linhas telefônicas da Delegacia para coordenação da empresa de segurança privada, por não caracterizar delito de peculato; (iii) pela*

Superior Tribunal de Justiça

ausência de comprovação de que houve exigências e ameaças para a contratação da empresa privada para a segurança da Expo-Agro; e (iv) a prescrição da pretensão punitiva do delito previsto no art. 288, parágrafo único, do Código Penal.

4. *Não desconheço a orientação que apregoa não repercutir a sentença penal absolutória no Juízo Cível, mas essa compreensão – digo-o com todo o máximo respeito – despreza a realidade da vida, das relações humanas e do mundo, quando se reconhece que o fato que configura o ilícito penal é o mesmo que configura o ilícito administrativo, não havendo, ontologicamente, distinção entre um e outro; assim, se o fato é tido como inóceno, no Juízo Criminal, não há esse mesmo fato de ser tido como existente no Juízo Cível.*

5. *É verdade que o ilícito penal é um plus, quanto ao administrativo, mas se aquele (penal) não ocorreu (negativa de autoria ou materialidade) ou não ficou provado, somente se pode sancionar o segundo se sobejar infração punível, como leciona a Súmula 18 do STF, a qual aduz que pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público; neste caso porém, tal não se dá (não há resíduo punível).*

6. *Refoge ao senso comum que se tenha o mesmo fato por não provado no crime e por provado na esfera administrativa punitiva, como se esta pudesse se satisfazer com prova incompleta, deficiente ou inconclusiva; a apregoada independência entre as instâncias administrativa e penal não exclui o imperioso equilíbrio entre elas, capaz de impingir coerência às decisões sancionatórias emanadas do Poder Público, sejam proferidas pelo Executivo ou pelo Judiciário. Em outras palavras, ultraja a lógica a assertiva que uma mesma situação empírica possa ser considerada existente para fins de aplicação de sanção administrativa e inexistente para fins de condenação penal, com base nos mesmos indícios e provas.*

7. *A independência entre as instâncias permite que haja condenação na instância administrativa e absolvição na penal, mas desde que, não obstante a comprovação dos fatos, a conduta se amolde apenas a um ilícito administrativo, não se subsumindo, porém, a nenhum crime. Por outro lado, foge ao razoável aceitar que as mesmas provas apresentadas para comprovar uma conduta sejam insuficientes e suficientes ao mesmo tempo.*

8. *Ademais, no atual sistema contributivo de Regime Próprio, o aposentado não mais é um Servidor Público. Ao se*

Superior Tribunal de Justiça

aposentar, há vacância do cargo e não se poderia mais romper um vínculo funcional não mais existente, por meio da cassação de aposentadoria, em razão de mau serviço prestado. Preenchidos os requisitos de fruição do benefício em um sistema contributivo, a aposentadoria não pode ser cassada por motivos relacionados a atos de serviço, mas somente se houver vício no preenchimento dos pressupostos de aposentação, como é o caso de fraude em contagem de serviço.

9. *Da mesma forma com que no regime de INSS, se um empregado preencher os pressupostos para aposentadoria, tem direito a ela, e a má qualidade de seu trabalho não pode ser razão para desconstituição do ato previdenciário, não se pode aplicar a sanção de cassação de aposentadoria nos Regimes Próprios, instituto que não foi recepcionado pela Emenda Constitucional 20/1998.*

10. *Assim, é sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana, dos direitos sociais aos benefícios da Seguridade Social, bem como do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e do caráter contributivo da aposentadoria estatutária que deve ser analisado o caso concreto.*

11. *Por tudo aqui exposto, assegura-se que Servidor apenado administrativamente com sanção de cassação de aposentadoria tem direito a ser reintegrado ao cargo público que ocupava, na hipótese em que tenha sido absolvido em processo criminal no qual analisados os mesmos fatos que ensejaram a instauração do Processo Administrativo Disciplinar - PAD, quando naquele não se demonstrou que o indiciado tenha efetivamente participado de condutas ilícitas.*

12. *Recurso em Mandado de Segurança do Servidor provido, divergindo do parecer ministerial, a fim de restabelecer a aposentadoria cassada, garantidos os proventos e direitos inerentes ao benefício desde a data de sua cassação.*

1. Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por JOSÉ ANTONIO VIEIRA RAMOS, com fundamento na alínea *b* do art. 105, II da CF/1988, no qual se insurge contra acórdão proferido pelo egrégio TJ/SP, assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. Delegado de polícia aposentado. Pena de cassação de aposentadoria. Alegação de inconstitucionalidade. Inadmissibilidade. Falta disciplinar de natureza

Superior Tribunal de Justiça

grave comprovada em regular procedimento administrativo. Desaparecimento da condição de servidor público. Pena corretamente aplicada. Inexistência de afronta a direito adquirido ou ofensa aos princípios da proporcionalidade, isonomia, segurança jurídica e dignidade da pessoa humana. Ordem denegada (fls. 1.791/1.860).

2. Na origem, a parte ora recorrente impetrou o *mandamus* em face de ato emanado do excelentíssimo senhor GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, em virtude de decisão que lhe aplicou penalidade de cassação da aposentadoria, nos autos de Processo Administrativo Disciplinar (PAD).

3. O recorrente, ex-Delegado de Polícia, narra que foi condenado em processo administrativo deflagrado para apurar supostas condutas ilícitas - desvio na utilização de delegacia móvel, viaturas e demais equipamentos públicos para reforçar ou auxiliar equipe de segurança privada.

4. Aduz que a cassação de aposentadoria prevista *nas inúmeras leis instituidoras de regimes jurídicos de Servidores Públicos são incompatíveis com a nova ordem constitucional estabelecida a partir da promulgação das Emendas Constitucionais 3, de 17 de março de 1993, e 20, de 15 de dezembro de 1998* (fls. 1.983).

5. Argumenta que a aposentadoria passou a ser um seguro, um direito de caráter retributivo face ao binômio custeio/benefício, deixando de ser uma benesse da Administração Pública ao Servidor, e sim um direito subjetivo, assegurado em razão do desconto da obrigação previdenciária.

6. Sustenta que, paralelamente ao PAD, respondeu a processos criminais, nos quais foi absolvido por ausência de crime (art. 386, III do CPP).

7. O douto Ministério Público Federal, em parecer da lavra da eminente Subprocuradora-Geral da República DENISE VINCI TULIO, manifestou-se pelo não provimento do Recurso Ordinário, nos termos da seguinte ementa:

Superior Tribunal de Justiça

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA. CASSAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONALIDADE DA SANÇÃO. 1 - De fato, não há que se falar em violação aos princípios constitucionais do direito adquirido, além de afronta a isonomia, proporcionalidade, segurança jurídica e dignidade da pessoa humana, nem tão pouco na inconstitucionalidade da sanção, haja vista que o caráter contributivo da aposentadoria do regime de previdência dos servidores não obsta a cassação de aposentadoria. 2 - O servidor que comete falta grave não faz jus à aposentadoria do serviço público, por deixar de atender a um dos critérios necessários: não basta ter apenas o tempo de serviço e a idade, é necessário preencher a condição de servidor público. 3 - Parecer pelo não provimento do recurso ordinário (fls. 2.052/2.055).

8. Iniciado o julgamento do feito pela 1a. Turma desta Corte Superior em 19.5.2020 (fls. 2.200), e atento às informações trazidas da tribuna pelo nobre Advogado MARCELO DELMANTO BOUCHABKI quanto ao julgamento na esfera penal, pedi vista regimental para melhor examinar este ponto.

9. Intimadas as partes (fls. 2.203), a parte recorrente colacionou extrato do sistema processual eletrônico do TJ/SP, que indica sua absolvição na Ação Penal (fls. 2.205/2.208). A parte recorrida, por sua vez, defendeu a irrelevância deste fato, pois o presente processo discutiria apenas a constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, e não o acerto da sanção administrativa, além de suscitar o princípio da independência entre as instâncias (fls. 2.209/2.215).

10. É o relatório.

11. O impetrante foi investigado em PAD instaurado pela Administração para apuração de fatos relacionados à suposta transgressão dos arts. 74, II (procedimento irregular de natureza grave), e 75, II (praticar ato definido como crime contra a Administração Pública, a Fé Pública e a Fazenda Pública ou previsto na Lei de Segurança Nacional), ambos da Lei Complementar Estadual 207/1979, consubstanciados na utilização da delegacia móvel, de viaturas e de demais equipamentos públicos, para reforçar ou auxiliar equipe de segurança

privada.

12. No caso *sub judice*, o impetrante busca a anulação da cassação de sua aposentadoria, por entender ser direito subjetivo, assegurado em razão do desconto da obrigação previdenciária. Alega, ainda, que, após o julgamento do PAD, foi absolvido na esfera penal, sendo arbitrária e injusta a punição administrativa.

13. Verifica-se que o impetrante respondeu a ações penais oriundas da chamada Operação Usurpação.

14. Como se colhe do acórdão proferido pelo TJ/SP, colacionado às fls. 2.074/2.088, o impetrante e outros delegados foram acusados de se desviarem de seus destinos típicos, com viaturas do ESTADO DE SÃO PAULO, para supostamente darem suporte à empresa ITAPÊ SECURITY, responsável pela segurança do evento conhecido como Expo-Agro. Ficou constatado, no entanto, pelas provas juntadas aos autos, que *não houve qualquer ilegalidade no envio das viaturas à Exposição Agropecuária, as quais, conforme ordem de serviço expedida, visavam a dar mais segurança aos munícipes e público em geral que dela iriam participar* (fls. 2.084).

15. Em outro aresto, também proferido por aquela Corte local, juntado às fls. 2.089/2.108, vê-se que o ora recorrente respondeu por suposto crime de peculato, em razão do uso, nos dias 12 a 24 de agosto de 2009, da linha telefônica oficial da Polícia Civil do Estado de São Paulo. A acusação defendia que o uso indevido de tal linha comprovava a utilização das dependências da Delegacia como escritório da empresa ITAPÊ SECURITY. Contudo, ficou constatada a atipicidade do fato, por não caracterizar delito de peculato (fls. 2.096).

16. Também na mesma decisão, foi analisada a conduta prevista no art. 316 do Código Penal, pois o impetrante e os demais acusados supostamente teriam exigido vantagem ilícita, consistente na exigência de contratação da empresa ITAPÊ SECURITY para promover o serviço de segurança

Superior Tribunal de Justiça

privada no evento da Expo Agro em ITAPETININGA/SP. Contudo, restou comprovado que *não houve exigências ou ameaças para a contratação da empresa* (fls. 2.105). Por tal fato, o impetrante foi absolvido por atipicidade.

17. Declarou-se, ainda, a prescrição da pretensão punitiva do delito previsto no art. 288, parágrafo único do Código Penal (*Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente*).

18. O dispositivo legal administrativo que prevê a incidência de repercussão no PAD da absolvição criminal por não demonstração da autoria ou da materialidade do crime deve ser interpretado de maneira ampliativa, em favor do acusado, de modo que a absolvição criminal, por qualquer motivo, repercutirá, necessariamente, na esfera sancionadora administrativa. Deve se proceder, nessa hipótese, como se procede nos casos de condenação. Não haveria razão jurídica e nem moral para distinguir os conteúdos da decisão penal, com intuito de desfavorecer o réu.

19. Não desconheço a orientação que apregoa não repercutir a sentença penal absolutória no Juízo Cível, mas essa compreensão – digo-o com todo o máximo respeito – despreza a realidade da vida, das relações humanas e do mundo, quando se reconhece que o fato que configura o ilícito penal é o mesmo que configura o ilícito administrativo, não havendo, ontologicamente, distinção entre um e outro; assim, se o fato é tido como incorrente, no Juízo Criminal, não há esse mesmo fato de ser tido como existente no Juízo Cível.

20. É verdade que o ilícito penal é um *plus*, quanto ao administrativo, mas se aquele (penal) não ocorreu (negativa de autoria ou materialidade) ou não ficou provado, somente se pode sancionar o segundo se sobejar infração punível, como leciona a Súmula 18 do STF, a qual aduz que *pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público*, neste caso porém, tal não se dá (não

há resíduo punível).

21. Refoge ao senso comum que se tenha o mesmo fato por não provado no crime e por provado na esfera administrativa punitiva, como se esta pudesse se satisfazer com prova incompleta, deficiente ou inconclusiva; a apregoada independência entre as instâncias administrativa e penal não exclui o imperioso equilíbrio entre elas, capaz de impingir coerência às decisões sancionatórias emanadas do Poder Público, sejam proferidas pelo Executivo ou pelo Judiciário. Em outras palavras, ultraja a lógica a assertiva de que uma mesma situação empírica possa ser considerada existente para fins de aplicação de sanção administrativa, e inexistente para fins de condenação penal, com base nos mesmos indícios e provas.

22. A independência entre as instâncias permite que haja condenação na instância administrativa e absolvição na penal, mas desde que, não obstante a comprovação dos fatos, a conduta se amolde apenas a um ilícito administrativo, não se subsumindo, porém, a nenhum crime. Por outro lado, fuge ao razoável aceitar que as mesmas provas apresentadas para comprovar uma conduta sejam insuficientes e suficientes ao mesmo tempo.

23. Ora, a repercussão cível da decisão penal condenatória não sofre quaisquer temperamentos, sendo legalmente exigível a repercussão de uma instância na outra, no que se relaciona com a materialidade e a autoria do ilícito, conforme preceitua o art. 126 da Lei 8.112/1990, não se falando aí na decantada autonomia.

24. Contudo, tal restrição da sentença penal absolutória para determinadas hipóteses encerra um viés contrário à ideologia do Direito Sancionador contemporâneo, que tem na proteção de todos os valores e direito da pessoa processada o seu ponto de apoio e a sua mais notável característica.

25. Por tudo aqui exposto, assegura-se que Servidor apenado administrativamente com sanção de cassação de aposentadoria tem direito a ser reintegrado ao cargo público que ocupava, na hipótese em que tenha sido

Superior Tribunal de Justiça

absolvido em processo criminal no qual analisados os mesmos fatos que ensejaram a instauração do PAD, quando naquele não se demonstrou que o indiciado tenha efetivamente participado de condutas ilícitas.

26. Isso porque, apesar de a esfera administrativa não ser dependente da criminal, quando o Juízo Penal se pronuncia definitivamente sobre os fatos que constituem, ao mesmo tempo, o objeto do PAD, exarando decisão absolutória, não há como se negar a sua inevitável repercussão no âmbito administrativo sancionador, não sendo admissível que o dogma da separação das instâncias situe-se acima do princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, se o réu obtém absolvição criminal qualquer que seja a razão da absolvição, sobre ele não há de incidir qualquer sanção decorrente do fato, objeto do processo criminal, salvo se remanescer resíduo administrativo passível de punição, conforme disposto na Súmula 18 do STF.

27. Ademais, no atual sistema contributivo de Regime Próprio, o aposentado não mais é um Servidor Público. Ao se aposentar, há vacância do cargo e não se poderia mais romper um vínculo funcional não mais existente, por meio da cassação de aposentadoria, em razão de mau serviço prestado.

28. Preenchidos os requisitos de fruição do benefício em um sistema contributivo, a aposentadoria não pode ser cassada por motivos relacionados a atos de serviço, mas somente se houver vício no preenchimento dos pressupostos de aposentação, como é o caso de fraude em contagem de serviço.

29. Da mesma forma com que no regime de INSS, se um empregado preencher os pressupostos para aposentadoria, tem direito a ela, e a má qualidade de seu trabalho não pode ser razão para desconstituição do ato previdenciário, não se pode aplicar a sanção de cassação de aposentadoria nos Regimes Próprios, instituto que não foi recepcionado pela Emenda Constitucional 20/1998.

30. Assim, é sob o manto do princípio da dignidade da pessoa

Superior Tribunal de Justiça

humana, dos direitos sociais aos benefícios da Seguridade Social, bem como do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e do caráter contributivo da aposentadoria estatutária que deve ser analisado o caso concreto.

31. Apenas *ad argumentandum tantum*, não se pode conceber como justa uma penalidade que retira a fonte de subsistência do cidadão aposentado.

32. Ante o exposto, e divergindo do parecer ministerial, dá-se provimento ao Recurso em Mandado de Segurança do Servidor, restabelecendo a aposentadoria cassada, garantidos os proventos e direitos inerentes ao benefício desde a data de sua cassação. É o voto.

