



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2014.0000661494

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 1008063-81.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MAURÍCIO CAMILLOS DA CUNHA, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente sem voto), VERA ANGRISANI E RENATO DELBIANCO.

São Paulo, 14 de outubro de 2014.

CARLOS VIOLANTE

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

APELAÇÃO nº 1008063-81.2013.8.26.0053

APELANTE: MAURÍCIO CAMILLOS DA CUNHA
APELADO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA: SÃO PAULO

VOTO Nº 122

Mandado de Segurança. Escrivão de Policia. Demissão a bem do serviço público. Litispendência não configurada. Continência reconhecida. Ações em fases distintas que não permitem reunião. Ausência de nulidade do processo administrativo, respeitados o contraditório e a ampla defesa. Infração administrativa que configura crime de apropriação indébita previdenciária. Pena criminal em abstrato não superior a 5 anos. Prazo prescricional de 5 anos contados da data do fato (LCE 207/79, art. 80, II e § 1º, 1 e 2, alterado pela LCE 922/02). Prescrição da pretensão punitiva da Administração consumada. Nulidade do ato que impôs a penalidade. Reintegração do servidor ao cargo. Sentença denegatória da segurança reformada. Recurso provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de lavra do eminente Magistrado **Dr. Evandro Carlos de Oliveira** que julgou improcedente a ação e denegou a segurança, ante a ausência de direito líquido e certo.

Recorre o apelante sustentando a extinção da punibilidade administrativa, pela ocorrência da prescrição, além da falta de elementos caracterizadores do procedimento irregular de natureza grave a ele imputado.

Em suas contrarrazões, sustenta a apelada a ocorrência de litispendência e, no mérito, a manutenção da r. sentença que denegou a ordem (118/123).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A Douta Procuradoria Geral de Justiça eximiu-se de manifestar-se sobre o mérito da demanda (fls. 132).

É o Relatório.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Escrivão de Polícia contra ato do Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, que lhe impôs a pena de demissão a bem do serviço público.

Afasta-se a alegada litispendência.

O presente mandado de segurança discute a nulidade do processo administrativo disciplinar GS/1.071/12 – DGP/6.163/10, que culminou com a aplicação da pena de demissão a bem do serviço público ao impetrante, bem como a prescrição da punibilidade administrativa.

No mandado de segurança nº 0041798-93.2011.8.26.0053, em curso pela E. 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital/SP, debate-se somente acerca da ocorrência da prescrição administrativa, ainda não sentenciado aquele feito (conforme consulta ao sítio do TJSP).

De litispendência não se trata, porquanto não idênticas as causas. O que existe entre as ações é a continência, pois o objeto do presente mandado de segurança é mais amplo e abrange o daquele outro (art. 104, CPC).

Encontrando-se este feito em grau de recurso e aquele ainda não sentenciado, inviável, a esta altura, a reunião das ações, recomendável a suspensão do outro mandado de segurança até julgamento final deste, nos termos do art. 265, IV, a, do CPC, cientificando-se, para tanto, o E. Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

“Quando há identidade apenas parcial dos pedidos, porquanto um deles é mais abrangente que o outro, configura-se a continência, e não a litispendência. Esta, como na conexão, importa a reunião dos processos, e não a sua extinção, que visa evitar o risco de decisões inconciliáveis. Havendo continência e prejudicialidade entre as ações, e não reunidos os feitos oportunamente para julgamento conjunto, cabível é a suspensão de um deles, conforme os termos do art. 265, IV, 'a', do CPC” (STJ – 2ª T. – AgRg em REsp 301.377 – Rel. Humberto Martins – j. 16.04.2013, *in* “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”, Theotonio Negrão e outros, 46ª edição, nota 1 ao art. 104, p. 245).

Alega o impetrante a nulidade do processo administrativo, desde a edição da Portaria inaugural, descumpridos o contraditório e a ampla defesa. A r. sentença afastou a alegada nulidade. Embora o apelante não repise, em seu recurso, as mesmas enfáticas alegações de nulidade, constata-se, de toda a prova documental existente nos autos, a não ocorrência de qualquer vício no processo administrativo.

Foi instaurado anterior procedimento de Apuração Preliminar nº AP-4-086/04 para aferir eventual infração administrativa quanto à possível falsidade envolvendo a empresa pertencente ao impetrante. Referido procedimento foi arquivado, e assim também o inquérito policial instaurado para esse fim.

Posteriormente, juntou-se àqueles mesmos autos de Apuração Preliminar ofício do E. Tribunal Regional Federal comunicando as condenações criminais do agente público, por apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A c.c. art. 71), e com base nessas práticas criminais, editada a Portaria inaugural do processo administrativo em discussão.

A juntada do ofício noticiando os crimes e da Portaria que iniciou o processo administrativo, bem como das peças sequenciais desse



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

processo, nos mesmos autos da Apuração Preliminar antes instaurada contra o mesmo agente e arquivada, caracteriza mera irregularidade que não macula de nulidade o processo administrativo.

A Portaria descreve os fatos imputados ao agente, as infrações administrativas eventualmente praticadas, as penalidades aplicáveis, e os enquadramentos legais, possibilitando-lhe o exercício amplo de sua defesa e respeitado o contraditório, desde o início e durante as etapas do processo, até decisão final.

Descreve a Portaria a prática pelo agente de crimes de apropriação indébita previdenciária, pelos quais fora condenado, definitivamente, pela Justiça Federal, nos processos crimes 2005.61.11-001004-7 e 1999.61.11.009000-4, como incurso nas penas do art. 168-A c.c. art. 71, do Código Penal, bem como a prática irregular de atividade comercial incompatível com o cargo público que exerce, e também as respectivas infrações administrativas decorrentes desses fatos, quais sejam, conduta irregular de natureza grave, ato de improbidade e transgressão disciplinar, além dos dispositivos legais em que enquadrado o agente.

Portanto, nenhum vício há no processo administrativo em discussão, obedecidos o contraditório e a ampla defesa, desde a Portaria inaugural até decisão final, afastada a alegação de nulidade.

Passa-se à análise da prescrição.

Dispõe a Lei Complementar Estadual nº 207/79, alterada pela Lei Complementar Estadual nº 922/02:

Artigo 80 - Extingue-se a punibilidade pela prescrição:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

I - da falta sujeita à pena de advertência, repreensão, multa ou suspensão, em 2 (dois) anos;

II - da falta sujeita à pena de demissão, demissão a bem do serviço público e de cassação da aposentadoria ou disponibilidade, em 5 (cinco) anos;

III - da falta prevista em lei como infração penal, no prazo de prescrição em abstrato da pena criminal, se for superior a 5 (cinco) anos.

§ 1º - A prescrição começa a correr:

1 - do dia em que a falta for cometida;

2 - do dia em que tenha cessado a continuação ou a permanência, nas faltas continuadas ou permanentes.

§ 2º - Interrompe a prescrição a portaria que instaura sindicância e a que instaura processo administrativo.

(...)

A prática criminosa imputada ao impetrante é a apropriação indébita previdenciária nos períodos de janeiro/2001 a novembro/2003 (processo crime 2005.61.11.001004-7) e maio/1995 a setembro/1998 (processo crime 1999.61.11.009000-4).

Tratando-se de falta continuada, considera-se marco inicial da prescrição a data de sua cessação, em **setembro/1998** e **novembro/2003** (LCE 207/79, art. 80, § 1º, 1 e 2, alterado pela LCE 922/02). A Portaria que instaurou o processo administrativo é datada de **09/04/2009** (fls. 24/27).

Prevê o Código Penal, para o delito de apropriação indébita previdenciária tipificado no art. 168-A, a pena de 2 a 5 anos de reclusão, e multa.

Menciona a LCE 207/79, com a redação da LCE 922/02, que se extingue a punibilidade pela prescrição “da falta prevista em lei como infração penal, no prazo de prescrição em abstrato da pena criminal, se for superior a 5 (cinco) anos”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

E a pena em abstrato de 2 a 5 anos e multa, cominada para o delito de apropriação indébita previdenciária, **não é superior a 5 anos**. Portanto, tem aplicação ao caso concreto a regra do inciso II do art. 80 da LCE 207/79, com a redação da LCE 922/02, que prevê a prescrição “da falta sujeita à pena de demissão, demissão a bem do serviço público e de cassação da aposentadoria ou disponibilidade, em 5 (cinco) anos”.

Somente se aplica o prazo de prescrição da lei penal, para a infração administrativa que também configure crime, se a pena em abstrato cominada para o crime for superior a 5 anos. Se igual ou inferior, o prazo prescricional é de 5 anos para infrações administrativas sujeitas à pena de demissão, demissão a bem do serviço público, cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Cessada a continuação delitiva em **setembro/1998** e **novembro/2003**, editada a Portaria que instaurou o processo administrativo somente em **09/04/2009**, passados mais de 5 anos contados da data em que cometida a falta ou da data em que tenha cessado a continuação ou a permanência (art. 80, § 1º, 1 e 2, da LCE 207/79, alterada pela LCE 922/02), consumada está a prescrição da pretensão punitiva da Administração.

Atente-se que tem aplicação à hipótese dos autos as alterações trazidas pela LCE 922/02 no tocante ao marco inicial de contagem do prazo prescricional e ao próprio prazo de prescrição, mesmo em relação aos fatos anteriores a sua vigência, imputados ao impetrante. É regra de direito material, dispondo sobre prescrição, que se aplica às situações em curso quando de sua edição, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI, e LINDB, art. 6º), não se cogitando, aqui, de desrespeito a esses institutos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Ainda que o prazo de prescrição, reduzido pela nova lei, não possa ser contado desde a data do fato (setembro/1998), mas somente após o início de vigência da lei nova em 02/07/2002, igualmente consumado o lapso prescricional uma vez decorridos mais de 5 anos até a edição da Portaria.

Ademais, a Portaria que instaurou o processo administrativo em foco foi editada em 09/04/2009, já na vigência da LCE 922/02, o que reforça a aplicação ao caso da nova regra.

Quanto à transgressão disciplinar imputada ao impetrante de exercício de atividade comercial incompatível com a função pública, prevista na LCE 207/79, art. 63, LIII, para a qual a Lei não comina a pena, aplicada ao agente, de demissão a bem do serviço público (art. 75 da LCE 207/79), poderá ser objeto de processo administrativo distinto, a ser instaurado mediante nova portaria.

Para fins de prequestionamento tem-se por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso, reformando a r. sentença e concedendo a segurança rogada, declarando a nulidade da Resolução do Secretário de Estado dos Negócios da Segurança Pública que aplicou ao impetrante a pena disciplinar de demissão a bem do serviço público, ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva da Administração, determinando a imediata reintegração do impetrante em seu cargo de Escrivão de Polícia.

Quanto à transgressão disciplinar imputada ao impetrante de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

exercício de atividade comercial incompatível com a função pública, poderá ser objeto de processo administrativo distinto, a ser instaurado mediante nova portaria, como antes mencionado.

Condeno o impetrado ao reembolso de custas e despesas processuais eventualmente suportadas pelo impetrante, sem condenação em honorários advocatícios, incabível na espécie.

Cientifique-se o E. Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital/SP, quanto ao teor do v. acórdão, em razão da continência entre o presente mandado de segurança e aquele em trâmite pela E. 2ª Vara da Fazenda Pública – proc. 0041798-93.2011.8.26.0053.

CARLOS VIOLANTE

Relator