



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 18.666 - DF (2012/0117142-0)

RELATOR : **MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**
IMPETRANTE : ANTONIO VINICIUS MONTEIRO
ADVOGADO : CARLOS EUGENIO DE LOSSIO E SEIBLITZ FILHO E
OUTRO(S)
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA
INTERES. : UNIÃO

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO DE AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (ART. 132, IV DA LEI 8.112/90) CONSISTENTE NA ELABORAÇÃO DE MINUTAS DE DEFESA DE CONTRIBUINTE EM FACE DE NOTIFICAÇÕES FISCAIS DE LANÇAMENTO DE DÉBITOS, NA CONDIÇÃO DE SERVIDOR LOTADO NO SETOR DE ANÁLISE DE DEFESAS E RECURSOS. ADEQUAÇÃO DO WRIT PARA CORREÇÃO DE SUPOSTAS ILEGALIDADES NO ÂMBITO DO PAD. AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE DA CONDUTA ÍMPROBA. PROPORCIONALIDADE DA PENA APLICADA. IMPOSSIBILIDADE DE DISCRICIONARIEDADE POR PARTE DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. SEGURANÇA DENEGADA.

1. O Mandado de Segurança é meio processual adequado e idôneo para corrigir ilegalidades ocorridas no Processo Administrativo Disciplinar (PAD), ainda que se faça necessário examinar em profundidade a prova da sua ocorrência; o que não se admite, no trâmite do pedido de segurança é que essa demonstração se dê no curso do feito mandamental; mas se foi feita a demonstração documental e prévia da suposta ilegalidade ou abuso, não há razão jurídica para não se dar curso ao pedido de segurança e oferecer ao jurisdicionado uma solução segundo os cânones do Direito.

2. A jurisprudência desta Corte admite, excepcionalmente, a ocorrência de litispendência ou coisa julgada entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, entendendo-se que tais fenômenos se caracterizam quando há identidade jurídica, ou seja, quando as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas; no pedido mandamental, a autoridade administrativa, e na ação ordinária a própria entidade de Direito Público. No caso em apreço, todavia, não há a alegada litispendência em relação à ação ordinária 8146.20.12.401340-0, em trâmite na 2a. Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, uma vez que são diversas as causas de pedir.

3. É inócurrenre, na espécie, a prescrição da pretensão punitiva, qualquer que seja seu fundamento, tanto o art. 142, I da Lei 8.112/90 como o § 2o. do mesmo dispositivo legal. Isso porque a Administração tomou conhecimento do fato em 09.03.2005 e a Comissão de Inquérito foi instaurada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 04.03.2010, culminando com a publicação do ato punitivo em 24.02.2012, não alcançando o prazo de cinco anos. Ademais, aplica-se, no caso concreto, o prazo prescricional previsto na lei penal, uma vez que o impetrante foi denunciado - e condenado em primeira instância - pela suposta prática, dentre outros crimes, do crime previsto no art. 3º., III da Lei 8.137/90 (crime contra a ordem tributária consistente em patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público), punido com pena máxima de quatro anos, do que resulta o prazo prescricional de oito anos, nos termos do art. 109, IV do CPB, haja vista a correspondência com o ato ilícito administrativo apurado, qual seja, elaborar defesas administrativas junto ao Fisco, na condição de servidor lotado no setor de análise dessas defesas.

4. No caso em apreço, os documentos carreados aos autos apontam haver indícios suficientes a permitir a conclusão de que o impetrante realmente praticou a conduta prevista no art. 132, IV da Lei 8.112/90 (improbidade administrativa), consistente na elaboração de minutas de defesa administrativa contra Notificações Fiscais de Lançamento de Débitos em favor de um contribuinte, na condição de servidor lotado no Setor de Análise de Defesas e Recursos, pois foram utilizadas informações que constam apenas nessas notificações, ao passo em que foi encontrada em sua residência cópia de parte de uma delas, acompanhada dos julgados utilizados na defesa respectiva, tudo acondicionado em um envelope endereçado ao impetrante, além de trechos de outras minutas de defesa, ainda em elaboração, juntamente com julgados contrários aos interesses fazendários, violando-se os princípios administrativos da moralidade e da impessoalidade.

5. A respeito da pena aplicada, demissão do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, esta revela-se proporcional ao fato imputado, que se reveste de gravidade singular, pois evidencia a violação ao dever de probidade junto à Administração, aos princípios da legalidade e da moralidade, podendo configurar, em tese, o delito previsto no art. 3º., III da Lei 8.137/90 (crime contra a ordem tributária), tanto que foi denunciado por ele, não havendo margem de discricionariedade para que a autoridade aplique pena diversa da demissão. Precedentes: MS 17.515/DF, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 03.04.2012, e MS 15.951/DF, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 27.09.2011.

6. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Eliana Calmon, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou, oralmente, o Dr. CARLOS EUGENIO DE LOSSIO E SEIBLITZ FILHO, pelo impetrante.

Brasília/DF, 14 de agosto de 2013 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 18.666 - DF (2012/0117142-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : ANTÔNIO VINICIUS MONTEIRO
ADVOGADO : CARLOS EUGENIO DE LOSSIO E SEIBLITZ FILHO E
OUTRO(S)
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA
INTERES. : UNIÃO

RELATÓRIO

1. Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de medida liminar impetrado por ANTÔNIO VINICIUS MONTEIRO, por meio do qual aponta como autoridade coatora o MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, e, como ato coator, a Portaria 43, de 24.02.2012, publicada no DOU de 28.02.2012, que aplicou-lhe a pena de demissão do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, em razão da prática de ato de improbidade administrativa (art. 132, IV da Lei 8.112/90).

2. Diz o impetrante que a causa da pena foi a presunção de elaboração, em favor de um contribuinte, de duas minutas de defesa administrativa contra duas Notificações Fiscais de Lançamento de Débitos (NFLD), inobstante inexistir no relatório da Comissão qualquer referência (i) ao recebimento de alguma vantagem para tanto, (ii) à autoria das referidas notificações, (iii) ao provimento das defesas, (iv) ao uso do cargo para influir no resultado dos julgamentos, (v) à existência de prejuízo ao erário e (vi) aos seus antecedentes funcionais.

3. Alega, em suma, desproporcionalidade da pena, uma vez que se trata de um fato isolado, em relação ao qual não foi apontado dano ao erário, uso do cargo para influir no julgamento, recebimento de vantagem indevida ou existência de maus antecedentes.

4. Sustenta, ainda, a atipicidade da conduta, pois *o só fato de se encontrar no computador pessoal de um servidor público minutas de peças jurídicas de interesse de terceiros não autoriza concluir que seriam de sua autoria intelectual* (fls. 05), sendo que *são inúmeras as possibilidades de um arquivo texto com uma defesa ou*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

peça jurídica surgir no computador de um Auditor-Fiscal (fls. 06), não havendo porque concluir ser ilícito o fato apurado.

5. Aduz, finalmente, a possibilidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, que, nos termos do art. 142 da Lei 8.112/90, é de cinco anos. Isso porque o fato teria chegado ao conhecimento da Administração em 09.03.2005, a Comissão de Inquérito foi instaurada em 04.03.2010 e a notificação do impetrante ocorreu em 19.05.2010, caso seja aplicado o mesmo entendimento acerca do lançamento tributário, que só se perfectibiliza com a intimação do contribuinte.

6. Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos do ato tido como coator, e, no mérito, sua invalidação, a reintegração do impetrante e o pagamento da remuneração referente ao período do afastamento, corrigida monetariamente.

7. A tutela de eficácia imediata restou indeferida (fls. 833/837).

8. O Ministério Público Federal, em parecer (fls. 846/856) subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República ANTONIO FONSECA, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. AÇÃO PENAL. PROVA EMPRESTADA.

1. *Servidor demitido do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal pela prática de infração disciplinar prevista no art. 132, IV, da Lei 8.112/90. Imputa-se-lhe a improbidade administrativa, já que foram encontradas em laptop de propriedade do impetrante duas minutas de defesa administrativa de um determinado contribuinte contra Notificações Fiscais de Lançamento de Débitos - NFLDs.*

2. *Prescrição administrativa. Nas infrações puníveis com demissão, a ação disciplinar prescreve em cinco anos da data em que o fato se tornou conhecido. Na hipótese, a Administração teve ciência dos fatos imputados ao impetrante em 10.12.2008.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.1. O prazo prescricional da pretensão punitiva da Ação Disciplinar só se interrompeu com a instauração, em 07 de março de 2010 (Portaria ESCOR07 53 - Publicada em 05 de março de 2010), do Processo Administrativo Disciplinar 2004.51.01.514915-O, com o fim de apurar a responsabilidade do impetrante (fls. 141).

2.2. A interrupção da prescrição não é definitiva. Após o prazo de 140 dias - prazo máximo para conclusão e julgamento do PAD a partir de sua instauração (art. 152 c/c art. 167) o prazo prescricional recomeça a correr por inteiro, conforme dispõe o art. 142, § 4o. da Lei 8.112/90.

2.3. O reinício da contagem por inteiro, após decorrido 140 dias, deu-se em meados de agosto de 2010, e o ato demissional foi publicado em 24 de fevereiro de 2012 (fls. 21). A Portaria demissional foi publicada dentro do quinquênio prescricional disposto no art. 142 da Lei 8.112/90. Logo, rejeita-se a alegação da prescrição.

3. Mérito: Essa Corte já se manifestou no sentido da independências entre as instâncias penal e administrativa e da possibilidade de utilização de provas colhidas em outros processos.

3.1. A aplicação da pena de demissão foi imposta com base em elementos convincentes da postura desprestigiosa do impetrante. A instauração do PAD deu-se com base em provas colhidas no Processo Penal 2004.51.01.514915-0 - laudo pericial, nos autos da medida cautelar de busca e apreensão (Processo 2005.51.01.501739-0) no qual constatou-se que: no notebook apreendido de Vinícius, ora impetrante, foram encontradas várias defesas administrativas referentes a determinado contribuinte. Foi comprovado que tais peças administrativas eram propriamente idênticas àquelas apresentadas pelo contribuinte Limppano, em órgão competente da Receita Federal.

3.2. Observa-se que as provas colhidas na Ação Penal ajuizada em face do ora impetrante é perfeitamente cabível, pois, assegurado o direito à ampla defesa e o contraditório, é admitida a utilização no processo administrativo de prova emprestada devidamente autorizada na esfera criminal. Precedentes: MS 10.128/DF, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 22.02.2010, MS 13.986/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 12.02.2010.

3.3. Oportuno ressaltar que o art. 156, caput da Lei 8.112/90, com vistas a dar efetividade à garantia constitucional da ampla defesa, confere ao servidor investigado o direito de apresentar, propor e produzir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todas as provas que, ao seu juízo, possam ser úteis à defesa de seus interesses, mormente a inquirição de testemunhas.

3.4. *Após notificação realizada pela Comissão do PAD, o impetrante teve a oportunidade de oferecer defesa escrita, provas documentais, testemunhais, formulação de quesitos, dentre outros meios de defesa, dos fatos a ele imputados, declarada aferidos em procedimento realizado em harmonia com os princípios embasadores da atividade sancionadora da Administração, inclusive, com os postulados da proporcionalidade e razoabilidade.*

3.5. *Não foram trazidas aos autos provas hábeis a descaracterizar as conclusões do Processo Administrativo Disciplinar, fortes no sentido de que a conduta reprovável do servidor autoriza a pena de demissão aplicada. Inexiste, também, qualquer vício formal no processo administrativo que culminou com a aplicação da pena de demissão ao servidor.*

3.6. *A Comissão Processante, em seu relatório final, devidamente fundamentou, com o detalhamento dos fatos ocorridos e das provas documentais e testemunhais, e opinou pela aplicação da pena de demissão do impetrante. Não há falar, portanto, em ausência de provas na constatação da participação do impetrante na infração disciplinar ou atipicidade da conduta. É o que se verifica às fls. 582/613.*

3.7. *Comprovada a materialidade e autoria das infrações administrativas imputadas ao impetrante, capituladas nos da Lei 8.112/90, não se mostra desarrazoada a sanção aplicada ao impetrante, considerada a gravidade dos fatos. No mesmo sentido: MS 15.786/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13.04.2011, DJe 11.05.2011. O rigor com que age a Administração, ao aplicar a sanção exemplar, corresponde à gravidade da infração (MS 8.526/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 02.02.2004).*

3.8. *O mandado de segurança não é a via adequada para se reexaminar o conteúdo fático-probatório constante do processo administrativo disciplinar para se verificar se a impetrante praticou ou não os atos que foram a ela imputados e que serviram de base para sua demissão.*

3.9. *Pretende-se além de revisão do mérito do ato administrativo, insindicável pelo Poder Judiciário, ingressar na seara fático-probatória dos autos, exame vedado em sede de mandado de segurança. Em tais circunstâncias é possível utilizar-se do rito ordinário, no*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qual é permitida ampla dilação probatória.

3.10. Inexistentes os vícios - devido processo, ampla defesa, contraditório, proporcionalidade e razoabilidade -, é de indicar a ausência de liquidez e certeza do direito. Precedente: RMS 32.536/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13.4.2011.

4. Parecer pela denegação da ordem (fls. 846/848).

9. As informações prestadas pela autoridade supostamente coatora dão conta de que, nos autos do Processo Administrativo Disciplinar 10768.001188/2010-75:

2. Ao impetrante foi imputada a infração disciplinar prevista no art. 132, inciso IV, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, por ter exercido atividade de consultoria ou assessoramento para empresa privada.

3. De acordo com as investigações realizadas no feito disciplinar, constatou-se que o ex-servidor elaborou defesas administrativas apresentadas pela empresa Limppano S/A contra as notificações fiscais de lançamento de débitos 35.492.596-2 e 35.492.597-0, consubstanciadas nos arquivos defesa98_MODIFICADA.doc, defesadefinitiva1.doc e LIMPPANO AI INSS 354925962 JUR.doc, encontrados no notebook do ex-servidor (fls. 698).

10. Ato contínuo, sustenta a inadequação da via eleita, tendo em vista o *intuito do presente Mandado de Segurança de rediscutir o mérito da decisão administrativa proferida pela autoridade julgadora e as provas colacionadas ao feito disciplinar (fls. 699), a impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a pretensão jurisdicional almejada se confunde com o mérito administrativo da decisão proferida no julgamento do Processo Administrativo Disciplinar 10768.001188/2010-75 (fls. 702), a litispendência em relação à Ação Ordinária 8146.20.12.401340-0, que tramita na 2a. Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, cujo objeto é a anulação do Processo Administrativo Disciplinar (fls. 706), e, em especial, a inoccorrência da prescrição, nos seguintes termos:*

25. No presente caso, a Administração tomou conhecimento dos fatos tidos como irregulares em 15.10.2008, data em que a cópia da sentença referente à Ação Penal 2004.51.01.514915-0, da 3a. Vara



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal Criminal foi recebida pelo Escritório de Corregedoria (fls. 03, vol I). A Portaria de Instauração do Processo Disciplinar foi publicada em 05.03.2010 (fl. 66, vol. I), data em que se interrompeu a contagem do prazo prescricional por 140 dias, reiniciando a sua contagem em 23.07.2010, ex vi do disposto no artigo 152 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e consoante jurisprudência remansosa dos Tribunais Superiores.

(...).

27. *O prazo para a aplicação da penalidade de demissão contra o então servidor, contado da maneira mais conservadora possível, findar-se-ia somente em 23.07.2015, se aplicássemos o prazo quinquenal previsto no inciso I, do art. 142, da Lei 8.112, de 1990.*

(...).

32. *Por óbvio, a instauração do PAD, com a conseqüente interrupção prescricional, dá-se através da Portaria de Instauração e não da notificação do acusado. A partir da Portaria de Instauração (que é publicada em Boletim) inaugura-se a apuração disciplinar, não havendo que se falar em inércia da Administração. Além da disposição legal direta, esse entendimento é ressamido e pacífico na doutrina e jurisprudência pátria. Ao contrário do que defende o Impetrante, o Direito Administrativo Disciplinar possui normas e peculiaridades diferentes do Direito Tributário. Em que pese a tentativa do Impetrante, confundir as normas disciplinares com lançamento de crédito tributário é forçar uma tese sabidamente incabível (fls. 709/711).*

11. *Postula, em relação à prescrição, subsidiariamente, a aplicação, no caso concreto, do prazo prescricional previsto na Lei Penal, nos termos do disposto no art. 142, § 2o. da Lei 8.112, de 1990 (fls. 712). Por derradeiro, assevera que a pena aplicada afigura-se proporcional à conduta perpetrada pelo impetrante (fls. 722).*

12. *É o que havia de relevante para relatar.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 18.666 - DF (2012/0117142-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

IMPETRANTE : ANTÔNIO VINICIUS MONTEIRO

ADVOGADO : CARLOS EUGENIO DE LOSSIO E SEIBLITZ FILHO E OUTRO(S)

IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA

INTERES. : UNIÃO

VOTO

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO DE AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (ART. 132, IV DA LEI 8.112/90) CONSISTENTE NA ELABORAÇÃO DE MINUTAS DE DEFESA DE CONTRIBUINTE EM FACE DE NOTIFICAÇÕES FISCAIS DE LANÇAMENTO DE DÉBITOS, NA CONDIÇÃO DE SERVIDOR LOTADO NO SETOR DE ANÁLISE DE DEFESAS E RECURSOS. ADEQUAÇÃO DO WRIT PARA CORREÇÃO DE SUPOSTAS ILEGALIDADES NO ÂMBITO DO PAD. AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE DA CONDUTA ÍMPROBA. PROPORCIONALIDADE DA PENA APLICADA. IMPOSSIBILIDADE DE DISCRICIONARIEDADE POR PARTE DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. SEGURANÇA DENEGADA.

1. *O Mandado de Segurança é meio processual adequado e idôneo para corrigir ilegalidades ocorridas no Processo Administrativo Disciplinar (PAD), ainda que se faça necessário examinar em profundidade a prova da sua ocorrência; o que não se admite, no trâmite do pedido de segurança é que essa demonstração se dê no curso do feito mandamental; mas se foi feita a demonstração documental e prévia da suposta ilegalidade ou abuso, não há razão jurídica para não se dar curso ao pedido de segurança e oferecer ao jurisdicionado uma solução segundo os cânones do Direito.*

2. *A jurisprudência desta Corte admite, excepcionalmente, a ocorrência de litispendência ou coisa julgada entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, entendendo-se que tais fenômenos se caracterizam quando há identidade jurídica, ou seja, quando as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas; no pedido mandamental, a autoridade administrativa, e na ação ordinária a própria entidade de Direito Público. No caso em apreço, todavia, não há a alegada litispendência em relação à*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ação ordinária 8146.20.12.401340-0, em trâmite na 2a. Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, uma vez que são diversas as causas de pedir.

3. *É incorrente, na espécie, a prescrição da pretensão punitiva, qualquer que seja seu fundamento, tanto o art. 142, I da Lei 8.112/90 como o § 2o. do mesmo dispositivo legal. Isso porque a Administração tomou conhecimento do fato em 09.03.2005 e a Comissão de Inquérito foi instaurada em 04.03.2010, culminando com a publicação do ato punitivo em 24.02.2012, não alcançando o prazo de cinco anos. Ademais, aplica-se, no caso concreto, o prazo prescricional previsto na lei penal, uma vez que o impetrante foi denunciado - e condenado em primeira instância - pela suposta prática, dentre outros crimes, do crime previsto no art. 3o., III da Lei 8.137/90 (crime contra a ordem tributária consistente em patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público), punido com pena máxima de quatro anos, do que resulta o prazo prescricional de oito anos, nos termos do art. 109, IV do CPB, haja vista a correspondência com o ato ilícito administrativo apurado, qual seja, elaborar defesas administrativas junto ao Fisco, na condição de servidor lotado no setor de análise dessas defesas.*

4. *No caso em apreço, os documentos carreados aos autos apontam haver indícios suficientes a permitir a conclusão de que o impetrante realmente praticou a conduta prevista no art. 132, IV da Lei 8.112/90 (improbidade administrativa), consistente na elaboração de minutas de defesa administrativa contra Notificações Fiscais de Lançamento de Débitos em favor de um contribuinte, na condição de servidor lotado no Setor de Análise de Defesas e Recursos, pois foram utilizadas informações que constam apenas nessas notificações, ao passo em que foi encontrada em sua residência cópia de parte de uma delas, acompanhada dos julgados utilizados na defesa respectiva, tudo acondicionado em um envelope endereçado ao impetrante, além de trechos de outras minutas de defesa, ainda em elaboração, juntamente com julgados contrários aos interesses fazendários, violando-se os princípios administrativos da moralidade e da impessoalidade.*

5. *A respeito da pena aplicada, demissão do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, esta revela-se proporcional ao fato imputado, que se reveste de gravidade singular, pois evidencia a violação ao dever de probidade junto à Administração, aos princípios da legalidade e da moralidade, podendo configurar, em tese, o delito previsto no art. 3o., III da Lei 8.137/90 (crime contra a ordem tributária), tanto que foi denunciado por*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ele, não havendo margem de discricionariedade para que a autoridade aplique pena diversa da demissão. Precedentes: MS 17.515/DF, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 03.04.2012, e MS 15.951/DF, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 27.09.2011.

6. *Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.*

1. Inicialmente, com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário (e sei que são muitos), reitero meu ponto de vista segundo o qual, com o advento da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), ficou regulada inteiramente a matéria de que a Lei 8.112/90 tratava em termos abstratos ou gerais, de maneira que a subsunção de ato de improbidade administrativa prevista em leis anteriores foram tacitamente revogadas pela Lei afiliente de âmbito nacional (Lei 8.429/92), que prescreveu nos seus arts. 9º., 10 e 11, três figuras legais de improbidade administrativa: (i) enriquecimento ilícito, (ii) prejuízo ao erário e (iii) violação dos princípios da Administração Pública.

2. Como cediço, a regulação por completo de matéria por lei posterior revoga a legislação precedente, por força do disposto no art. 2º., § 1º. da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (DL 4.657/42), *de sorte que o Servidor Público somente pode perder seu vínculo jurídico com o Poder Público por improbidade administrativa ao cometer ato incurso em um dos tipos legais elencados na Lei 8.429/92*; está eliminada do sistema repressivo, portanto, a *figura aberta* do art. 132, IV da Lei 8.112/90, que deixava o Servidor Público em situação de *completa insegurança* quanto ao cometimento do ilícito denominado *improbidade administrativa*, dando ensejo a promoções sancionatórias que poderiam resvalar para motivações subjetivas.

3. A finalidade do art. 20 da Lei 8.429/92 foi precisamente a de *eliminar aquela insegurança anterior e implantar a prefalada garantia em prol do Servidor Público acoimado de praticante de ato de improbidade*, para extirpar do sistema administrativo sancionador demissório a possibilidade de instaurar procedimentos punitivos desviados das garantias dos indiciados; nesse sentido, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processo é abrigo e proteção, realização de altos valores da cultura, não se confundindo com o seu procedimento formal; essa compreensão impõe a conclusão de que a Lei 8.429/92 é também a norma regente da aplicação, verificação, processamento e apenação dos casos de improbidade administrativa, e, neste ponto, é de se ter claro que seu art. 20 é manifesto ao estabelecer que *a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória*.

4. Com base nesta assertiva, tenho sustentado, com apoio em autorizado magistério doutrinário, porém em sentido oposto a vários pronunciamentos desta Corte, que a exegese do art. 20 da Lei 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa), ainda não foi realizada na sua devida e verdadeira extensão, e na sua eficácia de proteção aos Servidores Públicos, quiçá pela longa tradição do Direito Brasileiro de reconhecer à Administração aquela dita potestade punitiva.

5. Na verdade, a permanência, no âmbito administrativo, de potestade sancionadora é *sobrevivência exótica* do período em que a função de julgar e punir estava inserida no âmago das funções executivas, numa época em que a expressão *direitos subjetivos* não tinha o alcance que hoje se lhe reconhece; como estima o eminente Professor NELSON SALDANHA, da Universidade Federal de Pernambuco, os direitos subjetivos só adquirem significado jurídico após o surgimento da ideia de controle do poder estatal, o que se fez pela *via da jurisdição*, permitindo-se afirmar que a noção de direitos subjetivos coincide historicamente com o surgimento do Poder Judiciário:

O conceito de direito subjetivo, que parece ter faltado ao vocabulário medieval, emergiu dentro de coordenadas onde se incluem o individualismo burguês e a diluição das estruturas medievais. Ele contradizia, ao menos em potencial, a onipotência do Estado; ele armava o indivíduo de uma imagem juridicamente eficaz, apta a alimentar suas pretensões, garantir sua dignidade, configurar sua qualidade autônoma. No indivíduo se encontravam prerrogativas e valores intrínsecos, que eram em latência uma área que se asseguraria a si mesma, agora, condições de afirmação institucional plena (Estado de Direito, Liberdades e Garantias, São Paulo, Sugestões Literárias S/A, 1980, p. 63).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Cabe rememorar, pela perfeita adequação ao caso, a perene reflexão de MONTESQUIEU, a propósito do tema da concentração de funções:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (O Espírito das Leis, trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília, Editora UnB, 1982, Livro XI, cap. VI).

7. No caso presente, o referido dispositivo da Lei de Improbidade Administrativa reserva ao Poder Judiciário a competência para processar, julgar e punir o *Servidor acusado de improbidade administrativa*, já que, segundo a literalidade da norma, somente a *sentença transitada em julgado* tem o condão de determinar a perda punitiva de função pública; *a contrario sensu*, a legislação regente retirou da Administração, sem dúvida alguma, o poder de aplicar a pena de demissão aos seus Servidores, na hipótese de improbidade.

8. Convém recordar que, quando uma norma jurídica atribui competência a determinado órgão para exercer certa função, outorga-lhe sem dúvida o poder de agir e, ao mesmo tempo, subtrai esse mesmo poder de outros órgãos, já que o sistema administrativo não comporta, por definição, que dois ou mais órgãos detenham a mesma competência e a possam exercer ao mesmo tempo e de modo cumulativo, gerando inevitáveis superposições e conflitos, contra a exigência da racionalidade intra-sistêmica.

9. Destarte, em face da atribuição legal de competência exclusiva do Poder Judiciário para processar e julgar o Servidor Público acusado de improbidade administrativa, vê-se fulgurar o direito subjetivo de ele somente ser sancionado com a demissão (*in casu*, *perder o cargo público*) por força de decisão judicial, após o reconhecimento da prática de ato ímprobo, restando limitado substancialmente o poder sancionador da Administração, neste caso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10. Se é verdade que não se pode imaginar a realidade jurídica sem aquelas conotações que a ligam ao fenômeno do Poder Estatal, também é verdade que não se pode imaginar o Direito desligado do plano dos seus valores, o que leva à conclusão de que as normas jurídicas tendem a realizar valores, neste caso, o do reforço da segurança do Servidor, limitando o Poder Estatal.

11. A submissão do Estado aos direitos subjetivos individuais é o axioma de todas as considerações históricas relativas ao nascimento do Estado Constitucional no mundo moderno, que se desenvolveu com vistas a proteger a sociedade contra as demasias e arbitrariedades cometidas pelo Poder Público, *dotado de imensa superioridade sobre os administrados*; aliás, o controle do poder estatal, sobretudo o Poder Executivo (mas não só) pela via processual é a grande nota do Estado Constitucional, entendendo-se o trinômio direitos subjetivos-jurisdição-processo como o tripé de apoio das liberdades, vistas estas como contenção dos arbítrios, das imoderações e dos abusos de poder.

12. Outrossim, os dispositivos sancionadores insertos na Lei 8.429/92 carecem de objetividade suficiente para definir tipos infracionais, pois, empregando conceitos jurídicos indeterminados, vagos e imprecisos, trataram apenas de delinear em abstrato os casos de improbidade administrativa, sem, contudo, definir ou tipificar o ato ímprobo, o que permite ao intérprete administrativo e aplicador administrativo da norma uma utilização demasiadamente ampla – na verdade aberta – da legislação em comento, para sancionar aqueles a ela submetidos; é aí que se legitima a atuação do Poder Judiciário, para conter e limitar, ponderar e equilibrar o uso dos poderes da Administração, *inclusive com a invocação dos princípios jurídicos*.

13. Realmente não é nova a tendência dos autores de Direito Administrativo em vindicar para o ramo sancionador dessa disciplina jurídica as mesmas exigências e limitações que se aplicam ao Direito Penal, como pertinentemente aponta o eminente Professor THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, nominando os preclaros mestres estrangeiros que sustentam essa mesma posição; diz o saudoso e sempre lembrado Ministro:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com o Direito Penal também tem o Direito Disciplinar relações muito íntimas, porque o Direito Disciplinar é constituído essencialmente por um regime de sanções e, por isso mesmo, sofre influência direta, imediata, do Direito Penal.

Este capítulo das relações entre o Direito Disciplinar e o Direito Penal é bastante interessante pela multiplicidade das doutrinas que se entrechocam.

(...).

O Direito Penal procura absorver com seus princípios, sob a influência, aliás, de ideias autoritárias, outras disciplinas jurídicas, especialmente o Direito Administrativo e o Disciplinar, procurando uniformizar o regime de sanções e penetrando na vida administrativa, no campo das contravenções e das infrações administrativas, de um modo geral (Tratado de Direito Administrativo, Freitas Bastos, São Paulo, 1960, vol. I, p. 107/110).

14. Estou em que essa tendência mereça e deva mesmo ser maximamente prestigiada, para se criar a mentalidade de preservação dos direitos, liberdades e garantias individuais, que são, em última análise, as características e os fundamentos do Estado Democrático; peço vênica para referir ser este julgamento possivelmente uma oportunidade adequada para se afirmar a prevalência de princípios constitucionais e se rever esta profunda lição do Professor KONRAD HESSE a propósito do poder ordenador da Constituição, dizendo o seguinte:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição (A Força Normativa da Constituição, tradução do Professor Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fabris, 1991, p. 19).

15. Anoto, *en passant*, que essa vontade de Constituição a que alude o Professor HESSE coincide com a fecunda ideia de *estima constitucional* de que fala o Professor RAUL MACHADO HORTA, da Universidade Federal de Minas Gerais, e com a noção de *patriotismo constitucional* a que se refere o Professor MICHEL TEMER, da PUC de São Paulo; cuida-se de preservar o equilíbrio das partes e garantir o fiel cumprimento da Constituição, que estabelece, como direito fundamental, a observância do devido processo legal, princípio este que abrange, indiscutivelmente, a garantia de que o cidadão somente será *processado e punido criminalmente pelos órgãos competentes pré-definidos para fazê-lo*.

16. De fato, a vasta ductibilidade da norma sancionadora gera uma instabilidade elástica contra os Servidores Públicos submetidos a processo administrativo disciplinar, por isso que esses jurisdicionados carecem de maiores garantias materiais e processuais que visem evitar equívocos ou arbítrios por parte da Administração, já que a segurança jurídica que permeia o Estado Constitucional não permite a possibilidade de acusações, e muito menos punições, desatreladas de prova contundente da conduta ilícita.

17. A exigibilidade de decisão judicial transitada em julgado, em contrapartida à indeterminação da norma, confere ao administrado a garantia de que será processado e julgado por órgão diverso de seu acusador, na verdade, o único realmente isento e equidistante dos interesses administrativos, significando isso a técnica de evitar a discricionariedade na utilização da norma sancionadora, isso porque na seara do Direito Sancionador não se tolera o uso do elemento discricionário, típico dos atos administrativos ordinários.

18. A prudência exige, portanto, que a perda do cargo público somente se efetive após o esgotamento de todos os recursos cabíveis, para que o Servidor não seja punido antes que o Judiciário possa considerá-lo culpado em definitivo, tendo em vista a possibilidade de reversibilidade do que foi inicialmente determinado.

19. Vale referir, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observações, o douto magistério de MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS:

Há incompatibilidade formal ao se aplicar o disposto no art. 132, IV, da Lei 8.112/90, sem estabelecer um dos tipos elencados nos artigos 9o., 10 e 11, da Lei 8.429/92, em decorrência de que a lei específica (geral) é que tem competência para prever os casos de punição dos atos de improbidade administrativa. Portanto, a incompatibilidade não ocorre por contradição da lei antiga (Lei 8.112/90) pela lei geral (Lei 8.429/92) e sim pela omissão de seu comando, que prevê de forma genérica a "improbidade administrativa" como uma conduta passível de demissão, sem descrever os tipos da lei geral: enriquecimento ilícito (art. 9o.), prejuízo ao erário (art. 10) e violação aos princípios da boa administração pública (art. 11),

Essa situação genérica, distanciada da lei que regulou inteiramente a matéria é ilegal, em decorrência de que os tipos da improbidade administrativa são os descritos na Lei 8.429/92, que apesar de terem um caráter aberto não admitem a subsunção da conduta do Servidor público em um simples e ilegal ato de improbidade administrativa, como grafado no inciso IV, do art. 132, da Lei 8.112/90. Isso porque o referido inciso IV, não tipifica a conduta relativa ao ato de improbidade administrativa, que será objeto de investigação a ser desenvolvida no processo administrativo disciplinar.

Nenhuma outra lei ou comando legal poderá dispor sobre os tipos, as hipóteses e sanções referentes ao ato de improbidade administrativa, pois, coube à lei geral (Lei 8.429/92) regulamentar o art. 37, § 4o., da CF, fixando, de forma ampla, os casos que são previstos como ímprobos.

Não incumbe à Administração Pública a imposição de penalidades previstas na Lei 8.429/92 (improbidade administrativa), eis que a competência é privativa do Poder Judiciário.

Após esse julgado da Excelsa Colenda Corte, dúvidas não pairam que a imposição das penalidade previstas na Lei de Improbidade Administrativa, e uma delas é a demissão do servidor público, são privativas do Poder Judiciário, devendo a instância administrativa disciplinar representar para que o Ministério Público ou para o Órgão lesado ingressem com a competente ação em juízo. As demissões levadas à efeito, pela instância administrativa, após a entrada em vigor da Lei 8.429/92, são nulas de pleno direito, pois o agente público somente poderá ser demitido após o trânsito em julgado da sentença condenatória. A precoce demissão efetivada através do processo administrativo disciplinar, antes do trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa, como aduzido, é ilegal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

violando o disposto no art. 20, da Lei 8.429/92 (Lei 8.112/90 Interpretada e Comentada, Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2008, pp. 924/925).

20. O julgado do Pretório Excelso a que se refere o renomado Autor é o RMS 24.699/DF, da relatoria do eminente Ministro EROS GRAU, um dos mais acatados e admirados juristas do País, no qual ficou consignado que a aplicação de penalidades com base na Lei 8.429/92 é privativa do Poder Judiciário; eis a ementa desse paradigmático acórdão:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE.

1. *Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei 8.112/90.*

2. *A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de conceitos indeterminados estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.*

3. *Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia – art. 117, inciso XV da Lei 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos.*

4. *Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido (RMS 24.699-DF, Rel. Min. EROS GRAU, DJU 01.07.2005).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

21. Destarte, reitero a minha convicção de que falece competência legal à Administração para declarar a perda de cargo público de Servidor acusado de improbidade administrativa, de maneira que, à instância administrativa compete apenas apurar o ilícito praticado e encaminhar extrato do PAD concluído com representação ao Ministério Público ou ao órgão público lesado para que seja ajuizada a competente Ação de Improbidade Administrativa, na forma prevista nos arts. 7o., 14, 15 e 16 da Lei 8.429/92, sistemática que já é observada no caso de cometimento de ilícitos penais, *não ocorrendo a ideia que possa a Administração aplicar qualquer pena de natureza criminal ao Servidor flagrado em infração penal.*

22. Passando à análise do caso concreto, verifica-se que a impetração demanda a análise dos seguintes pontos: (i) inadequação da via eleita; (ii) impossibilidade jurídica do pedido; (iii) litispendência em relação à ação ordinária 8146.20.12.401340-0, em trâmite na 2a. Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal; (iv) prescrição da pretensão punitiva da Administração; (v) atipicidade da conduta; e (vi) desproporcionalidade da pena.

23. Quanto à inadequação da via eleita e à impossibilidade jurídica do pedido, é de se ter claro que o direito líquido e certo a que alude o art. 5o., LXIX da CRFB é aquele cuja existência e delimitação são passíveis de demonstração documental, não lhe turvando o conceito a sua complexidade, densidade ou controvérsia jurídica (Súmula 605/STF). Dessa forma, deve o impetrante demonstrar, já com a petição inicial, no que consiste a ilegalidade ou a abusividade que pretende ver expungida e comprovar, de plano, os fatos ali suscitados, de modo que seja despendida qualquer dilação probatória, incabível no procedimento da ação mandamental.

24. A exigência de pronta apresentação da prova documental do alegado e a correlata vedação à produção de outras provas ao longo do procedimento está diretamente relacionada à celeridade especial desta via estreita.

25. Todavia, é de bom alvitre destacar que a impossibilidade de dilação probatória no rito mandamental não deve ser aferida pela simplicidade do direito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vindicado; a complexidade da questão não pode ser interpretada como ausência de prévia demonstração do direito líquido e certo.

26. Diante disso, tem-se que o Mandado de Segurança é meio processual adequado e idôneo para corrigir ilegalidades ocorridas no Processo Administrativo Disciplinar (PAD), ainda que se faça necessário examinar em profundidade a prova da sua ocorrência; o que não se admite, no trâmite do pedido de segurança é que essa demonstração se dê no curso do feito mandamental; mas se foi feita a demonstração documental e prévia da suposta ilegalidade ou abuso, não há razão jurídica para não se dar curso ao pedido de segurança e oferecer ao jurisdicionado uma solução segundo os cânones do Direito.

27. A seu turno, cabe frisar que, por força dos princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público em razão de infração disciplinar. Dest'arte, o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia a todos os Servidores contra eventual arbítrio, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais, como algumas correntes doutrinárias ainda defendem.

28. O Poder Judiciário pode e deve syndicar amplamente, em Mandado de Segurança, o ato administrativo que aplica a sanção de demissão ou cassação de aposentadoria a Servidor Público, para verificar (i) a ocorrência dos ilícitos imputados e (ii) mensurar a adequação da reprimenda à gravidade da infração disciplinar, não ficando a análise jurisdicional limitada aos seus aspectos formais de competência do agente e de observância do procedimento, como já preconizara o eminente Ministro VICTOR NUNES LEAL, afirmando o seguinte:

A legalidade do ato administrativo compreende não só a competência para a prática do ato e as suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato – desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo. Tanto é ilegal o ato que emane de autoridade incompetente, ou que não revista a forma determinada em lei, como o que se baseie num dado fato que, por lei, daria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lugar a um ato diverso do que foi praticado. A inconformidade do ato com os fatos que a lei declara pressupostos dele constitui ilegalidade, do mesmo modo que a constitui a forma inadequada que o ato porventura apresente (Problemas de Direito Público, Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 264).

29. Ademais, ainda que se adote (o que não é o caso) a orientação mais rígida de que o mérito do ato administrativo pertence unicamente à autoridade administrativa competente, sendo vedado ao Poder Judiciário, em Mandado de Segurança, rever o juízo administrativo, por certo não se pode admitir empecilho à atividade jurisdicional no que concerne à análise da simetria entre a infração praticada e a penalidade imposta ao Servidor, uma vez que a imposição de sanções - tanto na esfera administrativa quanto na penal - deve se fiar rigorosamente aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização das penas; eis a ementa de precedente que se adapta a essa orientação:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. ATO VINCULADO. APLICAÇÃO. ADVOCACIA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DAS CONDUTAS UTILIZADAS COMO FUNDAMENTO DO ATO DEMISSÓRIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PENA ANULADA.

1. *A aplicação de penalidades, ainda que na esfera administrativa, deve observar os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, isto é, a fixação da punição deve ater-se às circunstâncias objetivas do fato (natureza da infração e o dano que dela provir à Administração), e subjetivas do infrator (atenuantes e antecedentes funcionais). A sanção não pode, em hipótese alguma, ultrapassar em espécie ou quantidade o limite da culpabilidade do autor do fato.*

2. *A motivação da punição é indispensável para a sua validade, pois é ela que permite a averiguação da conformidade da sanção com a falta imputada ao servidor. Sendo assim, a afronta ao princípio da proporcionalidade da pena no procedimento administrativo, isto é, quando a sanção imposta não guarda observância com as conclusões da Comissão Processante, torna ilegal a reprimenda aplicada, sujeitando-se, portanto, à revisão pelo Poder Judiciário, o qual possui competência para realizar o controle de legalidade e legitimidade dos atos administrativos.*

3. *A configuração da advocacia administrativa pressupõe que*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o servidor, usando das prerrogativas e facilidades resultantes de sua condição de funcionário público, patrocine, como procurador ou intermediário, interesses alheios perante a Administração.

4. O art. 9o. da Lei 8.429/92 define que constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades nela mencionadas.

5. Hipótese em que o Recorrente teria protocolado, para terceiros, uma única vez, um pedido de transferência de um único veículo na CIRETRAN, sem notícia de que estivesse auferindo alguma vantagem por isso ou se utilizando do cargo que ocupava para obter algum benefício.

6. Recurso provido para conceder a segurança (RMS 20.665/SC, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 30.11.2009).

30. Quanto à litispendência, ao meu sentir, a moderna teoria processual que identifica as ações pelo conteúdo jurídico dos pedidos, defendida por eminentes e acatados doutrinadores, por mais respeitável que seja (e realmente o é) está, com a devida vênia, em confronto com a norma do art. 301, § 2o. do CPC, que absorveu aquela velha teoria da *tria eadem* (identidade de partes, pedido e causa de pedir).

31. Cumpre, todavia, homenagear a função uniformizadora do direito e adotar a diretriz jurisprudencial desta Corte de que a identidade entre duas ações pode ser apurada, em certos casos, fora do rigor tradicional que exigia a identidade de partes, pedido e causa de pedir. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ARTS. 14 E 16 DA LEI 8.935/94. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. LITISPENDÊNCIA RECONHECIDA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. QUADRO FÁTICO NECESSÁRIO À ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA DE DIREITO MATERIAL EVIDENCIADO PELOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

(...).

3. No presente caso, a instância ordinária noticia que a recorrente trouxe ao Judiciário a discussão sobre a sua manutenção na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

titularidade da serventia, da qual foi afastada, em três oportunidades: por meio de um mandado de segurança, que foi denegado; em ação ordinária, cujo pleito era o reconhecimento da prescrição administrativa, ainda pendente de recurso; e, nestes autos, nos quais sua pretensão é impedir o certame para preenchimento da vacância do cartório.

4. A teor do § 1o. do art. 301 do CPC, caracteriza-se litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. A identidade entre as ações, por seu turno, pressupõe a igualdade das partes, da causa de pedir (próxima e remota) e do pedido (mediato e imediato).

5. Não obstante o pedido imediato seja diverso, ambas as ações têm idêntico pedido mediato - o retorno à titularidade do Ofício do Registro Civil, Títulos e Documentos da comarca de Balneário Camboriú - evidenciando, desse modo, a ocorrência de litispendência.

6. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp. 12.430/SC, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 25.06.2012).



PROCESSUAL CIVIL. LITISPENDÊNCIA. ART. 301 DO CPC. ANÁLISE DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.

1. A litispendência verifica-se quando se repete ação anteriormente ajuizada. A identidade entre elas ocorre quando possuírem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (art. 301 do CPC).

2. A identidade de ações, entre a presente e o Mandado de Segurança 2004.51.06.000736-1, foi reconhecida pelo Tribunal a quo por terem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Sendo que, no mandado de segurança, figura-se como parte a autoridade coatora, e pleiteia o autor a continuidade em concurso público, com participação em curso de formação, alegando problemas na avaliação psicológica realizada em etapa do certame. Já, na ação ordinária, pleiteia-se a nulidade desta avaliação, o que afastaria o candidato do restante da seleção.

3. No mandado de segurança, a autoridade coatora é um fragmento da pessoa jurídica de direito público interessada, e, se dentro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dela há legitimidade passiva de mais de uma autoridade coatora, logo há identidade de parte para efeito de caracterizar litispendência e coisa julgada (AgRg no RMS 23.935/RS, Rel. Celso Limongi - Desembargador convocado do TJ/SP, Sexta Turma, julgado em 23.11.2010, DJe 6.12.2010).

(...).

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp. 1.236.404/RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 04.04.2011).

32. Assim, é excepcionalmente possível a ocorrência de litispendência ou coisa julgada entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, entendendo-se que tal fenômeno se caracteriza quando há identidade jurídica, ou seja, quando as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas; no pedido mandamental, a autoridade administrativa, e na ação ordinária a própria entidade de Direito Público.

33. No caso em apreço, não há a alegada litispendência em relação à ação ordinária 8146.20.12.401340-0, em trâmite na 2a. Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (fls. 814/820), uma vez que são diversas as causas de pedir; naquela demanda, sustenta o autor (i) a independência das esferas penal e disciplinar, pois considera que o PAD teve seu curso atrelado à sorte da ação penal, em que restou condenado, mesmo que a sentença tenha sido posteriormente anulada, e (ii) o cerceamento de defesa, dado o indeferimento do depoimento de algumas testemunhas e da perícia sobre o *lap top*, sendo, pois, distintas da causa de pedir deste *writ*.

34. Quanto à prescrição da pretensão punitiva, tem-se que é inocorrente, na espécie, qualquer que seja seu fundamento, tanto o art. 142, I da Lei 8.112/90 como o § 2o. do mesmo dispositivo legal. Isso porque a Administração tomou conhecimento do fato em 09.03.2005 e a Comissão de Inquérito foi instaurada em 04.03.2010, culminando com a publicação do ato punitivo em 24.02.2012, não alcançado o prazo de cinco anos. Ademais, aplica-se, no caso concreto, o prazo prescricional previsto na lei penal, uma vez que o impetrante foi denunciado - e condenado em primeira instância - pela suposta prática, dentre outros crimes, do crime previsto no art. 3o., III da Lei 8.137/90, que consiste em *patrocinar, direta ou*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público, punido com pena máxima de quatro anos, o que estabelece, segundo o art. 109, IV do CPB, o prazo prescricional de oito anos, haja vista a correspondência com o ato ilícito administrativo praticado, qual seja, elaborar defesas administrativas junto ao Fisco, na condição de servidor lotado no setor de análise dessas defesas (fls. 568/570).

35. A análise que se propõe no presente *mandamus* cinge-se a averiguar se a conduta imputada ao impetrante é típica, bem como se a pena aplicada é razoável. Veja-se o quanto disposto no relatório da Comissão de Inquérito a respeito da tipicidade:

Alega que tanto as testemunhas quanto a Comissão chegaram à conclusão de que quem elaborou as defesas teve acesso aos documentos relativos às NFLD's, porém alega que o servidor não dispunha e nem há prova de que o indiciado tenha compulsado tais documentos.

Não procede a alegação da defesa de que o servidor indiciado não compulsou os documentos, tendo em vista que ficou comprovado que ele participou da elaboração da defesa, conforme demonstrado através do Termo de Indiciação, pois as defesas foram elaboradas com dados que só constam das NFLD's.

Para corroborar esse entendimento cabe ressaltar que, cópia da capa da NFLD 35.492.596-2 foi encontrada na residência do servidor indiciado junto com jurisprudência utilizada nessa defesa administrativa, ressaltando ainda que estes documentos foram encontrados dentro de um envelope endereçado ao servidor indiciado, escrito ainda no envelope: LIMPPANO.

(...).

Também não é comum auditores lotados no setor de análise de defesa terem peças deste tipo em seu computador como alega a defesa. O que seria comum seria os auditores terem decisões referentes a essas defesas e não elas propriamente ditas, e mesmo que assim não se entenda, cabe ressaltar que foram encontradas também trechos de defesas não acabadas, inclusive jurisprudências contrárias à lei previdenciária, o que só reforça a participação do servidor indiciado na elaboração das mesmas (fls. 567/568).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

36. Sem olvidar do meu entendimento exposto linhas antes acerca da tipicidade, verifica-se, a partir do excerto acima, haver indícios suficientes a permitir a conclusão de que o impetrante realmente praticou a conduta prevista no art. 132, IV da Lei 8.112/90 (improbidade administrativa), consistente na elaboração de duas minutas de defesa administrativa contra duas NFLD's em favor de um contribuinte (LIMPPANO S/A), na condição de servidor lotado no Setor de Análise de Defesas e Recursos, pois foram utilizadas informações que constam apenas nessas notificações, ao passo em que foi encontrada em sua residência cópia de parte de uma delas, acompanhada dos julgados utilizados na defesa respectiva, tudo acondicionado em um envelope endereçado ao impetrante, além de trechos de outras minutas de defesa, ainda em elaboração, juntamente com julgados contrários aos interesses fazendários, violando-se os princípios administrativos da moralidade e da impessoalidade.

37. Ademais, não há nos autos prova documental apta a desconstituir os indícios apurados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. O Processo Administrativo Disciplinar foi conduzido regularmente, nutrindo-se do mais amplo acervo probatório, além de elementos colhidos na ação penal a que responde o impetrante, não havendo mácula a ser reconhecida no empréstimo de provas realizado entre as instâncias penal e administrativa, no caso concreto.

38. Finalmente, a respeito da pena aplicada (demissão), cabível uma breve consideração: a pena demissória não comporta graduação, evidentemente; é como a pena de morte, não tem como graduá-la. Veja-se bem, é do Direito Sancionador a ideia de mínimo e máximo, de piso e teto, da sanção. Até se diz que uma sanção prefixada deixa de observar a *individualização da conduta*. Temos de medir, de ponderar e de verificar a motivação, o proveito, as circunstâncias, o caráter, a condição social e econômica do agente. Tudo aquilo que está escrito no Código Penal.

39. Pois bem, a pena de demissão, como acabei de dizer, não tem graduação; portanto, a dosimetria da sancionabilidade administrativa está na escolha da sanção: advertência, suspensão, demissão, demissão a bem do serviço público e cassação de aposentadoria. Na Lei 8.112/90 não há graduação. É tudo ou nada. A Administração não tem discricionariedade para escolher a pena no caso de demissão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não tem mesmo, não, mas também não existe discricionariedade no Processo Administrativo Disciplinar. Essa aura que cerca o ato administrativo, auto-executividade, presunção de validade, de legitimidade etc., isso é verdade no ato administrativo executivo, mas não no ato administrativo de julgamento. Se a Administração quer julgar, como quer, trate de submeter-se às condições do processo judicial; todas as garantias, como está no art. 5o., LV da CF. Aos imputados se asseguram todas as garantias, seja judicial ou seja administrativo o processo. Não tem a Administração feito isso, pelo menos com o rigor que o Judiciário exige.

40. O Judiciário tem exatamente a função de preservar a dignidade das pessoas, especialmente das pessoas imputadas. Quem não está sofrendo imputação criminal ou algum tipo de sancionamento não precisa das garantias processuais. Quem precisa é justamente quem está sendo acusado. É difícil e meio contrário ao nosso senso comum aceitar que uma pessoa contra quem já se exarou socialmente uma sanção condenatória possa invocar exitosamente em seu favor as garantias processuais. Ele não precisa, já está condenado mesmo.

41. Inobstante essa constatação, tem-se que a demissão, no caso, revela-se proporcional ao fato imputado, que se reveste de gravidade singular, pois evidencia a violação ao dever de probidade junto à Administração, aos princípios da legalidade e da moralidade, podendo configurar, em tese, o crime previsto no art. 3o., III da Lei 8.137/90, tanto que o impetrante foi denunciado por ele, não havendo margem de discricionariedade para que a autoridade aplique pena diversa da demissão (MS 17.515/DF, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 03.04.2012). Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ATO DE DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO. OBSERVÂNCIA.

1. O impetrante busca anular o ato do Ministro de Estado da Justiça que o demitiu do cargo de Agente da Polícia Federal, por ter intercedido junto à fiscalização aduaneira do Aeroporto Internacional de Guarulhos para facilitar a entrada de mercadorias no território nacional sem o pagamento da tributação devida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A autoridade coatora na ação mandamental é aquela com atribuições para desfazer o ato impugnado. No PAD, a comissão processante não possui poderes decisórios, competindo à autoridade superior a aplicação da penalidade cabível. Logo, está evidenciada a ilegitimidade passiva da Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Federal do Aeroporto Internacional de Guarulhos, devendo o feito prosseguir apenas em face do Ministro de Estado da Justiça.

3. O mandado de segurança é remédio constitucional destinado a sanar ou a evitar ilegalidades que acarretem violação de direito líquido e certo do impetrante. Trata-se, portanto, de ação submetida a um rito especial, que demanda a comprovação de plano do alegado, com o objetivo de proteger o indivíduo contra abusos praticados por autoridades públicas ou por agentes particulares no exercício de atribuições delegadas pelo ente público.

4. O impetrante não trouxe elementos suficientes para comprovar os alegados vícios do processo administrativo disciplinar, não se desincumbindo do ônus de demonstrar o direito líquido e certo supostamente violado.

5. O processo administrativo disciplinar e a ação de improbidade, embora possam acarretar a perda do cargo público, possuem âmbitos de aplicação distintos, mormente a independência das esferas civil, administrativa e penal. Logo, não há óbice para que a autoridade administrativa apure a falta disciplinar do servidor público independentemente da apuração do fato no bojo da ação por improbidade administrativa. Precedentes.

6. Não há desproporcionalidade na sanção demissão, uma vez que a conduta apurada administrativamente é de natureza gravíssima, podendo caracterizar, inclusive, ilícito de natureza penal.

7. Ordem denegada (MS 15.951/DF, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 27.09.2011).

42. Ante o exposto, com espeque nas considerações acima, denega-se a segurança, em consonância com o parecer ministerial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2012/0117142-0 PROCESSO ELETRÔNICO MS 18.666 / DF

Número Origem: 10768001188201075

PAUTA: 14/08/2013

JULGADO: 14/08/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANTÔNIO VINICIUS MONTEIRO
ADVOGADO : CARLOS EUGENIO DE LOSSIO E SEIBLITZ FILHO E OUTRO(S)
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA
INTERES. : UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Servidor Público Civil - Processo Administrativo Disciplinar ou Sindicância - Demissão ou Exoneração

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou, oralmente, o Dr. CARLOS EUGENIO DE LOSSIO E SEIBLITZ FILHO, pelo impetrante.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, denegou a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Eliana Calmon, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.