



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1727920 - RJ (2020/0172383-0)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : TIAGO DE ÁVILA ACQUAVIVA
ADVOGADO : CLÁUDIO SERPA DA COSTA - RJ104313
AGRAVADO : UNIÃO
AGRAVADO : AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL - MEI. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DO COMÉRCIO. VEDAÇÃO. ART. 117, X, DA LEI 8.112/90 C/C ART. 132, XIII, DA LEI 8.112/90. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. SOCIEDADE PRIVADA. ART. 44 DO CÓDIGO CIVIL. FUNDAMENTOS DA CORTE DE ORIGEM INATACADOS, NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 128 DA LEI 8.112/90, 2º, VI, **CAPUT**, DA LEI 9.784/99 E 23, II, § 2º, DA LEI 10.781/2004. INFRAÇÃO DISCIPLINAR PUNÍVEL COM DEMISSÃO, PRATICADA PELO SERVIDOR, APURADA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Ação Ordinária, proposta pelo ora recorrente, contra a União e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), objetivando a declaração de nulidade de seu ato de demissão, por atipicidade da conduta, ante a impossibilidade de enquadramento legal do MEI - Microempendedor Individual como sociedade privada, conforme preceitua o inciso X, do art. 117, da Lei 8.112/90, bem como pela ilegalidade dos pareceres vinculantes da AGU GQ-183 e GQ-177 que vedam a atenuação da sanção para as condutas tipificadas no art. 132 da Lei 8.112/90, determinando, por conseguinte, a sua reintegração no cargo de Especialista em Regulação de Petróleo e Derivados, Álcool Combustível e Gás Natural do Quadro de Pessoal da referida Agência reguladora. O Juízo de 1º Grau julgou extinto o feito, sem julgamento de mérito, em relação à União, na forma do art. 485, VI, do CPC/2015 (ilegitimidade passiva **ad causam**), e improcedente o pedido, na forma do art. 487, I, do CPC/2015, no que toca à ANP, condenando o Autor ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC/2015, a qual foi mantida pelo Tribunal de origem.

III. No caso, o Tribunal de origem considerou configurada a infração disciplinar prevista no art. 117, X, da Lei 8.112/90, no caso concreto, eis que comprovado o exercício de atividade empresarial pelo recorrente, aos fundamentos de que o deduzido pela

sentença "revela não só a presença do elemento objetivo, consistente no exercício do comércio, fato que o próprio reconhece, como também do elemento subjetivo, fundado no ânimo de comerciar, na vontade livre e consciente de adquirir produtos para revenda. Logo, e fundado na admissão do recorrente da prática do comércio concomitante ao exercício do cargo público, indiscutível o preenchimento dos referidos requisitos. Nem se busque diferenciar sociedade de empresa individual para o fim de descaracterizar a infração capitulada no artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90, porquanto o intento do legislador foi proibir o exercício de toda e qualquer atividade empresarial concomitantemente ao exercício de cargo público"; e que "a norma não tem por fim somente a proteção pura e simples da moralidade administrativa e a conservação da imparcialidade do servidor na gestão do interesse público. Sobressai, ainda, o dever de dedicação exclusiva à função pública por si exercida, segundo o contido no artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90, a ser interpretada conjuntamente com determinadas ressalvas legais, como a prevista no artigo 37, inciso XVI, da Constituição de 1988. De toda sorte, inexistente qualquer norma a amparar a mercancia cumulada com o exercício de cargo público. Logo, intuito de se exigir a dedicação exclusiva é patente, não se admitindo nem mesmo atividades estranhas ao cargo quando o servidor se licencia para tratar da saúde".

IV. Das razões do Recurso Especial, em que o recorrente insiste na atipicidade da conduta, por violação ao art. 44 do Código Civil, pelo mero fato de ter-se constituído em Microempreendedor Individual - MEI, verifica-se que a fundamentação do acórdão recorrido, no tópico, restou incólume. Portanto, é de ser aplicado o óbice da Súmula 283/STF, por analogia. Precedentes do STJ.

V. A comprovação dos elementos caracterizadores da conduta e até de sua gravidade, na forma descrita no art. 117, X, da Lei 8.112/90, foi apreciada pelo Tribunal de origem, cujo reexame é insuscetível de ser feito na via do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ, o qual, aliás, consignou que "a conduta foi exaustivamente examinada, não se acolhendo a pretensão de rever a pena de demissão, pois a legislação não admite esse intento, não residindo a sua aplicação por simples orientação de parecer normativo, como aventado, descabendo considerar circunstâncias atenuantes ou agravantes, proporcionalidade, razoabilidade ou mesmo outros argumentos".

VI. No mais, o acórdão recorrido não destoa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "assentado o cometimento de infração punível exclusivamente com a demissão, não cabe ao órgão censor aplicar sanção diversa ao servidor, dado que o comando do art. 132 da Lei n. 8.112/1990 se apresenta como norma vinculante para a autoridade administrativa julgadora. Como já decidido em hipótese análoga, 'acerca da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de demissão, é firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça de que, caracterizada conduta para a qual a lei estabelece, peremptoriamente, a aplicação de determinada penalidade, não há para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa' (MS 14.667/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 17/12/2014); ainda no STJ e no mesmo sentido, MS 16.105/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, DJe 02/02/2017; já no STF, RMS 33.911/DF, Rel.ª Ministra CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 20/06/2016" (STJ, MS 17.868/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 23/03/2017).

VII. Além de o acórdão se harmonizar com a atual jurisprudência do STJ, resta não comprovado o alegado dissídio jurisprudencial. "A divergência jurisprudencial suscitada não atende ao requisito da identidade fático-jurídica entre os acórdãos confrontados, uma vez que as peculiaridades do caso vertente não se encontram espelhadas nos paradigmas, os quais, a toda evidência, baseiam-se em fatos, provas e circunstâncias distintas das constantes dos autos sob análise" (STJ, AgInt no REsp 1.864.132/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 27/11/2020).

VIII. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 28/02/2023 a 06/03/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 06 de março de 2023.

Ministra ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno interposto contra decisão de minha lavra, que conheceu do Agravo, para conhecer, em parte, do Recurso Especial, e, nessa extensão, negar-lhe provimento, pela incidência dos óbices das Súmulas 283/STF e 7/STJ, pela consonância do entendimento do acórdão recorrido com a jurisprudência firmada pelo STJ e pela ausência de comprovação do dissídio jurisprudencial.

Inconformada, sustenta a parte agravante o seguinte:

"Aponta a decisão agravada que, à luz do princípio da dialeticidade, o Agravante não teria impugnado todos os fundamentos suficientes para sustentar o acórdão recorrido, demonstrando, de maneira discursiva, por que o julgamento, proferido pelo Tribunal de origem, merece ser modificado, acarretando a higidez do julgado recorrido em face da aplicação, por analogia, da Súmula 283/STF, que dispõe ser 'inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles' .

Data máxima vênia, a alegação não merece prosperar.

Com efeito, os excertos colacionados no acórdão e reproduzidos na decisão agravada dizem respeito à configuração da tipicidade da conduta do Agravante ventilada no relatório Final da CPAD, consubstanciada no fato do Agravante ter efetivamente participado de leilões da Receita Federal para aquisição de diversos produtos, como pessoa física e a partir do MEI TIAGO DE AVILA ACQUAVIVA 03549168667, nome fantasia Acquaviva Imports, CNPJ nº 22.66.895/0001- 97, conduta que seria vedada pelo art. 117, X, da Lei 8.112/90 e pelo art. 23, II, 'c' e 36-A da Lei nº 10.871/2004.

Contudo, tanto a ação proposta pelo Agravante como os recursos opostos em face da sentença de 1º grau, jamais se insurgiram contra às premissas fáticas que levaram a configuração da infração prevista no art. 117, X, da Lei 8.112/90, e, conseqüentemente, à demissão do Agravante do cargo de Especialista em Regulação de Petróleo e Derivados, Álcool Combustível e Gás Natural da ANP.

In casu, restou expressamente consignado no capítulo VI da peça recursal, que não se estava a discutir que a conduta do Agravante se amolda a figura típica prevista no art. 117, X, da Lei 8.112/90, 'uma vez que tais fatos foram expressamente reconhecidos pelo Recorrente desde o início do PAD instaurado em seu desfavor'.

Vejamos:

(...)

A discussão travada junto ao poder judiciário, objeto do Recurso de

Apelação junto ao Eg. TRF2, diz respeito à ausência de análise de FATO INCONTROVERSO ventilado no relatório final da CPAD, consubstanciado em CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES que “apontavam para a desproporcionalidade de se aplicar a penalidade de demissão imposta pelo art. 132, XIII, da Lei n. 8.112/90, tais como, 1) a pouca duração do MEI; 2) a não utilização do e-mail corporativo na atividade; 3) a desvinculação da atividade empreendida com a área de atuação da agência reguladora; 4) a inexistência de indícios de prejuízos à Administração; 5) a boa qualificação do indiciado na sua última avaliação de desempenho” .

Isso porque, no relatório final a CPAD faz expressa menção a precedentes deste Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de aplicação de pena diversa da demissão por infração ao art. 117, X, da Lei nº 8.112/90, a despeito da previsão contida no art. 132 da mesma lei, com base no princípio da proporcionalidade (fls. 215/215V do PAD - cópia integral anexada por linha):

(...)

Portanto, os fundamentos do acórdão 'utilizados para entender configurada a infração disciplinar prevista no art. 117, X, da Lei 8.112/90' nunca foram objeto da ação ou do recurso de apelação, como ventilado na decisão ora Agravada.

O Agravante jamais se insurgiu contra as premissas fáticas que levaram a configuração típica da infração prevista no art. 117, X, da Lei nº 8.112/90, cingindo-se o objeto do recurso à impugnação da (a)tipicidade da conduta face (i) a distinção entre sociedade privada e microempreendedor individual contida no art. 44 do Código Civil, bem como (ii) pela desproporcionalidade da penalidade de demissão aplicada ao Agravante, em razão da ausência de análise das circunstâncias atenuantes apontadas no relatório final da CPAD (JAMAIS impugnadas pela ANP no bojo da ação ou dos recursos opostos pelo Agravante).

Trata-se de pedido de aplicação dos artigos 128 da Lei nº 8112/90 e 23, §2º, da Lei 10.871/2004, os quais dispõem expressamente sobre o princípio da proporcionalidade na aplicação das penalidades, devendo ser consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais:

Vejamos:

(...)

Conforme expressamente consignado na peça recursal, a insurgência considerou como válidos os elementos fáticos caracterizadores da

configuração da infração prevista no art. 117, X, da Lei 8.112/90 - o exercício de atividade empresarial (e ou comercial) como pessoa física e como pessoa jurídica MEI TIAGO DE AVILA ACQUAVIVA 03549168667, nome fantasia Acquaviva Imports, CNPJ nº 22.66.895/0001-97, **insurgindo-se, tão somente, contra a ausência de análise do caso concreto à luz dos artigos 44 do CC (exercício da atividade comercial através de MEI se distingue da atividade empresarial realizada através da Sociedade Privada expressamente citada no art. 117, X, da Lei 8.112/90), 128 da Lei n. 8.112/1990, 2º, inc. VI, caput, da Lei n. 9.784/1999 e 23, inc. II, §2º, da Lei n. 10.781/2004 (aplicação do princípio da proporcionalidade diante das circunstâncias atenuantes favoráveis constantes do Relatório Final da CPAD).**

Pelo exposto, resta evidente que o Recurso Especial não esbarra no óbice da Sumula 283/STF, haja vista que, embora ventilados no acórdão, os fundamentos utilizados para entender configurada a infração disciplinar prevista no art. 117, X, da Lei 8.112/90 jamais foram objeto de impugnação pelo Agravante, cingindo-se a insurgência a distinção entre sociedade privada e microempreendedor individual disposta no art. 44 do CC e à desproporcionalidade da penalidade de demissão aplicada, face a existência de circunstâncias atenuantes expressamente ventiladas no Relatório Final da CPAD, não impugnadas pela ANP, e desconsideradas no ato demissional, a despeito da previsão legal contida nos artigos 128 da Lei n. 8.112/1990, 2º, inc. VI, caput, da Lei n. 9.784/1999 e 23, inc. II, §2º, da Lei n. 10.781/2004, sendo estas as razões jurídicas pelas quais o acórdão merece ser modificado, ambos devidamente impugnados na peça recursal.

(...)

Conforme o excerto do acórdão transcrito na decisão agravada, o acórdão recorrido entendeu por bem “DESCONSIDERAR as circunstâncias atenuantes ou agravantes, proporcionalidade, razoabilidade ou mesmo outros argumentos”, em absoluta negativa de vigência ao que prevê o art. 128 da Lei 8.112/90, bem como o art. 23, §2º, da Lei 10.781/2004.

Como já apontado no Recurso Especial, a análise das violações à legislação federal apontadas pelo Agravante não esbarra no óbice da súmula 07 STJ, mormente porque o mencionado recurso não trata de reexame dos elementos fáticos caracterizadores da conduta descrita no art. 117, X, da Lei 8.112/90.

A ação ordinária movida pelo Agravante em face da ANP, objetivou a anulação da penalidade de demissão que lhe fora imposta, por infração ao disposto no art. 117, X, da Lei n. 8.112/90 c/c art. 23, II, “c”, da Lei n. 10.781/2004, considerando a prática da conduta penalizada, consubstanciada no fato do Agravante ter se cadastrado como

Superior Tribunal de Justiça

Microempreendedor Individual – MEI e, nessa condição, ter participado no período de 21/05/2015 a 05/08/2015 de 14 leilões da Recita Federal do Brasil - RFB, ou seja, teria, em tese, cumulado as atribuições do cargo público com a atividade de gestão e/ou administração de empresa privada por pouco mais de 2 meses, conforme se observa do termo de indicição.

Embora a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar - CPAD tenha recomendado a aplicação da penalidade de demissão, tal recomendação se deu em razão da determinação legal contida no art. 132, XIII, da Lei n. 8.112/90, tendo o Relatório Final ressaltado expressamente a presença de circunstâncias atenuantes que indicariam a possibilidade de aplicação de penalidade diversa em razão do princípio da proporcionalidade, apontando, inclusive, que a tese estava amparada pela jurisprudência desse Eg. Superior Tribunal de Justiça (fls. 215/215V do PAD).

Conforme se observa dos Pareceres 026/2016/CRG e 0382/2016/CONJUR/MME/CGU/AGU, a demissão do Agravante teve como único fundamento a obrigatoriedade legal contida no art. 132, XIII, da Lei n. 8.112/90, verbis:

(...)

A tese jurídica acerca da obrigatoriedade da aplicação da pena de demissão nos casos de infração ao art. 117, X, em razão do art. 132, XIII, ambos da Lei n. 8.112/90, foi mantida pelo acórdão objeto do Recurso Especial, tendo os Desembargadores que compõem a Sexta Turma Especializada do Eg. TRF2, a unanimidade de votos, conhecido e negado provimento ao recurso de Apelação, bem como aos Embargos de Declaração opostos para sanar omissões e obscuridades.

(...)

Ao julgar os Embargos de Declaração opostos para sanar justamente a omissão acerca da ausência de análise das circunstâncias atenuantes declinadas pelo Relatório Final da CPAD e aplicação de penalidade diversa da demissão com base no art. 128 da Lei n. 8.112/90, a Sexta Turma apontou expressamente que a demissão encontra fundamento de validade no art. 117, X, da Lei n. 8.112/90, conduta para a qual o legislador estabeleceu sanção cerrada, verbis :

(...)

Nesse sentido, ao contrário do que apontado na decisão ora agravada, o Recurso Especial atende perfeitamente as exigências legais para sua admissão e conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, **tratando-se de análise da interpretação e aplicação da legislação federal relativa à possibilidade de aplicação de penalidade diversa da demissão nos casos de infração ao art. 117, inc. X, da Lei n. 8.112/90, à luz da análise sistemática da própria lei ordinária (art. 128), da legislação especial que rege a matéria (art. 23, inc. II, §2º, da Lei n. 10.781/2004), e das circunstâncias atenuantes expressamente consignadas no relatório final da CPAD, as quais foram expressamente desprezadas pelo acórdão recorrido, face o que dispõe o art. 132, XIII, da Lei n. 8.112/90.**

Como ressaltado em preliminar do Recurso Especial, o que se pretende é apenas análise da TESE JURÍDICA sobre a possibilidade de abrandamento da penalidade nos casos de afronta ao art. 117, inc. X, da Lei 8.112/90, à luz do princípio da proporcionalidade, tratando-se, portanto, de discussão eminentemente de direito, de índole dogmática, não se buscando, em hipótese alguma, levar a discussão para o reexame dos elementos fáticos caracterizadores da conduta descrita no art. 117, X, da Lei 8.112/90.

Vale repetir e frisar que o Agravante jamais negou ter se registrado no cadastro de pessoas jurídicas – CNPJ como microempreendedor individual (MEI), tampouco ter participado de leilões da Receita Federal e arrematado lotes nesta condição por um curto período de tempo, de sorte que as premissas fáticas acerca da conduta apontada no acórdão recorrido são absolutamente incontroversas na espécie e encontram-se bem delineadas na decisão recorrida.

O que se pretende é que, à luz das CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES delineadas no relatório final da comissão de processo administrativo disciplinar – CPAD, sejam as premissas que levaram à demissão revaloradas, para perquirir se houve proporcionalidade na aplicação da norma prevista no art. 132 da Lei n. 8.112/90, a partir do que dispõem os dispositivos legais que deixaram de ser observados pelo acórdão recorrido, os artigos 44 do Código Civil, art. 128 da Lei n. 8.112/1990, art. 2º, caput e inc. VI, da Lei n. 9.784/1999 e ao art. 23, inc. II, §2º, da Lei n. 10.781/2004, a fim de se apurar a tipicidade da conduta atribuída ao Agravante bem como a análise dos requisitos objetivos que a Administração Pública deve obrigatoriamente observar na aplicação de penalidades administrativas aos servidores públicos.

Nesse sentido, estando bem delineadas as questões de fato no acórdão recorrido, sua reavaliação a partir da norma de regência não importa em ofensa à súmula 7 do STJ (AgRg no REsp 1474405/SP), verbis :

(...)

Portanto, não há que se falar na imprescindibilidade de reexame dos elementos caracterizadores da conduta descrita no art. 117, X, da Lei 8.112/90 para a aferição da ofensa aos dispositivos infraconstitucionais apontados, porquanto não se discute as premissas fáticas (matéria de fundo) delineadas no corpo do acórdão recorrido, mas apenas se a CONDUTA do Agravante (constituição de MEI e participação em leilões da RFB), diante do sopesamento das CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES descritas no relatório final da CPAD que deixaram de ser analisadas quando da aplicação da penalidade, ensejam a aplicação de penalidade diversa da demissão, com base no que dispõem os dispositivos legais cuja vigência se negou ao Agravante.

Neste sentido, delineadas as premissas fáticas, o que se pretende é que, a

partir das mesmas, seja a analisada a TESE JURÍDICA de que as circunstâncias atenuantes expressamente apontadas no relatório final da CPAD podem e devem ser levadas em consideração na DOSIMETRIA DA PENA pela infração ao art. 117, X, da Lei n. 8.112/90, mitigando-se a obrigatoriedade da demissão prevista no art. 132, XIII, da Lei n. 8.112/90, com a APLICAÇÃO SISTEMÁTICA dos artigos 128 da Lei n. 8.112/1990, 2º, caput e inc. VI, da Lei n. 9.784/1999 e ao art. 23, inc. II, §2º, da Lei n. 10.781/2004, para impor PENA DIVERSA da demissão, com aplicação do PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Quanto ao precedente citado na decisão agravada acerca da aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade e do art. 128 da Lei 8.112/90, em relação à pena aplicada (STJ, MS 21.231/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 24/04/2017), verifica-se que o julgado não encontra qualquer similitude com o caso ora em exame, porquanto se trata de prática de conduta de extrema gravidade concreta de utilização indevida de verbas públicas em benefício próprio e de terceiros, conduta capitulada como infração disciplinar prevista no art. 117, IX 2 e XVIII, da Lei 8.112/90, enquanto no caso ora em exame o Agravante foi demitido por ter adquirido produtos em leilões da receita federal com o intuito presumido de comercializa-los por meio da internet.

Pelo exposto, verifica-se que a análise da matéria é eminentemente de direito, não encontrando óbice na sumula 7 do STJ, pelo que, o recurso atende os requisitos legais delineados no artigo 105, inciso III, alínea 'a', da Carta Magna, sem a necessidade de incursão no conjunto fático-probatório.

(...)

Data máxima vênua, ao fazer o cotejo analítico entre os excertos o Agravante assentou expressamente a similitude entre os casos ventilados nos acórdãos paradigmas e o caso concreto, valendo colacionar o capítulo do recurso que versa sobre o dissídio jurisprudencial, que por si só é autoexplicativo, verbis (sem iluminação no original):

(...)

Note-se que, ao contrário do disposto na decisão agravada, os julgados apontados como paradigma tratam de julgamentos de casos claramente idênticos ao caso concreto ora em exame, haja vista que:

1. Em ambos os casos trazidos como paradigma, tratou-se de ação declaratória de nulidade de ato administrativo de demissão ante a prática de conduta descrita no art. 117, X, da Lei 8.112/1990 – gerência e/ou administração de empresa privada concomitantemente ao exercício do cargo público;
2. Ao menos no caso do **RECURSO ESPECIAL Nº 1.147.380 – PR**, restou reconhecida a existência do ilícito administrativo praticado pela senhora Lourdes Maria Grimm, porém, com o afastamento da pena de demissão e imposição de penalidade mais branda de suspensão por noventa dias, haja

vista que o Tribunal **a quo** consignou a ausência de prejuízo financeiro ao erário e o exercício do comércio por pouco tempo, restando evidenciado a desproporcionalidade entre a conduta e a sanção aplicada, com espeque no art. 128 da Lei 8.112/90;

3. Em ambos os casos foi verificada a possibilidade de aplicação de penalidade diversa da demissão, com base no art. 128 da Lei n. 8.112/90, cuja inteligência prevê a necessidade de verificação da natureza e a gravidade da infração cometida, os danos ao serviço público advindos da atuação ilegal, os antecedentes funcionais, bem como as circunstâncias agravantes e atenuantes aplicáveis ao caso concreto.

Veja que os julgados paradigmas se assemelham ao caso ora em exame, tratando da prática de conduta vedada pelo art. 117, X, da Lei 8.112/90 (cumulação da função pública com administração de empresa privada), bem como da aplicação do art. 128 para mitigar a aplicação do art. 132, XIII, da mesma norma, no sentido de aplicar o princípio da proporcionalidade nos casos de pouca ou nenhuma lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo administrativo.

No presente caso, como já exaustivamente ventilado na peça recursal, apesar das circunstâncias atenuantes terem sido expressamente consignadas pela CPAD no Relatório Final, foram absolutamente desconsideradas no acórdão recorrido, tendo o Tribunal a quo simplesmente deixado de analisá-las por mera liberalidade e em virtude da aplicação do art. 132 da Lei 8.112/90, inobstante a CPAD tenha consignado e ressaltado que:

(i) a conduta do indiciado como microempreendedor durou pouco mais de três meses; (ii) não foi identificada utilização do e-mail corporativo na atuação como MEI; (iii) a atividade empreendida não tem vinculação com as áreas de atuação da Agência; (iv) não há indícios de prejuízos à Administração, uma vez que o indiciado foi bem qualificado por seu chefe imediato na sua última avaliação de desempenho.

Adicionalmente, esta CPAD destaca que o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em recentes decisões, vem adotando o entendimento de que, mesmo para os casos previstos no art. 132 da Lei nº 8.112/90, a autoridade julgadora deve sim analisar, no caso concreto, a aplicação do princípio da proporcionalidade e aplicar, se as circunstâncias permitirem, pena diferente da demissão.

Sendo assim, resta clarividente o direito perseguido pelo Agravante, bem como a imperiosa necessidade de reforma da decisão **ad quem**, como forma de garantir plenamente a correta interpretação da lei substantiva civil, não havendo dúvidas quanto à plausibilidade do Recurso Especial interposto, na medida em que o acórdão proferido nos autos do processo em tela merece ser totalmente reformado por essa egrégia Corte, já que está em direto confronto com a legislação federal que rege a matéria e com a interpretação a esta atribuída pelo Eg. STJ".

Superior Tribunal de Justiça

Por fim, requer o provimento do recurso.
Impugnação da parte agravada, pelo improvimento do recurso.
É o relatório.

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.727.920 - RJ (2020/0172383-0)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : TIAGO DE ÁVILA ACQUAVIVA
ADVOGADO : CLÁUDIO SERPA DA COSTA - RJ104313
AGRAVADO : UNIÃO
AGRAVADO : AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL - MEI. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DO COMÉRCIO. VEDAÇÃO. ART. 117, X, DA LEI 8.112/90 C/C ART. 132, XIII, DA LEI 8.112/90. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUCTA. SOCIEDADE PRIVADA. ART. 44 DO CÓDIGO CIVIL. FUNDAMENTOS DA CORTE DE ORIGEM INATACADOS, NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 128 DA LEI 8.112/90, 2º, VI, **CAPUT**, DA LEI 9.784/99 E 23, II, § 2º, DA LEI 10.781/2004. INFRAÇÃO DISCIPLINAR PUNÍVEL COM DEMISSÃO, PRATICADA PELO SERVIDOR, APURADA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Ação Ordinária, proposta pelo ora recorrente, contra a União e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), objetivando a declaração de nulidade de seu ato de demissão, por atipicidade da conduta, ante a impossibilidade de enquadramento legal do MEI - Microempreendedor Individual como sociedade privada, conforme preceitua o inciso X, do art. 117, da Lei 8.112/90, bem como pela ilegalidade dos pareceres vinculantes da AGU GQ-183 e GQ-177 que vedam a atenuação da sanção para as condutas tipificadas no art. 132 da Lei 8.112/90, determinando, por conseguinte, a sua reintegração no cargo de Especialista em Regulação de Petróleo e Derivados, Álcool Combustível e Gás Natural do Quadro de Pessoal da referida Agência reguladora. O Juízo de 1º Grau julgou extinto o feito, sem julgamento de mérito, em relação à União, na forma do art. 485, VI, do CPC/2015 (ilegitimidade passiva **ad causam**), e improcedente o pedido, na forma do art. 487, I, do CPC/2015, no que toca à ANP, condenando o Autor ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC/2015, a qual foi mantida pelo Tribunal de origem.

III. No caso, o Tribunal de origem considerou configurada a infração disciplinar prevista no

art. 117, X, da Lei 8.112/90, no caso concreto, eis que comprovado o exercício de atividade empresarial pelo recorrente, aos fundamentos de que o deduzido pela sentença "revela não só a presença do elemento objetivo, consistente no exercício do comércio, fato que o próprio reconhece, como também do elemento subjetivo, fundado no ânimo de comerciar, na vontade livre e consciente de adquirir produtos para revenda. Logo, e fundado na admissão do recorrente da prática do comércio concomitante ao exercício do cargo público, indiscutível o preenchimento dos referidos requisitos. Nem se busque diferenciar sociedade de empresa individual para o fim de descaracterizar a infração capitulada no artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90, porquanto o intento do legislador foi proibir o exercício de toda e qualquer atividade empresarial concomitantemente ao exercício de cargo público"; e que "a norma não tem por fim somente a proteção pura e simples da moralidade administrativa e a conservação da imparcialidade do servidor na gestão do interesse público. Sobressai, ainda, o dever de dedicação exclusiva à função pública por si exercida, segundo o contido no artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90, a ser interpretada conjuntamente com determinadas ressalvas legais, como a prevista no artigo 37, inciso XVI, da Constituição de 1988. De toda sorte, inexistente qualquer norma a amparar a mercancia cumulada com o exercício de cargo público. Logo, intuito de se exigir a dedicação exclusiva é patente, não se admitindo nem mesmo atividades estranhas ao cargo quando o servidor se licencia para tratar da saúde".

IV. Das razões do Recurso Especial, em que o recorrente insiste na atipicidade da conduta, por violação ao art. 44 do Código Civil, pelo mero fato de ter-se constituído em Microempreendedor Individual - MEI, verifica-se que a fundamentação do acórdão recorrido, no tópico, restou incólume. Portanto, é de ser aplicado o óbice da Súmula 283/STF, por analogia. Precedentes do STJ.

V. A comprovação dos elementos caracterizadores da conduta e até de sua gravidade, na forma descrita no art. 117, X, da Lei 8.112/90, foi apreciada pelo Tribunal de origem, cujo reexame é insuscetível de ser feito na via do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ, o qual, aliás, consignou que "a conduta foi exaustivamente examinada, não se acolhendo a pretensão de rever a pena de demissão, pois a legislação não admite esse intento, não residindo a sua aplicação por simples orientação de parecer normativo, como aventado, descabendo considerar circunstâncias atenuantes ou agravantes, proporcionalidade, razoabilidade ou mesmo outros argumentos".

VI. No mais, o acórdão recorrido não destoia da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "assentado o cometimento de infração punível exclusivamente com a demissão, não cabe ao órgão censor aplicar sanção diversa ao servidor, dado que o comando do art. 132 da Lei n. 8.112/1990 se apresenta como norma vinculante para a autoridade administrativa julgadora. Como já decidido em hipótese análoga, 'acerca da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de demissão, é firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça de que, caracterizada conduta para a qual a lei estabelece, peremptoriamente, a aplicação de determinada penalidade, não há para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa' (MS 14.667/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 17/12/2014); ainda no STJ e

Superior Tribunal de Justiça

no mesmo sentido, MS 16.105/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, DJe 02/02/2017; já no STF, RMS 33.911/DF, Rel.^a Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 20/06/2016" (STJ, MS 17.868/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 23/03/2017).

VII. Além de o acórdão se harmonizar com a atual jurisprudência do STJ, resta não comprovado o alegado dissídio jurisprudencial. "A divergência jurisprudencial suscitada não atende ao requisito da identidade fático-jurídica entre os acórdãos confrontados, uma vez que as peculiaridades do caso vertente não se encontram espelhadas nos paradigmas, os quais, a toda evidência, baseiam-se em fatos, provas e circunstâncias distintas das constantes dos autos sob análise" (STJ, AgInt no REsp 1.864.132/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 27/11/2020).

VIII. Agravo interno improvido.

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não obstante os argumentos da parte agravante, as razões deduzidas neste recurso não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

In casu, trata-se de Ação Ordinária, com pedido de antecipação de tutela, proposta por TIAGO DE ÁVILA ACQUAVIVA, contra a UNIÃO e a AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP), em que requer:

"2) Sejam, ao final, julgados procedentes os pedidos adiante formulados, para o fim de que:

2.1. seja declarada a **nulidade** da decisão questionada, em razão da **atipicidade** da conduta do Autor, **ante a impossibilidade de enquadramento legal do MEI - Microempreendedor Individual como sociedade privada, conforme preceitua o inciso X, do art. 117, da Lei 8.112/90, bem como pela ausência de demonstração da habitualidade e profissionalismo necessárias para a configuração da infração disciplinar ventilada;**

2.2. seja declarada a **ilegalidade** dos pareceres vinculantes da AGU nº GQ-183 e GQ-177 que **vedam aprioristicamente a atenuação da sanção para as condutas tipificadas no art. 132 da Lei nº 8.112/1990;**

2.3. seja declarada a **inconstitucionalidade** do inciso XIII, do artigo 132 da Lei nº 8.112/90, por violação aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, na esteira do que decidido no HC nº 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, maioria, DJ 19.9.2006;

2.4. como consequência das três primeiras proposições, seja declarada a **nulidade da decisão do Ministro de Estado, Interino, de Minas e Energia, proferida nos termos da Portaria nº 627, de 23 de novembro de 2016 (DOU de 24/11/2016), ou**

2.5. inexistindo discricionariedade no ato disciplinar ora questionado, que se balizou em mera vedação legal para aplicação da penalidade de demissão, diante das circunstâncias do caso concreto, **seja aplicada pena mais branda, nos termos do art. 128 da Lei 8.112/90, reintegrando o Autor ao serviço público, em conformidade com o artigo 28 da Lei nº 8.112/1990;**

2.5. que sejam as rés condenadas ao pagamento integral da remuneração que deveria ser percebida no período de afastamento do cargo público, em virtude da ilegalidade da decisão administrativa que culminou com sua demissão, inclusive com a percepção dos aumentos e reajustes dos vencimentos e remuneração concedidos durante o período, acrescidos de juros de mora, correção monetária e demais cominações legais aplicáveis à

espécie, além de eventuais garantias inerentes ao cargo, tais como contagem de tempo de serviço, promoções entre outros;

2.6. que sejam as rés condenadas ao pagamento das custas processuais, em devolução, honorários advocatícios à base usual de 20% sobre o montante final apurável em execução de sentença, e demais cominações legais" (fls. 34/35e).

Para tanto, narrou o Autor:

"7. A ANP instaurou um Processo Administrativo Disciplinar em desfavor do Autor (PAD nº 48610.0132581/2015-17) para apurar supostas irregularidades consubstanciadas no fato deste ter exercido atividades privadas paralelas ao exercício do cargo na referida agência reguladora, como Microempreendedor Individual (MEI) da empresa TIAGO DE AVILA ACQUAVIVA 03549168667 - ME, nome fantasia ACQUAVIVA MPORTS, CNPJ nº 22.466.895/0001-97, no período de 25/05/2015 a 05/08/2015.

8. Segundo consta dos autos, o Autor teria constituído o MEI e, nesta condição, participado de 14 leilões da Receita Federal do Brasil - RFB, arrematando um total de 68 lotes no valor de R\$ 461.277,00 (quatrocentos e sessenta e um mil, duzentos e setenta e sete reais), supostamente para fins comerciais, conduta que configuraria as infrações disciplinares capituladas no inciso X do artigo 117, da Lei nº 8.112/1990, e nos artigos 23, II, "c" e 36-A da Lei nº 10.871/2004', legislação que regula os cargos das Autarquias e Agências Reguladoras.

9. Findas as apurações, a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar (CPAD) recomendou em seu Relatório Final a aplicação da penalidade de **Demissão**, com fulcro na obrigatoriedade contida no inciso XIII, do art. 132, da Lei nº 8.112/90 e nos pareceres vinculantes da AGU nº GQ-183 e GQ-177, **os quais vedam, aprioristicamente, a atenuação da sanção para as transgressões previstas no inciso X, do art. 117, da Lei 8.112/1990.**

10. Contudo, não obstante a CPAD tenha concluído pela comprovação da prática das referidas infrações disciplinares, recomendando a aplicação da penalidade de demissão ao Autor por mera imposição legal, destacou expressamente no relatório final a desnecessidade e desproporcionalidade da penalidade, em razão da presença de uma série de circunstâncias atenuantes que, caso fossem consideradas a partir de uma análise sistêmica da legislação, conduziram à aplicação de pena diversa da demissão.

11. Assim, apesar de apontar que a conduta tipificada no art. 117, X, da Lei nº 8.112/90 remete obrigatoriamente à sanção de demissão, a CPAD citou recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, mesmo nos casos previstos no art. 132 da Lei 8.112/90, a autoridade julgadora deveria analisar aplicar o princípio da proporcionalidade para, diante das circunstâncias do caso concreto, aplicar pena diversa da demissão.

(...)

13. Os autos foram então remetidos para a Corregedoria da ANP, que emitiu o Parecer nº 026/2016/CRG, limitando-se a analisar os aspectos formais do PAD, submetendo-o à consideração da Diretoria-Geral da ANP a fim de que esta o encaminhasse ao Exmo. Sr. Ministro de Estado de Minas e Energia para julgamento (fls. 217/218 do PAD).

14. Não obstante a clara recomendação sobre a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso, a Consultoria Jurídica do Ministério emitiu o Parecer nº 0682/2016/CONJUR-MME/CGU/AGU (fls. 225/238 do PAD), concluindo pela conformidade do Relatório da CPAD com os parâmetros legais estabelecidos na Lei nº 8.112/1990 e legislação processual aplicável, assim como pela adequação das razões e da penalidade proposta pela CPAD, **assentando expressamente que tratando-se de infração disciplinar prevista no inciso X, do art. 117, da Lei nº 8.112/90, "a pena a ser aplicada é a DEMISSÃO; por força do inciso XII, do art. 132 da lei nº 8.112/90 e dos pareceres AGU GQ-177 e GQ-183.**

15. Ato contínuo, o Parecer 0682/2016/CONJUR-MME/CGU/AGU foi aprovado pelo Despacho nº 01317/2016/CONJUR-MME/CGU/AGU (fls. 239 do PAD), ocasião em que o Ministro de Estado, Interino, de Minas e Energia, por meio da Portaria nº 627, de 23 de novembro de 2016 (DOU de 24/11/2016), resolveu DEMITIR o Autor do cargo de Especialista em Regulação de Petróleo e Derivados, Álcool Combustível e Gás Natural do Quadro de Pessoal da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, **"por ter incorrido nas condutas previstas nos art 117, inciso X, e art. 132, inciso XIII, todos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, bem como nas art. 23, inciso II, alínea "c", e art. 36-A, da Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004"** (fls. 240/241 do PAD).

16. Em razão da evidente desproporcionalidade da penalidade aplicada, ao Autor só restou manejar o pedido de reconsideração (doc. 4), com fundamento nos artigos 56 e 65 da Lei n.º 9.784/1999 c/c arts. 106, 108 e 174 da Lei nº 8.112/1990, para que a Autoridade Julgadora conhecesse do vício de ilegalidade decorrente da atipicidade da conduta e desconsideração das circunstâncias atenuantes presentes no caso concreto, requerendo a devida aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo a permitir a análise sistemática da legislação, aplicando-se ao caso o disposto no art. 128 da Lei 8.112/90.

17. Além disso, apontou a presença de vício na análise do mérito, porquanto a autoridade julgadora lastreou-se em premissas fáticas equivocadas acerca das arrematações e do valor efetivamente empregado nos leilões da Receita Federal, as quais, caso fossem devidamente observadas, resultariam no reconhecimento da inocência do servidor, **uma vez que na configuração da infração prevista no inciso X, do artigo 117, da lei nº 8.112/90, o enquadramento é precipuamente fático, e não apenas de direito, devendo ser levado em consideração a efetiva participação em atos de gestão de sociedade privada, além da prática de atos de comércio,**

que devem ocorrer de forma habitual, reiterada e profissional.

18. Contudo, o eminente Ministro de Estado de Minas e Energia manteve a decisão por meio de Despacho proferido em 21 de dezembro de 2016, negando provimento ao pedido de reconsideração em razão da ausência de demonstração de fato novo ou circunstâncias susceptíveis de justificar a inocência do interessado na esfera administrativa (doc. 5).

19. Diante da gravidade da situação em que se encontra, não restou outra alternativa ao Autor que não a de ajuizar a presente ação, para que o Poder Judiciário restaure o seu direito à devida aplicação do sistema legal com a devida observação dos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, aplacando a injustiça e arbitrariedade a que foi submetido.

20. Cabe aqui destacar que o Autor foi apeado injustamente do cargo público ocupado na ANP em momento extremamente delicado de sua vida, haja vista que ficou impossibilitado de exercer o cargo público para o qual foi devidamente aprovado em concurso e, por conseguinte, sem os proventos necessários para a sua subsistência e de sua família, justamente quando sua esposa descobriu estar grávida do primeiro filho do casal (doc. 6), sendo este, portanto, o único meio de devolver-lhe a dignidade, restabelecendo os direitos e garantias constitucionais aplicáveis à espécie, conforme abaixo passa a demonstrar:

(...)" (fls. 3/6e).

Alegou, na inicial: 1) **aticipidade** da conduta do Autor; 2) **inconstitucionalidade** do art. 132 da Lei 8.112/90 e ilegalidade dos Pareceres GQ-117 e GQ-183 da AGU; 3) possibilidade de aplicação de penalidade **diversa** da demissão nos casos do inciso XIII do art. 132 da Lei 8.112/90, ante os princípios da proporcionalidade e razoabilidade; e 4) ausência de **prejuízo** ao erário pela conduta do Autor.

O Juízo de 1º Grau julgou **extinto** o feito, sem julgamento de mérito, em relação à UNIÃO, na forma do art. 485, VI, do CPC/2015 (ilegitimidade passiva **ad causam**), e **improcedente** o pedido, na forma do art. 487, I, do CPC/2015, no que toca à ANP, condenando o Autor ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC/2015 (fls. 1.121/1.128e).

O Tribunal de origem manteve a sentença, aos seguintes fundamentos:

"3. Necessário para o deslinde da questão trazer a lume os fatos objeto de revisão em sede judicial. Segundo se constata nos autos do Processo Administrativo Disciplinar nº 48610.013258/2015-17, instaurado em 17 de dezembro de 2015 para apurar possível infração ao disposto no artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90 em face do apelante. Este foi nomeado para exercer o cargo de Especialista de Regulação de Petróleo e Derivados, Álcool Combustível e Gás Natural, na estrutura da ANP, por meio da Portaria nº 71, de 24/04/2009, com exercício a partir de 30/04/2009 (fl. 371). Em 2010, sofreu sanção de advertência em razão da não observância dos

deveres funcionais prescritos no artigo 116, incisos III e X, da Lei nº 8.112/90, por ausência deliberada e injustificada ao serviço, quando viajou ao exterior, sem autorização, após o cancelamento de um curso internacional que seria ministrado na Cidade de Paris, além de alterar irregularmente o trajeto no bilhete aéreo, passando de Rio-Paris-Rio para Rio-Londres-Copenhague-Rio, com o cancelamento do registro da penalidade na forma do artigo 131, da Lei nº 8.112/90, por não praticar nova infração no decurso de três anos de efetivo exercício.

Nomeado para o exercício da função comissionada de técnico, por ato publicado em 11/06/2012, sendo aprovado no estágio probatório por ato de 19/07/2012. Posteriormente, foi declarada a nulidade do ato de posse do autor, em 22/05/2013, pelo desatendimento de regras do edital do concurso, qual seja, não ter sido punido, nos últimos cinco anos anteriores ao certame e na forma da legislação vigente, em decisão da qual não coubesse recurso administrativo, em processo disciplinar por ato lesivo ao patrimônio público de qualquer esfera de governo.

Foi reintegrado posteriormente, com apresentação em 22/07/2013, sendo indicado para o exercício de função comissionada, por ato de 09/01/2014. Em 09/12/2014 foi aplicada penalidade disciplinar de quinze dias, em razão do desatendimento do dever funcional previsto no artigo 116, inciso III, e pela prática de conduta vedada no artigo 117, inciso XVIII, ambos da Lei nº 8.112/90, por atuar como procurador da empresa Pouso Alegre Foods Ltda., de propriedade de seu irmão André de Ávila Acquaviva, perante a Receita Federal do Brasil, bem como pela utilização do endereço eletrônico institucional da agência reguladora para tratar de assunto particular.

Por fim, foi instaurado o processo administrativo do qual extraídas essas informações, e assim apurar a constituição da empresa individual Tiago de Ávila Acquaviva – MEI, nome fantasia Acquaviva Imports, com sede no endereço residencial de seus pais, no Município de Varginha, Estado de Minas Gerais, voltada para o comércio varejista pela internet e pelos correios, dedicando-se a essa atividade inclusive durante a jornada de trabalho.

Ao constituir a microempresa individual, o autor declarou não estar impedido de exercer atividade empresária, conforme apurado no Cadastro de Arquivo Recebido do Portal do Empreendedor Empresário – MEI, malgrado as restrições impostas pela Lei nº 10.871/2004 e Lei nº 8.112/90.

Ficou consignada a participação do autor em leilões da Receita Federal do Brasil antes de se tornar microempreendedor individual, que se operava como pessoa física, por meio do número de seu CPF, atuação essa posteriormente prejudicada por ter sofrido pelo menos três sanções de pena de suspensão temporária de participação em leilões por inexecução total ou parcial do contrato, razão pela qual

abriu a microempresa, aliada à restrição de determinados leilões a pessoas jurídicas, tendo participado de 14 (quatorze) leilões no período de 25/05/2015 a 05/08/2015.

Por outro lado, não obstante o autor alegasse a aquisição dos produtos para uso pessoal, a realidade leva a conclusão distinta, pois foram 61 (sessenta e um) IPOD, 30 (trinta) IPAD, além de doze veículos. Entre 25/05/2015 e 05/08/2015, o autor arrematou 68 lotes (fls. 369/377).

Há, ainda, notícia do exercício da função de escriturário na CEF – Caixa Econômica Federal entre 01/12/2003 e 12/08/2005, sendo demitido da casa bancária por subtrair talonário de cheques (fl. 119).

Estabelecidas essas premissas, passa-se ao exame do recurso.

4. O apelante reputa nula a sentença, por violação ao dever de fundamentação, pois **não se enfrentou questão de direito veiculada na petição inicial, a arguição de atipicidade da conduta, especialmente no que tange à ausência dos elementos subjetivos e objetivos para a configuração da infração disciplinar prevista no artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90.**

A sentença, ao analisar a controvérsia, sinalou que 'a alegação do autor de que apenas exerceu o comércio por três meses e ainda, a alegação de que não comprou quatrocentos e sessenta e um mil reais em mercadorias, mas apenas R\$ 35.428,41, não servem para afastar a afirmação de que o autor exerceu o comércio. Ao contrário, deixa incólume de dúvida que sim, foi exercida atividade comercial.

Sobre esse ponto, cabe dizer que, primeiro a questão acerca dos valores adquiridos em mercadorias é irrelevante, pois seja um valor ou outro, independentemente, não descaracterizam a conduta em si.

Segundo que a lei 8112/90, no seu art. 117, X não exigiu qualquer outro requisito para que fosse configurada a infração, restringiu-se, unicamente, a proibir o comércio pelo servidor público, exceto nas hipóteses expressamente ventiladas, acionista, cotista ou comanditário' (fl. 1.124).

A transcrição revela não só a presença do elemento objetivo, consistente no exercício do comércio, fato que o próprio reconhece, como também do elemento subjetivo, fundado no ânimo de comerciar, na vontade livre e consciente de adquirir produtos para revenda.

Logo, e fundado na admissão do recorrente da prática do comércio concomitante ao exercício do cargo público, indiscutível o preenchimento dos referidos requisitos.

Nem se busque diferenciar sociedade de empresa individual para o fim de descaracterizar a infração capitulada no artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90, porquanto o intento do legislador foi proibir o

exercício de toda e qualquer atividade empresarial concomitantemente ao exercício de cargo público.

(...)

Observa-se, dentro da transcrição, que o legislador disse menos que desejava, pois a menção a sociedade se traduz no exercício de qualquer atividade afeta à uma empresa, direito esse de exercer atividade econômica organizada, voltada para a circulação de mercadorias.

De toda sorte, o artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90, alude ao exercício do comércio como atividade vedada, hipótese independente da gerência ou administração de sociedade privada, diante da alternatividade dessas atividades.

Os elementos colhidos nos autos do processo administrativo disciplinar sinalam a realização de transações comerciais com regularidade, a configurar atuação marcada pela habitualidade e profissionalismo, seja como pessoa física, seja como pessoa jurídica, por meio de atos de gestão, como habilitação como microempreendedor, participação de leilões para aquisição de bens, com sua comercialização.

Por fim, a norma não tem por fim somente a proteção pura e simples da moralidade administrativa e a conservação da imparcialidade do servidor na gestão do interesse público. Sobressai, ainda, o dever de dedicação exclusiva à função pública por si exercida, segundo o contido no artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90, a ser interpretada conjuntamente com determinadas ressalvas legais, como a prevista no artigo 37, inciso XVI, da Constituição de 1988.

De toda sorte, inexistente qualquer norma a amparar a mercancia cumulada com o exercício de cargo público. Logo, intuito de se exigir a dedicação exclusiva é patente, não se admitindo nem mesmo atividades estranhas ao cargo quando o servidor se licencia para tratar da saúde.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça 'O fato de o servidor estar em licença para tratamento de saúde não o desonera de observar os deveres funcionais e proibições, sendo certo que a vedação da prática da conduta prevista no art. 117, X, da Lei n. 8.112/1990 - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário - só é legalmente excetuada na hipótese de gozo de licença para o trato de interesses particulares' (MS nº 22.828-DF, 1ª Seção, rel. Min. Gurgel de Faria, v. u. de 13/09/2017, DJe de 21/09/2017).

Não soa verossímil a tese de aquisição de produtos sem a respectiva revenda, pois ninguém adquire tantos produtos para uso pessoal ou mesmo finalidade estranha ao comércio. Por conseguinte, a suposta

falta de prova da exposição à venda ou posterior comercialização é desprovida do devido suporte, pois os dados convergem para esse fim, não se aplicando a pena de demissão pela arrematação de bens em leilões da Receita Federal do Brasil, até pela admissão do fato pelo agente, conforme se extrai do depoimento prestado perante a agência reguladora (fl. 685).

A propalada casualidade não torna a conduta atípica ou mesmo atenua a sanção prevista, por não figurar como requisito a assiduidade na atividade comercial. **Entretanto, a atuação como pessoa física e, posteriormente por meio de pessoa jurídica mostra a reiteração da conduta, o objetivo de valer-se do comércio como atividade secundária ou mesmo principal quanto aos rendimentos, tudo a demonstrar a assiduidade no exercício da mercancia.**

5. As alegadas vedação de autolimitação do poder discricionário administrativo, a suposta inconstitucionalidade do artigo 132, da Lei nº 8.112/90, bem como da ilegalidade dos Pareceres nas. GQ-177 e GQ-183, ambos da Advocacia-Geral da União não merecem prosperar.

Os aludidos pareceres encontram seu fundamento de validade na lei, como sinaliza o recorrente. Portanto, a controvérsia se centra, na realidade, na inconstitucionalidade da norma inscrita no artigo 132, da Lei nº 8.112/90, na qual estabelece sanção cerrada para a conduta prevista no artigo 117, inciso X, do mesmo diploma legal. Objetiva-se, com o reconhecimento e declaração inconstitucionalidade da norma, a flexibilização da sanção, para admitir outras mais brandas, ou seja, que não culminem com a demissão do autor.

O ordenamento jurídico brasileiro tem estrutura idealmente piramidal, com a conformação das normas de estatura inferior às superpostas, nas quais encontram seu fundamento de validade.

No caso concreto, vislumbra-se a incompatibilidade da norma do artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90 com o texto constitucional, porquanto não razoável, desproporcional. No caso concreto, a aplicação do referido dispositivo dentro de desse contexto fático e à luz de normas que se sobrepõem revela a perfeita adequação da sanção aos fatos.

O autor, como pessoa física, foi sancionado pela inexecução total ou parcial de contrato firmado com a Administração Pública, no caso a Receita Federal do Brasil (fls. 106/111). E em consulta ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, verifica-se a aplicação de sanção em três outras oportunidades, pelo mesmo fundamento, o artigo 87, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

Existe cópia de petição inicial de ação ajuizada pelo autor em face da União, objetivando o afastamento de penalidade decorrente da arrematação de produtos em leilão eletrônico, cujos pagamentos não foram honrados.

O leilão foi promovido em 22 de maio de 2014, tendo o autor arrematado três lotes, no valor total aproximado de R\$ 28.300,00 (vinte e oito mil, trezentos reais) (fls. 175/200).

A Receita Federal do Brasil, por seu turno, informou à agência reguladora a participação do autor como microempresário individual em 14 leilões no exercício de 2015, com a arrematação de 68 (sessenta e oito) lotes, com o valor de R\$ 461.277,00 (quatrocentos e sessenta e um mil, duzentos e setenta e sete reais) (fls. 275/277).

A Junta Comercial do Estado de Minas Gerais - JUCEMG, em resposta à comissão processante, comunicou a abertura da microempresa individual pelo autor (fls. 278/283). E a empresa tinha por escopo o comércio varejista de diversos artigos, inclusive usados, com atuação pelo correio e internet, constando dos atos constitutivos a declaração de desimpedimento, na qual sobressaía a ausência de qualquer restrição para o exercício da atividade empresária.

A inscrição se deu em 18 de maio de 2015, início da atividade e a produção dos efeitos. **Dentro dessas bases, tem-se a atividade empresarial.** E empresariar ou empresar é a atuação como empresário, agente econômico que, percebendo oportunidade de lucro, toma a iniciativa de reunir fatores de produção em uma empresa, que nada mais é que uma organização econômica destinada a produção ou venda de mercadorias ou serviços, tendo em geral como objetivo o lucro (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 5ª ed., 2010, Curitiba: Editora Positivo, verbetes empresariar, empresário e empresa, fl. 779).

Intuitivo o intento do autor em atuar como comerciante, exercitando atividade paralela a de servidor da agência reguladora, de forma habitual, regular, conduta essa vedada segundo a legislação aplicável aos servidores públicos, mostrando-se a sanção adequada aos fatos, proporcional à conduta, marcada pela reiteração, sinalizando a abertura da empresa em meio de superar os obstáculos decorrentes da inexecução total ou parcial dos contratos decorrentes da arrematação de bens em leilões da Receita Federal do Brasil como pessoa física, ou mesmo o aperfeiçoamento, o desenvolvimento da atividade.

A discrepância havida entre o valor dos bens apontado pela RFB e aquele indicado pelo recorrente não desnatura os fatos, o intento de empresariar simultaneamente ao exercício do cargo público, inexistindo gradação para a violação isolada ou mesmo a sistemática, como é o caso dos autos.

O Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de intérprete final da lei federal tem admitido a atenuação da sanção de demissão em hipótese enquadrável no artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90.

Porém, esse entendimento é adotado diante de condutas com menor potencial lesivo do ato, a demandar a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade quando da aplicação da sanção. Confira-se, a propósito, o decidido nos autos do AgRg no RMS nº 33.754-AM (2ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 24/11/2014); MS nº 15.783-DF (1ª Seção, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 30/06/2017).

Como representativo dos julgados acima, tem-se que "Malgrado as condutas descritas possam merecer reprimendas, pois ferem, em tese, princípios da Administração Pública, comprometendo a prestação do serviço público e a imagem das instituições públicas perante a sociedade, verifica-se, todavia, não serem graves o bastante para ensejar a pena de demissão, sob pena de ofensa aos princípios desproporcionalidade e da razoabilidade." (MS nº 21.138-DF, 1ª Seção, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, v. m. de 27/05/2015, DJe de 13/10/2015).

Essa orientação não só observa a potencialidade lesiva da conduta, como todo o contexto fático. No mais das vezes, a Corte Superior entende perfeitamente adequada a pena de demissão quando do exercício da atividade empresarial coincidentemente com o cargo público, fato que não violaria os princípios em questão, como tampouco se traduziria em inconstitucionalidade. Os julgados abaixo bem refletem esse juízo:

"Acerca da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de cassação de aposentadoria, é tranquila a posição desta Corte Superior de Justiça de que, caracterizada conduta para a qual a lei estabelece, peremptoriamente, a aplicação de determinada penalidade, não há para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de sanção diversa." (MS nº 22.828 -DF, 1ª Seção, rel. MM. Gurgel de Faria, v. u. de 13/09/2017, DJe de 21/09/2017).

"Diante da comprovação da conduta prevista no art. 132, IV e XII, c/c o art. 117, X, da Lei n. 8.112/1990 (participar de gerência ou administração de sociedade privada ou exercer comércio, exceto como acionista, cotista ou comanditário), outra não poderia ser a penalidade aplicada, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, motivo pelo qual não há falar em pena administrativa desproporcional." (MS nº 13.357-DF, 3ª Seção, rel. Min. Sebastião Reis Junior, v. u. de 23/10/2013, DJe de 18/11/2013).

"Autoria e materialidade da conduta comprovadas, em perfeita subsunção dos fatos às normas proibitivas (art. 117, IX e X, e 132, XIII, da Lei 8.112/90), aplicando-se a pena indicada no dispositivo legal, sem chance de discricionariedade." (MS nº 19.823-DF, 18 Seção, rel. Min. Eliana Calmon, v. u. de 14/08/2013, DJe de 23/08/2013).

6. Por tudo, o processo administrativo disciplinar não contém qualquer mácula quanto à conclusão e desfecho, estando a sentença ajustada à realidade dos fatos, razão bastante para, reconhecida a tipicidade da conduta, manter a sanção de demissão imposta, porquanto adequada.

7. A interposição de recurso de apelação, não provido, enseja a majoração

dos honorários advocatícios, em 1% (um por cento) do valor fixado na sentença recorrida, com a suspensão de sua exigibilidade, nos termos do artigo 85, § 11, em interpretação conjunta com o artigo 98, § 3º, ambos do CPC-2015.

8. Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e negar provimento à apelação interposta por Tiago de Ávila Acquaviva" (fls. 1.227/1.233e).

Opostos Embargos de Declaração (fls. 1.241/1.258e) – à alegação de **omissões** no julgado, quanto à inexistência de potencial lesivo da conduta do servidor e à aplicação do princípio da proporcionalidade, à violação aos precedentes administrativos da CGU e ao invocado fato novo, consubstanciado no art. 5º, V, da Portaria Normativa 06/2018 do MPOG, além de **obscuridade** no que se refere às afirmações de elementos contidos nos autos do Processo Administrativo Disciplinar, e de **contradição** no que tange aos precedentes do STJ – foram eles rejeitados, asseverando que:

"4. Como se verifica no julgado embargado, a temática foi adequadamente examinada. Senão vejamos. **O potencial lesivo da conduta, conquanto o embargante repute inexistente, deriva da apreciação do legislador acerca da magnitude da lesão, pois estabeleceu como sanção para essa infração a pena de demissão, fato examinado no acórdão, ocasião em que refutada a tese de inconstitucionalidade do artigo 132, da Lei nº 8.112/90, no qual fixa a pena de demissão na hipótese de violação ao disposto no artigo 117, inciso X, do mesmo diploma legal.**

Não se perde de vista o histórico funcional do autor na agência reguladora, marcado por demissão, posteriormente anulada por sentença, mas que não desnaturaria o fato de omitir a demissão da Caixa Econômica Federal anteriormente ao seu ingresso na ANP, por subtrair um talonário de cheques, além de outras condutas.

Destaque-se a advertência em razão da não observância dos deveres funcionais prescritos no artigo 116, incisos III e X, da Lei nº 8.112/90, por ausência deliberada e injustificada ao serviço, quando viajou ao exterior, sem autorização, após o cancelamento de um curso internacional que seria ministrado na Cidade de Paris, além de alterar irregularmente o trajeto no bilhete aéreo, passando de Rio-Paris-Rio para Rio-Londres-Copenhague-Rio, com o cancelamento do registro da penalidade na forma do artigo 131, da Lei nº 8.112/90, por não praticar nova infração no decurso de três anos de efetivo exercício, fato de toda forma deveras reprovável.

De toda sorte, a conduta foi exaustivamente examinada, não se acolhendo a pretensão de rever a pena de demissão, pois a legislação não admite esse intento, não residindo a sua aplicação por simples orientação de parecer normativo, como aventado, descabendo considerar circunstâncias atenuantes ou agravantes,

proporcionalidade, razoabilidade ou mesmo outros argumentos. Vale lembrar que a reiteração da conduta não é fator bastante para alterar a pena prevista, não se pondo de parte o fato de o autor atuar ativamente no comércio, como deflui dos autos.

A existência de ato normativo afastando a ilicitude da conduta, uma portaria, não tem o condão de esmaecer a previsão legal acerca da ilicitude e da pena prevista, devendo a dita portaria ajustar-se à legislação, e não essa a ato normativo de estatura inferior, por lógico. Por fim, o cotejo de precedentes não infirma a conduta do embargante, relevante na esfera administrativa, segundo a Constituição de 1988 e a Lei n° 8.112/90, dentre outros atos normativos.

5. Portanto, não se verifica qualquer omissão, obscuridade, tendo o voto condutor, depois de historizada a vida funcional do embargante, afastado a arguição de nulidade por si aventada, fundada na violação ao dever de fundamentação. Em sequência, se demonstrou a impertinência da diferenciação de sociedade para empresa individual, pois a norma do artigo 117, inciso X, da Lei n° 8.112/90, é proibir o exercício de toda e qualquer atividade empresarial concomitantemente ao exercício de cargo público.

Assentou-se a presença de elementos orientadores da realização de transações comerciais com regularidade, tudo a configurar atuação marcada pela habitualidade e profissionalismo, seja como pessoa física, seja como pessoa jurídica, por meio de atos de gestão, como habilitação como microempreendedor, participação de leilões para aquisição de bens, com sua comercialização, inexistindo qualquer norma a amparar a mercancia cumulada com o exercício de cargo público.

Rejeitou-se, também, a alegação da compra de produtos sem finalidade alguma, até mesmo para descaracterizar a comercialização. Assim, e como dito, a suposta falta de prova da exposição à venda ou posterior comercialização seria desprovida de embasamento, diante da realidade dos autos.

Enfrentou-se, ainda, as alegadas vedação de autolimitação do poder discricionário administrativo, a suposta inconstitucionalidade do artigo 132, da Lei n° 8.112/90, bem como da ilegalidade dos Pareceres n"s. GQ-177 e GQ-183, ambos da Advocacia-Geral da União, quando frisado o fundamento de validade desses pareceres na lei, residindo a celeuma em suposta inconstitucionalidade da norma do artigo 132, da Lei n° 8.112/90, na qual estabelece sanção cerrada para a conduta prevista no artigo 117, inciso X, do mesmo diploma legal.

Para tanto, ressaltou-se a estrutura idealmente piramidal do ordenamento

jurídico brasileiro, com a conformação das normas de estatura inferior às superpostas, nas quais encontram seu fundamento de validade, verificando-se a compatibilidade da norma do artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90 com o texto constitucional, porquanto razoável, proporcional.

Assim, se concluiu pela regularidade do processo administrativo disciplinar, por não conter qualquer mácula quanto à conclusão e desfecho, estando a sentença ajustada à realidade dos fatos, fator determinante da sua manutenção, e, por via de consequência, da sanção de demissão imposta, perfeitamente ajustada à realidade dos autos.

6. Desta feita, só se admite o inconformismo unicamente para sanar omissões, contradições, erros materiais ou obscuridades, não alcançando o efeito modificativo que aqui se busca, de forma transversa, indireta.

Não sem razão para o Supremo Tribunal Federal asseverar que 'Não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado. Ausente omissão justificadora da oposição de embargos declaratórios, nos termos do art. 535 do CPC, a evidenciar o caráter meramente infringente da insurgência.' (ARE nº 914.579 AgR-ED / DF, 1ª T., rel. Min. Rosa Weber, v. u. de 02/02/2016, DJe de 23/02/2016).

A hipótese bem se enquadra no sustentado por Chaïm Perelman (Lógica Jurídica, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 67) quando, ao tratar das lacunas, assevera que "Na maioria dos casos as lacunas são criadas pelos intérpretes que, por uma ou outra razão, pretendem que certa área deveria ser regida por uma disposição normativa, quando não o é expressamente".

Em recente julgado, já analisando os embargos de declaração com base no Código de Processo Civil de 2015, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que 'O julgado não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.' (EDcl no MS nº 21.315 -DF, 1ª Seção, rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), v. u. de 08/06/2016, DJe de 15/06/2016).

7. Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e negar provimento aos embargos de declaração de Tiago de Ávila Acquaviva" (fls. 1.273/1.274e).

Nas razões do Recurso Especial, interposto com base no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, a parte ora agravante aponta contrariedade aos arts. 44 do Código Civil, 128 da Lei 8.112/90, 2º, VI, **caput**, da Lei 9.784/99 e 23, II, § 2º, da Lei 10.781/2004, bem como divergência jurisprudencial com acórdãos do STJ (AgRg no REsp 1.264.526/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 28/10/2011; e REsp 1.147.380/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de

04/02/2011).

Inadmitido o Recurso Especial pelo Tribunal de origem, ante a incidência da Súmula 7/STJ e a não comprovação do dissídio jurisprudencial, foi interposto o presente Agravo, em que o recorrente sustenta a inaplicabilidade dos referidos óbices (fls. 1.355/1.373e).

No âmbito do STJ, opinou o Ministério Público Federal, **quanto à alegada atipicidade da conduta, em face da negativa de vigência ao art. 44 do Código Civil, que o recorrente deixou de "infirmar o fundamento do aresto de que a referida diferenciação é irrelevante para descaracterizar a infração disciplinar prevista no art. 117, X, da Lei nº 8.112/90**, uma vez que a intenção do legislador foi proibir o exercício de qualquer atividade empresarial concomitante ao desempenho do cargo público. Caracterizada, portanto, a ausência de impugnação a fundamento autônomo do aresto e deficiência na fundamentação, atraindo a aplicação analógica das Súmulas nº 283 e 284 do STF, consoante orienta a jurisprudência pacífica dessa E. Corte Superior" (fl. 1.409e).

Estabelece o art. 117, X, da Lei 8.112/90, que:

"Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

X - participar de gerência ou administração de **sociedade privada**, personificada ou não personificada, **exercer o comércio**, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário" (Redação dada pela Lei 11.784, de 2008).

Diversamente do deduzido no presente Agravo interno, o recorrente invoca, nas razões do Recurso Especial, negativa de vigência ao estatuído no art. 44 do Código Civil, que enumera as pessoas jurídicas de direito privado, insistindo na tese de que "há clara negativa de vigência ao art. 44 do CC, pois **o dispositivo do art. 117, X, da Lei 8.112/90 não se aplica aos casos de registro de servidores como microempreendedor individual**, uma vez que a norma aponta como elemento objetivo do tipo a **participação do servidor na gerência ou administração de sociedade privada**" (fl. 1.296e); e que "o mero cadastro do servidor como Microempreendedor Individual é uma conduta atípica, na medida em que a referida figura **não se enquadra no conceito de sociedade privada prevista no inciso X, do art. 117, da Lei 8.112/90**, segundo clara e expressa distinção feita pelo art. 44 do Código Civil" (fl. 1.299e).

Muito embora o recorrente não estivesse discutindo a sua conduta, a questão que coloca no recurso gira em torno da sua tipicidade e de sua subsunção à infração disciplinar prevista no art. 117, X, da Lei 8.112/90.

No entanto, nessa perspectiva, consoante assinalado pela decisão agravada, ao que se tem, da leitura dos excertos transcritos, verifica-se que restaram incólumes, nas razões recursais, na linha do parecer ministerial, os fundamentos do acórdão impugnado, utilizados para entender configurada a infração disciplinar prevista no art. 117, X, da Lei 8.112/90, no caso concreto, eis que comprovado o exercício de

MAM02

AREsp 1727920 Petição : 837675/2022

C520254-000951@
2020/0172383-0

C451-095002202@
Documento

Página 25 de 34

atividade empresarial pelo recorrente, ou seja, que, referindo-se a sentença, "a transcrição revela não só a presença do elemento objetivo, **consistente no exercício do comércio**, fato que o próprio reconhece, como também do elemento subjetivo, **fundado no ânimo de comerciar**, na vontade livre e consciente de adquirir produtos para revenda. Logo, e fundado na admissão do recorrente da **prática do comércio concomitante ao exercício do cargo público**, indiscutível o preenchimento dos referidos requisitos. **Nem se busque diferenciar sociedade de empresa individual para o fim de descaracterizar a infração capitulada no artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90**, porquanto o intento do legislador foi proibir **o exercício de toda e qualquer atividade empresarial** concomitantemente ao exercício de cargo público" (fls. 1.228/1.229e); e que "a norma não tem por fim somente a proteção pura e simples da moralidade administrativa e a conservação da imparcialidade do servidor na gestão do interesse público. Sobressai, ainda, **o dever de dedicação exclusiva à função pública por si exercida**, segundo o contido no artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90, a ser interpretada conjuntamente com determinadas ressalvas legais, como a prevista no artigo 37, inciso XVI, da Constituição de 1988. De toda sorte, **inexiste qualquer norma a amparar a mercancia cumulada com o exercício de cargo público**. Logo, intuito de se exigir a dedicação exclusiva é patente, não se admitindo nem mesmo atividades estranhas ao cargo quando o servidor se licencia para tratar da saúde" (fl. 1.230e).

Veja-se, ainda, que o acórdão recorrido consignou que "não se perde de vista o histórico funcional do autor na agência reguladora" e que "**a conduta foi exaustivamente examinada**, não se acolhendo a pretensão de rever a pena de demissão, pois a legislação não admite esse intento, não residindo a sua aplicação por simples orientação de parecer normativo, como aventado, **descabendo considerar circunstâncias atenuantes ou agravantes, proporcionalidade, razoabilidade ou mesmo outros argumentos**" (fl. 1.237e).

Diante desse contexto, a pretensão recursal esbarra, inarredavelmente, no óbice da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.

Com efeito, à luz do princípio da **dialeticidade**, não basta a parte recorrente manifestar o inconformismo e a vontade de recorrer; precisa impugnar todos os fundamentos suficientes para sustentar o acórdão recorrido, demonstrando, de maneira discursiva, por que o julgamento, proferido pelo Tribunal de origem, merece ser modificado.

Não o fazendo, tem-se, como consequência, a higidez do julgado recorrido, em face da aplicação da Súmula 283/STF.

Nesse sentido, entre muitos outros:

"AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. OMISSÃO NO ACÓRDÃO DE ORIGEM. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. LIMITAÇÃO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL DE

DISPOSITIVO TIDO COMO VIOLADO. SÚMULA 284/STF. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA OU ADSTRIÇÃO. CONFIGURAÇÃO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. NÃO IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DAS RAZÕES DO ACÓRDÃO ESTADUAL. INCIDÊNCIA DO VERBETE N° 283/STF. EXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ALEGADA IMPENHORABILIDADE DOS BENS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO. SÚMULA N. 182/STJ (NCPC). NÃO PROVIMENTO.

1. A falta de indicação de dispositivo de lei a respeito de cuja interpretação divergiu o acórdão recorrido implica deficiência na fundamentação do recurso especial, o que atrai a incidência da Súmula n° 284 do STF.

2. Conforme o entendimento consolidado neste Tribunal, não configura julgamento ultra petita ou extra petita, com violação ao princípio da congruência ou da adstrição, o provimento jurisdicional proferido nos limites do pedido, o qual deve ser interpretado lógica e sistematicamente a partir de toda a petição inicial. Precedentes.

3. Ante a deficiência na motivação e a ausência de impugnação de fundamento autônomo do acórdão recorrido, aplica-se, por analogia, o óbice da Súmula n° 283, do STF.

(...)

6. Agravo interno a que se nega provimento" (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.843.966/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 11/02/2021).

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO PELA AUSÊNCIA DE HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA DA PARTE AUTORA. FALTA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULAS 283 E 284/STF. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. A falta de impugnação de argumento suficiente para manter, por si só, o acórdão impugnado, a argumentação dissociada bem como a ausência de demonstração da suposta violação à legislação federal impedem o conhecimento do recurso, na esteira dos enunciados n. 283 e 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Agravo interno improvido" (STJ, AgInt no AREsp 1.701.009/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe de 04/12/2020).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. VERIFICAÇÃO. CONTRATO. PAGAMENTO. DIES A QUO. FIXAÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO E REVISÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Dirimida a lide sem qualquer menção dos dispositivos legais mencionados no apelo nobre, padece o recurso do indispensável prequestionamento, o que faz incidir, por analogia, o óbice da Súmula 282 do STF.

2. **Incide as Súmulas 283 e 284 do STF, em aplicação analógica, quando não impugnado fundamento autônomo e suficiente à manutenção do aresto recorrido, e a tese recursal desbota do decidido pela Corte de origem.**

(...)

5. Agravo interno desprovido" (STJ, AgInt no REsp 1.826.410/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/12/2020).

"AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO - INSURGÊNCIA RECURSAL DA RÉ.

(...)

5. **A parte recorrente não logrou infirmar nas razões do especial fundamento capaz, por si só, de manter a conclusão do julgado, de modo que a pretensão reformatória encontra obstáculo na Súmula 283 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles".**

6. Para afastar a afirmação no acórdão guerreado no sentido de que a pretensão da multa não pode ser acolhida, ante a não caracterização da mora do autor, seria necessário promover o reexame fático-probatório dos autos, bem como interpretar as cláusulas contratuais, providências vedadas, a teor das Súmulas 5 e 7/STJ.

7. Agravo interno desprovido" (STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 1.270.439/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 16/12/2020).

Quanto à alegada negativa de vigência aos arts. 128 da Lei 8.112/1990, 2º, VI, caput, da Lei 9.784/99 e 23, II, §2º, da Lei 10.781/2004, o recorrente sustenta que "é certo que a Lei 8.112/90 prevê que os servidores públicos federais estão impedidos de participar de sociedade empresária como sócio-gerente, contudo, para efeito de punição, **não se mostra razoável aplicar à tal conduta o mesmo patamar de penalidade estabelecido para outras condutas muito mais graves**, tais como a prática de crimes contra a administração pública e atos de improbidade administrativa previstos nos incisos XI e XII do art. 117 da Lei 8.112/90, **sobretudo quando a conduta atribuída ao recorrente não trouxe qualquer prejuízo à Administração Pública, não conflitou com as atribuições da Agência Reguladora, cingindo-se à aquisição de mercadorias em leilões da RFB por um servidor assíduo, cumpridor de seus deveres, como expressamente ressaltado pela CPAD no relatório final do PAD.** Embora a

Administração Pública tenha o dever de aplicar sanções funcionais aos servidores que venham infringir as normas de conduta previstas em lei, **é imprescindível que as penalidades impostas sejam proporcionais às faltas cometidas** (...). Assim, não restam dúvidas de que a determinação contida no art. 132 da Lei nº 8.112/1990 deve ser interpretada de forma sistemática, considerando o ordenamento jurídico que rege a matéria, em consonância com o inciso VI, do art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/1999, o §2º, do art. 23 do referido diploma legal e o art. 128 da Lei 8.112/90, aos quais o acórdão expressamente negou vigência, **ao apontar que a única penalidade que poderia ser aplicada era a demissão, por força do art. 132, XIII, da Lei 8.112/90**" (fls. 1.304/1.305e).

O art. 132, XIII, da Lei 8.112/90, dispõe que:

"Art. 132. **A demissão será aplicada** nos seguintes casos:

(...)

XIII - **transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117**".

Consoante também destacado pela decisão ora agravada, o acórdão recorrido, soberano na análise dos aspectos fáticos da causa, concluiu que **"intuitivo o intento do autor em atuar como comerciante, exercitando atividade paralela a de servidor da agência reguladora, de forma habitual, regular, conduta essa vedada segundo a legislação aplicável aos servidores públicos, mostrando-se a sanção adequada aos fatos, proporcional à conduta, marcada pela reiteração**, sinalizando a abertura da empresa em meio de superar os obstáculos decorrentes da inexecução total ou parcial dos contratos decorrentes da arrematação de bens em leilões da Receita Federal do Brasil como pessoa física, ou mesmo o aperfeiçoamento, o desenvolvimento da atividade. (...) a Corte Superior entende perfeitamente adequada a pena de demissão quando do exercício da atividade empresarial coincidentemente com o cargo público, fato que **não violaria os princípios em questão, como tampouco se traduziria em inconstitucionalidade** (...). Por tudo, o processo administrativo disciplinar não contém qualquer mácula quanto à conclusão e desfecho, estando a sentença ajustada à realidade dos fatos, razão bastante para, **reconhecida a tipicidade da conduta, manter a sanção de demissão imposta, porquanto adequada**" (fl. 1.232e).

Portanto, não obstante, mais uma vez, o recorrente não negue a conduta, a comprovação dos elementos caracterizadores da conduta e até de sua gravidade, na forma descrita no art. 117, X, da Lei 8.112/90, foi apreciada pelo Tribunal de origem – cujo reexame é insuscetível de ser feito na via do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ –, o qual consignou, ainda, em sede de Declaratórios, que **"a conduta foi exaustivamente examinada, não se acolhendo a pretensão de rever a pena de demissão, pois a legislação não admite esse intento**, não residindo a sua aplicação por simples orientação de parecer normativo, como aventado, **descabendo considerar circunstâncias atenuantes ou agravantes, proporcionalidade, razoabilidade ou mesmo outros argumentos**" (fl. 1.273e).

Superior Tribunal de Justiça

Nessa perspectiva, o acórdão recorrido não destoia da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual **"assentado o cometimento de infração punível exclusivamente com a demissão, não cabe ao órgão censor aplicar sanção diversa ao servidor, dado que o comando do art. 132 da Lei n. 8.112/1990 se apresenta como norma vinculante para a autoridade administrativa julgadora.** Como já decidido em hipótese análoga, **'Acerca da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de demissão, é firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça de que, caracterizada conduta para a qual a lei estabelece, peremptoriamente, a aplicação de determinada penalidade, não há para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa'** (MS 14.667/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 17/12/2014); ainda no STJ e no mesmo sentido, MS 16.105/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, DJe 02/02/2017; já no STF, RMS 33.911/DF, Rel.^a Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 20/06/2016" (STJ, MS 17.868/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 23/03/2017).

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS INFRINGENTES. POSICIONAMENTO MAJORITÁRIO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL. COMPORTAMENTO INCOMPATÍVEL COM O CARGO. ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELA EXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA A DEMISSÃO. ARTS. 117, IX E X, 128 E 132, IV, DA LEI 8.112/90. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática publicada em 07/11/2016, que julgara recurso interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de Ação Ordinária, proposta por Nautilus Vieira Bozza em face da União, objetivando a nulidade da Portaria 205, de 14/08/2007, que o demitira do serviço público, por inobservância de deveres funcionais e improbidade administrativa.

III. Não obstante as ponderações em sentido diverso, feitas pela sentença e pelo voto minoritário, a minuciosa análise feita acerca dos fatos e das provas constantes dos autos, bem como a conclusão que deles se extraiu - subsumindo a conduta do ora agravante (inobservância aos deveres funcionais estatuídos no art. 116, II e VI, da Lei 8.112/90) à prática de improbidade administrativa (arts. 117, IX e XI, da Lei 8.112/90 e 11 da Lei 8.429/92), o que redundou na correspondente pena de demissão (art. 132, IV, da Lei 8.112/90) -, não deixa dúvidas de que, sob a ótica do

posicionamento majoritário adotado na origem, "as provas produzidas são consistentes e relevam-se suficientes para o ato de demissão, inclusive porque a condição de Auditor Fiscal da Receita Federal, com formação intelectual qualificada e experiência profissional, permitia ao autor não só ter ciência de que se tratava de situação fático-jurídica irregular como também denota a sua intenção de contribuir para a fraude (dolo), adotando conduta contrária ao seu dever legal".

IV. Diante do quadro fático delineado pelo acórdão recorrido, que afirma que existem provas suficientes para a demissão, qualquer exame da alegação da parte recorrente demandaria o revolvimento de conjunto fático-probatório, insuscetível de ser realizado, na via do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

V. **Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "assentado o cometimento de infração punível exclusivamente com a demissão, não cabe ao órgão censor aplicar sanção diversa ao servidor, dado que o comando do art. 132 da Lei n. 8.112/1990 se apresenta como norma vinculante para a autoridade administrativa julgadora. Como já decidido em hipótese análoga, 'Acerca da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de demissão, é firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça de que, caracterizada conduta para a qual a lei estabelece, peremptoriamente, a aplicação de determinada penalidade, não há para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa' (MS 14.667/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 17/12/2014); ainda no STJ e no mesmo sentido, MS 16.105/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, DJe 02/02/2017; já no STF, RMS 33.911/DF, Rel.^a Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 20/06/2016" (STJ, MS 17.868/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 23/03/2017).**

VI. Na linha do entendimento firmado por esta Corte, na vigência do CPC/73, "a insurgência fundamentada na alínea 'c' do permissivo constitucional não admite como paradigmas acórdãos referentes a julgamento de Mandado de Segurança ou de Recurso em Mandado de Segurança, por não apresentarem o mesmo grau de cognição do Recurso Especial. Precedentes: AgRg no REsp 1.354.887/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 11/6/2014; AgRg no AREsp 417.461/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/12/2013" (STJ, EDcl no AREsp 567.525/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2014).

VII. Agravo interno improvido" (STJ, AgInt no REsp 1.533.097/PR, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 8/3/2018).

"SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE COMBATE A FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS DO ACÓRDÃO. APLICAÇÃO DO ÓBICE DA SÚMULA N. 283/STF. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. ESCUTA AMBIENTAL REALIZADA COM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL EM PROCESSO PENAL. UTILIZAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA PENA APLICADA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 para o presente Agravo Interno, embora o Recurso Ordinário estivesse sujeito ao Código de Processo Civil de 1973.

II - A falta de combate a fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido justifica a aplicação, por analogia, da Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal.

III - O aresto atacado encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte segundo a qual o processo administrativo é, em regra, autônomo em relação ao processo penal, somente experimentando seus reflexos nos casos de decisão absolutória por inexistência de fato (art. 386, I, CPP) ou negativa de autoria (art. 386, IV, CPP).

IV - A Corte Especial, no julgamento da Ação Penal n. 869/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, em 20.11.2017, DJe 01.03.2018, firmou entendimento segundo o qual, a escuta ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro não torna a prova ilícita, tampouco pode ser confundida com a quebra do sigilo de comunicação, que depende de prévia autorização judicial.

V - A 1ª Seção desta Corte no julgamento do MS 17.900/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe 29.08.2017 firmou orientação segundo a qual é possível a utilização, como prova emprestada, de escuta telefônica derivada de processo penal, com autorização judicial, no processo administrativo disciplinar, desde que seja assegurada a garantia do contraditório ao Acusado.

VI - Esta Corte possui entendimento de que o mandado de segurança não é meio adequado para a análise da proporcionalidade e razoabilidade da penalidade administrativa imposta a servidores públicos, por não admitir dilação probatória.

VII - **Em processo administrativo disciplinar, quando verificado que a conduta imputada ao investigado configura hipótese na qual a lei impõe a pena de demissão, a Administração Pública não pode aplicar**

sanção mais branda, porquanto se trata de ato vinculado.

VIII - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IX - Em regra, descabe a imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 em razão do mero desprovimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

X - Agravo Interno improvido" (STJ, AgInt no RMS 49.464/BA, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 12/8/2022).

De fato, sobre o julgado mencionado na decisão agravada, proferido MS 21.231/DF (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 24/04/2017), acerca da observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e do art. 128 da Lei 8.112/90, tratava-se de hipótese de pena de demissão por infração ao art. 117, IX e XVIII, da Lei 8.112/90 – e não do art. 117, X, da Lei 8.112/90 –. No entanto, a Primeira Seção do STJ orienta-se no sentido de que "a pena demissória atendeu aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo que se falar em violação do art. 128 da Lei 8.112/1990, porquanto há adequação entre o instrumento (processo administrativo disciplinar) e o fim (aplicação da pena), e a medida é exigível e necessária, **diante da gravidade da conduta perpetrada pelo impetrante**, o qual utilizou-se indevidamente e verbas públicas em benefício próprio e de terceiros, o que evidencia a prática da infração disciplinar capitulada no art. 117, IX e XVIII, da Lei 8.112/1990, e o acerto da pena aplicada, ainda mais quando **inexiste outro meio legal para se chegar ao mesmo resultado e tampouco a medida é excessiva ou se traduz em resultado indesejado pelo sistema jurídico**, ainda mais considerando que o agir do servidor ensejou a quebra do princípio da confiança e atentou contra os princípios administrativos da moralidade e da impessoalidade, que deve regular a relação entre a Administração Pública e os seus servidores".

Por fim, o ora agravante, no Recurso Especial, trouxe à colação, para fins de divergência jurisprudencial, acórdãos desta Corte, proferidos no AgRg no REsp 1.264.526/RS, (Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 28/10/2011) e no REsp 1.147.380/PR (Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 04/02/2011), em relação aos quais a decisão agravada afirmou que "não guardam similitude fática com a hipótese dos autos, eis que, em ambos os casos trazidos à colação, o Tribunal de origem concluiu, **mediante a análise dos fatos**, pela ausência de comprovação das condutas dos servidores do ilícito administrativo previsto no art. 117, X, da Lei 8.112/90" (fl. 1.441e).

Conforme enfatizei, no presente caso, o Tribunal **a quo** concluiu que "a atividade comercial concomitante ao exercício do cargo público encontra vedação na Lei nº 8.112/90, **ficando patente a vontade livre do servidor na aquisição de produtos em**

leilões promovidos pela Receita Federal do Brasil, seja como pessoa física, seja como microempreendedor individual, não demandando para a caracterização da atividade a constituição de sociedade. Pena de demissão fixada adequadamente e com base nos elementos coligidos, inclusive a habitualidade na mercancia, não discrepando das balizas legais" (fl. 1.234e), enquanto no invocado paradigma, proferido no REsp 1.147.380/PR, apontado pela ora agravante, "a **situação peculiar** da autora no descumprimento do ilícito, com exercício do comércio através de seus filhos por pouco tempo, bem como após o óbito deste, tendo vendido a sociedade para terceiros", afastou, em face das circunstâncias fáticas, a pena de demissão pela infração do art. 117, X, da Lei 8.112/90.

Com efeito, "a divergência jurisprudencial suscitada não atende ao requisito da identidade fático-jurídica entre os acórdãos confrontados, uma vez que as peculiaridades do caso vertente não se encontram espelhadas nos paradigmas, os quais, a toda evidência, baseiam-se em fatos, provas e circunstâncias distintas das constantes dos autos sob análise" (STJ, AgInt no REsp 1.864.132/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 27/11/2020).

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo interno.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt no AREsp 1.727.920 / RJ

Número Registro: 2020/0172383-0

PROCESSO ELETRÔNICO

Número de Origem:

0019353-61.2017.4.02.5101 00193536120174025101 193536120174025101 2017.51.01.019353-2
201751010193532

Sessão Virtual de 28/02/2023 a 06/03/2023

Relator do AgInt

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Secretário

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : TIAGO DE ÁVILA ACQUAVIVA

ADVOGADO : CLÁUDIO SERPA DA COSTA - RJ104313

AGRAVADO : UNIÃO

AGRAVADO : AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS

ASSUNTO : DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - REGIME ESTATUTÁRIO - REINTEGRAÇÃO OU
READMISSÃO

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : TIAGO DE ÁVILA ACQUAVIVA

ADVOGADO : CLÁUDIO SERPA DA COSTA - RJ104313

AGRAVADO : UNIÃO

AGRAVADO : AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 28/02/2023 a 06/03/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 07 de março de 2023