



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.360.738 - SC (2012/0274956-6)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : LEONARDO OLINGER
ADVOGADO : ALBERTO RIGON
AGRAVADO : UNIÃO
INTERES. : ERNANI LUIZ OLINGER - ESPÓLIO
REPR. POR : MARILENA MUNCH OLINGER - INVENTARIANTE
ADVOGADOS : ALBERTO RIGON
MARILENA MUNCH OLINGER

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. ART. 1º DO CÓDIGO PENAL. TESE RECURSAL NÃO PREQUESTIONADA. SÚMULA 282/STF. PENA FUNDAMENTADA NOS ARTS. 117, IX, E 132, XIII, DA LEI 8.112/90. ILÍCITO ADMINISTRATIVO RECONHECIDO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, DIANTE DO ACERVO FÁTICO DA CAUSA. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno interposto em 25/04/2016, contra decisão monocrática publicada em 1º/04/2016.

II. Na origem, trata-se de demanda proposta por ex-servidor contra a UNIÃO, objetivando a declaração de nulidade de sua demissão, com a consequente reintegração ao serviço público, nos quadros do Ministério da Saúde, com a mesma função, local e condições de trabalho antes obtidas, até a data do desligamento.

III. No caso, por simples cotejo das razões recursais e dos fundamentos do acórdão, percebe-se que a tese recursal, vinculada ao art. 1º do Código Penal, não foi apreciada, no voto condutor, sequer de modo implícito, não tendo servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal de origem. Nesse contexto, a pretensão recursal esbarra em vício formal intransponível, qual seja, ausência de prequestionamento, atraindo o óbice da Súmula 282/STF, na espécie.

IV. No caso, eventual modificação das conclusões firmadas pelo Tribunal de origem, mormente quanto ao reconhecimento, diante do acervo fático da causa, da obtenção de vantagem indevida pelo ex-servidor, com prática da infração prevista no art. 117, IX, da Lei 8.112/90, demandaria nova incursão na seara probatória dos autos, o que, todavia, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 415.677/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 27/03/2015.

V. Assim, "compreendida a conduta do impetrante nas disposições dos arts. 117, IX, e 132, IV, da Lei n. 8.112/1990 - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, e prática de improbidade administrativa -, inexistente para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa da demissão ou da cassação de aposentadoria." (MS 14.023/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/2/2016, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4/3/2016.)" (STJ, AgInt no AREsp 854.784/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/04/2016).

VI. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

A Sra. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada do TRF/3ª Região), os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 16 de junho de 2016 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.360.738 - SC (2012/0274956-6)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto pelo Espólio de LEONARDO OLINGER, em 25/04/2016, contra decisão de minha lavra, publicada em 1º/04/2016, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Recurso Especial, interposto por LEONARDO OLINGER, em 15/12/2010, com base na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, publicado em 30/11/2010, assim ementado:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. EXONERAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONDUTA ILÍCITA DEMONSTRADA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. INTERNAÇÃO DE PACIENTES MEDIANTE O PAGAMENTO DE DIFERENÇA DE CLASSE. IMPOSSIBILIDADE. LICITUDE.

1. Comprovada conduta ilícita por parte do autor, médico lotado no Ministério da Saúde, por violação ao disposto no art. 117, IX, da L. 8.112/1990, bem como no disposto no art. 37, caput, da CF/1988, verificado em processo administrativo disciplinar que culminou com a sua demissão do serviço público, cabível a anulação da decisão que determinou a sua reintegração.

2. Mesmo que não houvesse previsão expressa acerca da vedação da "diferença de classe", tal sistemática necessariamente importaria num *discrímen*, na medida em que haveria duas (ou mais) classes de pacientes internados pelo Sistema Único de Saúde, em violação aos princípios da universalidade de acesso e igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie" (fl. 574e).

Posteriormente, em razão do falecimento do autor no curso do processo, fora deferido o pedido de habilitação nos autos formulado pela sucessão do **de cujus** (fl. 698e).

O recorrente alega, nas razões do Recurso Especial, ofensa aos arts. 117, IX, e 132, XIII, da Lei 8.112/90 c/c os arts. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e 1º do CPB, uma vez que demonstrou-se:

"3.5. (...) de forma cabal e insofismável que os fatos que deram origem a deflagração do PAD (Procedimento Administrativo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Disciplinar) se deram enquanto exercendo a atividade descrita no item 5.2.2. da inicial e acima referido, ou seja em outro município e enquanto exercendo atividade de médico credenciado e não valendo-se do exercício do cargo público que detinha no município de Timbá em prédio público e dentro de repartição, conforme foi descrito no item 5.2.1. da inicial e também acima transcrito;

3.6. Gizamos que todas estas circunstâncias assumiram consistência de fatos notórios e não foram refutados durante todo o transcurso da marcha processual desde seu nascedouro;

3.7. Nesse contexto, o pai do recorrente asseverou item 29 da inicial: '29. Assim, se verdadeiras fossem essas circunstâncias, teria obrado através de função pública equiparada e não em razão do 'cargo público', posto que conforme esclarecido acima, existe a figura jurídica da função pública sem que para isto haja um cargo correspondente. Esclareça-se, também, que se assim fosse, teria agido no exercício de função pública delegada e não em razão do cargo público ao qual estava lotado no município vizinho de Timbá;'

3.8. A citação da recorrida, às fls. 450, de discurso de Palhares Moreira Reis, de que 'Evidentemente, as faltas disciplinares devem estar previstas na lei, e as sanções igualmente elencadas, pois se não presentes no texto legal não poderão ser aplicadas. No entanto, as transgressões disciplinares não exigem prévia definição legal, salvo naqueles casos mais graves...' (grifo nosso). Ora, a falta que resulta na exoneração é falta grave, e portanto o tipo a ser aplicado deve moldar-se perfeitamente, sob pena de a decisão nele lastreada divorciar-se por completo do contexto que a ensejou, como no caso;

3.9. Assim, ao agasalhar a tese que ensejou a reforma, o julgado ora recorrido violou dispositivo pétreo gravado em nossa Carta Política (Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;), e também reprisado no ordenamento substantivo penal pátrio, qual seja o principio da reserva legal, basilar de nosso Direito Penal 'Nullum crimen núlla poena sine lege', constando no DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 (Código Penal), com redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984: 'Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.';

3.10. Observamos, ainda, que Verba cum effectu, sunt



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

accivienda,' ou seja, Não se presumem, na lei, palavras inúteis'. Literalmente: Deve-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia, e, em sede penal a interpretação não pode ser elastecida para açambarcar situações efetivamente não encobertas pelo manto do dispositivo penal tido como violado, sob pena de correremos o risco da derrocada de toda a sistemática, o que inexoravelmente ocorreu quando a palavra cargo componente do dispositivo de lei teve seu conceito distorcido;

3.11. Anibal Bruno, em sua obra Direito Penal (4.^a ed. 1978, Forense) assevera que 'O arbítrio judicial que por exigências políticas da tirania, mais do que por influência de objetivos jurídico-penais, deu ao Direito punitivo dos tempos medievais e imediatamente posteriores o seu caráter de insegurança, violência e crueldade, resultava de um regime penal aberto em que a pena em sua medida e em seus processos de execução ficava em geral fora da determinação legal'. E prossegue o insigne doutrinador aduzindo: "Mas a segurança dos homens e a vigilância necessária por um regime de justiça exigem a clareza e precisão das leis na definição dos crimes e determinação das sanções.'

3.12. Na situação emoldurada, observa-se que consta da inicial:

(...)

3.13. Ao caçar a r. sentença de primeiro grau, que restabelecia o direito violado sem que houvesse prejuízo à Administração de nova e regular decisão, a decisão do E. Colegiado rasga a Constituição Federal fulminando o princípio da reserva legal mantido naquela Carta e reprisado na estratificação Penal desde os idos de 1940, restaura práticas punitivas do período Medieval, conforme referência na citação de Anibal Bruno, empobrece a construção jurisprudencial e perdeu a grande oportunidade de referendar decisão monocrática que deixava margem a que a Administração procedesse de forma a empreender decisão que salvaguardasse o princípio da proporcionalidade, em face de que em não havendo tipo adequado, a solução deveria vir sob esta esteira. Data vênia este humilde advogado nascido naquele torrão espera que esse tipo de façanha não seja referendado por essa E. Superior Corte de Justiça, para que jamais possa servir de modelo a toda Terra;

3.14. Cotejando a r. decisão monocrática em face do v. acórdão ora metralhado, observa-se que a primeira destaca às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fls. 444 que '... Ora, se o parto ocorreu no Hospital de Benedito Novo (o autor como servidor público atuava em Timbó) e na condição de médico credenciado não há como restar caracterizado o tipo 'Valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública'. Desta Feita, está configurado o errôneo enquadramento da pena de demissão pela autoridade administrativa, pelo que merece procedência o pedido inicial para a anulação da pena aplicada e reintegração do autor ao cargo que ocupava com o pagamento da remuneração devida desde a data do afastamento, acrescida de atualização monetária e juros de mora', ressaltando que 'Todavia, como houve uma infração. pode/deve a autoridade administrativa em nova e regular decisão, eventualmente, aplicar a penalidade adequada', enquanto que o segundo disse que '... O entendimento defendido na sentença de que o recebimento não decorreu do cargo de médico junto ao Ministério da Saúde, mas como médico credenciado também não merece prosperar uma vez que ainda que o paciente seja assistido por médico de sua confiança faz-se necessário o aval de médico a ele vinculado, até mesmo para proceder a fiscalização da aplicação dos recursos públicos e que 'Assim, merece reparos a sentença, uma vez que, da análise das provas carreadas aos autos, como o citado relatório do processo administrativo disciplinar o qual gerou a exoneração do ora apelado, verifica-se que a conduta perpetrada por agente público, no exercício de suas funções, não foi compatível com os princípios da Administração Pública. elencados no art 37, caput, da CF/1988, assim como pelo disposto no art 117, IX da Lei nº 8.112/1990' (grifos nossos);

3.15. A decisão objurgada louva-se da seguinte consideração para prestar referendo a decisão encerrada no PAD: ' ... uma vez que ainda que o paciente seja assistido por médico de sua confiança, faz-se necessário o aval de médico a ele vinculado, até mesmo para proceder a fiscalização da aplicação, dos recursos Públicos...', percebe-se que o Egrégio Colegiado insere novo elemento nunca antes debatido para enaltecer e cancelar o substrato conclusivo exarado pela Administração e que sequer constou de qualquer parte do caderno processual administrativo ou mesmo daquela decisão final. Desse apontamento emerge que o facultativo investigado e processado jamais foi instado a responder sobre e ditas circunstâncias as quais não passam de elucubração ensejada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fim de esfumçar a clareza solar emergente da decisão emanada do r. Juízo monocrático, consistindo insofismavelmente em tentar fazer acreditar que o cargo do autor contemplava função fora da repartição, dito devaneio que data vênha não encontra qualquer suporte nos autos e tampouco nunca aconteceu;

3.16. A nulidade do ato demissional, assim há de ser restabelecida por essa E. Superior Conte de Justiça, a fim de restabelecer o status quo ante, diante da flagrante inadequação de tipo penal restaurada pelo v. acórdão recorrido em detrimento do acertado posicionamento adotado pela insigne Julgadora monocrática que soube reconhecer situação inequívoca de erro de tipo na decisão proferida no PAD, consagrando o já referido princípio da reserva legal, esculpido tanto na Magna Carta, quanto em Legislação Federal, nos termos acima expostos;

3.17. Assim, o v. acórdão recorrido merece integral reforma, notadamente para o especial fim de que seja reconhecida sua contrariedade ao consagrado princípio da reserva legal, sedimentado tanto na Carta Política desta Nação, como no ordenamento substantivo penal pátrios, cujos dispositivos legais correspondentes foram acima transcritos, tudo para que seja proclamada a nulidade da decisão encerrada no PAD, objeto da ação anulatória encetada, com o restabelecimento da r. decisão de primeiro grau, sendo reintegrado o então autor desde seu desligamento com efeitos até a data de seu falecimento, ao respectivo cargo e funções, com todas os salários e vantagens inerentes, bem como para que em assim ocorrendo baixem os autos ao E. Tribunal Federal de Recursos, para exame do conteúdo e integral provimento do recurso adesivo interposto, acaso esse E. S.T.J. não o examine e estenda o devido provimento, a fim de alinhar juro e honorários na forma propugnada" (fls. 587/590e).

Requer, ao final, "seja recebido e processado o presente Recurso Especial, posto que tempestivo e preenchidos os requisitos de admissibilidade, com o prequestionamento da questão federal efetuada em primeira e segunda instâncias" (fl. 590e).

Em sede de contrarrazões, a parte recorrida afirma, em preliminar, ser inviável o conhecimento do Recurso Especial, nos seguintes termos:

II. DO NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO PELA ALÍNEA 'A':



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Negativa de vigência de dispositivo legal não demonstrada - art. 105, inciso III, letra 'a', da Constituição da República.

O recorrente interpôs recurso especial alegando que a decisão proferida pela 3ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal local teria contrariado a legislação federal por reformar a decisão monocrática e entender que legal a decisão administrativa de sua demissão.

Contudo, não demonstrou, como seu deu a infringência a legislação infraconstitucional, apenas aduz que restaram contrariados os arts. 117, IX e 132 da Lei nº 8.112/90.

Deste modo, o recurso oferecido ressenete-se dos requisitos previstos no art. 541, II, do CPC, que exige a demonstração do cabimento do recurso interposto. A mera alegação de fundamento legal não gera as condições para a admissão deste. Sem o preenchimento deste requisito não há como ser admitido o Recurso Especial manejado, conforme bem decidido no Resp.

5.904/TO, Rel. Ministro Bueno Souza, DJU 3/8/92.

Logo, não basta citar decisões que entende terem proferido entendimento diverso a situação dos autos é necessário que aponte a legislação infraconstitucional que está sendo apontada como divergente.

Reexame matéria probatória - Súmula 7 do STJ O recorrente interpôs recurso especial alegando que a decisão proferida pela O. Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal teria contrariado a legislação federal. No entanto, constata-se que o recurso especial esbarra no óbice presente na Súmula 07 desse Superior Tribunal de Justiça, uma vez que para o deslinde da controvérsia seria necessário reexaminar fatos e documentos, o que é vedado na via extraordinária.

A pretensão a um novo juízo sobre os fatos foge à via excepcional, pois nem o Supremo Tribunal Federal nem tampouco o Superior Tribunal de Justiça configuram um 'terceiro grau' de jurisdição. A competência que a eles foi atribuída pela Magna Lei refere-se ao interesse público de guarda da Constituição; e preservação da aplicação correta e interpretação uniforme do direito federal, respectivamente, sendo-lhes impróprio o reexame de provas.

Observe-se a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

(...)

No caso presente, o v. acórdão fundamentou-se essencialmente em matéria fática, pois, somente diante do cotejo de todos os fatos envolvidos na causa é que se poderia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

chegar, enfim, ao juízo sobre a adequação da decisão tomada. Aliás, há jurisprudência assente nesse sentido, como se constata, v.g., dos arestos adiante colacionados:

(...)

Não havendo fundamento jurídico, por conseguinte, que ampare o recurso especial interposto, há de ser o mesmo inadmitido" (fls. 611/616e).

Quanto ao mérito, aduz a parte recorrida que:

"A decisão recorrida não merece reparos, porquanto corretamente interpretou e aplicou os dispositivos legais pertinentes ao presente caso, verbis:

(...)

Sendo assim, considerando a correção da atuação administrativa no presente caso não merece provimento o recurso interposto, sendo de rigor a manutenção do r. acórdão" (fls. 616/621e).

O Recurso Especial foi admitido pelo Tribunal de origem (fls. 697/698e).

Na origem, cuida-se de Ação Ordinária ajuizada por ERNANI LUIZ OLINGER, objetivando a anulação do ato administrativo que importou em sua demissão do serviço público, bem como sua consequente reintegração, sendo certo que a sentença de procedência do pedido (fls. 488/508e) foi reformada pelo Tribunal de origem (fls. 566/576e). De início, "não cabe a esta Corte, em sede de recurso especial, examinar suposta violação a dispositivos constitucionais, tendo em vista os precisos termos do art. 105, III, alíneas 'a', 'b' e 'c', da CF/88" (STJ, REsp 1.281.061/PB, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/08/2013).

Por sua vez, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional. A exigência tem, como desiderato principal, impedir a condução, a este Tribunal, de questões federais não debatidas no Tribunal **a quo**, a teor das Súmulas 282/STF, por analogia, e 211/STJ. Hipótese em que, contudo, o Tribunal de origem não emitiu qualquer juízo de valor acerca do art. 1º do CPB, restando ausente seu necessário prequestionamento.

Quanto ao mérito, nada obstante a tese de afronta aos arts. 117, IX, e 132, XIII, da Lei 8.112/90 tenha sido adequadamente formulada nas razões do Recurso Especial, mostra-se inviável seu conhecimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De fato, referida questão foi assim decidida no acórdão recorrido:

"A parte autora ajuizou ação ordinária contra a União, objetivando a declaração de nulidade da sua demissão, decorrente de Portaria editada nos autos de processo administrativo disciplinar, com a consequente reintegração junto ao quadro de funcionários, na função de médico do Ministério da Saúde, Posto de Assistência Médica do município de Timbó/SC.

Concluiu o procedimento que restou comprovada a autoria e a materialidade do ilícito administrativo tipificado no artigo 117, inc. IX, com a pena capitulada no art. 132, inc. XIII da L 8.112/1990, o que ensejou a demissão do autor, por ter se valido do cargo público para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da função pública, o que ocorreu com a Portaria nº 864/2000. Pretende o autor a anulação do ato com a reintegração ao serviço público.

Foi juntada cópia do processo administrativo disciplinar, às fls. 18/199 e 204/206. Às fls. 28, 84 e 120 constam cópia de cheque nominal ao autor, para pagamento de serviços médicos.

A magistrada de origem entendeu que, pelo conjunto probatório, em especial pela prova testemunhal produzida, não restou demonstrado que houve a cobrança de honorários médicos realizados por parte do autor em parto realizado pelo SUS, sendo que 'o autor apenas recebeu os valores por ser o plantonista do dia' (fl. 444) e que o recebimento não decorreu do cargo de médico junto ao Ministério da Saúde, mas como médico credenciado.

Nas razões do apelo, o INSS alega que o pedido deve ser julgado improcedente, por violação ao disposto no art. 197 da CF/1988, bem como ao art. 117, IX, da L. 8.112/1990, assim como ao disposto na L 8.080/1990 e na Resolução n.º 283/1991 do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social.

Refere que é irrelevante quem tenha cobrado a exação ilegal por serviços médicos prestados, o que importa é que o apelado foi quem recebeu o pagamento da diferença cobrada pelo procedimento médico realizado, praticando o ilícito, em detrimento da função pública.

A prova testemunhal não é uníssona no sentido de que o autor tivesse conduta habitual de cobrar pela 'diferença



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de classe' dos pacientes internados pelo Sistema Único de Saúde, para obter melhores acomodações, mas o fato é que, no caso dos autos, com a internação ocorrida em 26/12/1996 (fls. 29/31) a própria denunciante, ANGÉLICA NECKEL, também ouvida como testemunha judicial às fls. 388/389, assim revelou:

'que a depoente se internou no hospital em Benedito Novo para dar a luz à sua filha Joice Luciana, que hoje tem 8 anos de idade. Que na época foi internada pelo SUS mas ficou combinado que, para ficar internada 'num quarto de primeira' pagaria uma diferença para o médico e para o hospital. Que pagou uma diferença de R\$ 200,00, **dos quais R\$ 150,00 foram para o autor**, que a assistiu no parto, e o restante para o hospital. Que a depoente internou no sábado e na segunda pela manhã teve alta médica.(...) Que a depoente na época sabia que essa cobrança diferenciada era uma praxe não só em Benedito Novo mas também em Timbó. Que na época existiam boatos de que quem era atendido exclusivamente pelo SUS às vezes não conseguia vaga, e a depoente teve medo de que isso pudesse acontecer com a depoente. (..) Que a depoente tratou do pagamento da diferença com o Dr. Samir Abdala, que era médico e atendia em Timbó. Que na sexta feira a depoente esteve no consultório do Dr. Samir Abdala e pagou a consulta, sendo que foi orientada pelo médico de que, assim que fosse necessário, a depoente poderia contactá-lo a qualquer hora. Que no sábado pela manhã a depoente teve sangramento e o início do trabalho de parto e foi para o hospital em Benedito Novo. Que de lá tentaram entrar em contato com o Dr. Samir mas não conseguiram. **Que quem lhe atendeu no hospital foi o autor, que era médico plantonista. Que era a primeira vez que a depoente se consultava com o autor. Que a depoente esclarece que o cheque de R\$ 200,00 foi entregue as secretaria do hospital, após a depoente ter alta. Que acha que quem recebeu os R\$ 150,00 foi o autor, mas não tem certeza.** Que a depoente não falou com o autor sobre valores, mas apenas com o Dr. Samir. Que a depoente foi atendida pelo Dr. Ernani no sábado às 10:00 horas, sendo que a depoente havia chegado ao hospital um pouco antes desse horário. Que durante a tarde toda foi tentado o contato com o Dr.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Samir, mas até a hora do parto, por volta das 22:00 horas de sábado, não haviam conseguido encontrá-lo. **Que quem fez o parto da filha do depoente foi o autor. Que a informação do preço de R\$ 200,00 informado que a depoente deveria pagar lhe foi repassado pelo Dr. Samir Abdala.** Que a depoente recorda do Dr. Samir ter comentado com a depoente de que o preço cobrado como diferença para atendimentos pelo SUS em Benedito Novo era mais barato do que o cobrado em Timbó e por isso optou fazer o parto em Benedito Novo. Que a depoente recorda que o valor cobrado pela diferença na diária pela utilização do 'quarto de primeira' era de R\$ 24,00. Que antes de ser atendida pelo autor não o conhecia nem lembra de ter ouvido falar dele'.

Ademais, tal depoimento corrobora a prova documental juntada, consistente no cheque nominal emitido em favor do ora apelado (fls. 28, 84 e 120), bem como pela cópia dos documentos de cobrança de valores de Angélica Luciane Neckel, no parto realizado pelo SUS (fls. 29 a 31, 85 a 87 e 246 a 248).

Também as conclusões do relatório do processo administrativo disciplinar foram no sentido de que *'ficou caracterizado (...) que o médico Ernani Luiz Olinger, em parceria com o Hospital São Benedito, de Benedito Novo/SC, cobraram honorários médicos hospitalares à beneficiária denunciante internada em enfermaria pelo SUS, cujo procedimento fora autorizado e pago pelo Sistema Único de Saúde. Fontes comprobatórias: Testemunhais fls. 17/18; 28; 30 e 41/42. Documentais fls. 19 e 20/27' (fl. 79).*

Os outros depoimentos testemunhais nada esclarecem quanto ao fato discutido nos presentes autos, embora confirmem que **o autor estivesse lotado como em Timbó/SC, vinculado ao Ministério da Saúde, ao mesmo tempo em que atuava como médico, em Benedito Novo/SC**, sendo, nos seus demais termos, apenas abonatórios quanto à conduta do autor (fls. 365/402).

A 'diferença de classe' nada mais é do que a faculdade de o paciente, internado pelo SUS, optar por utilizar acomodações, serviços e insumos diferenciados não cobertos pelo sistema, mediante o pagamento da diferença entre o custo dos serviços e o valor repassado pelo SUS.

Ocorre que, nos termos do artigo 196 da Constituição da República, a saúde é direito de todos e dever do Estado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Tal preceito também consta do artigo 7º, incisos I e IV, da L 8.080/1990, que regulamenta o citado dispositivo constitucional, nos seguintes termos:

(...)

Ainda, a Resolução n.º 283, de 30/08/1991, publicada no DOU de 05-09-1991, dispõe:

(...)

A Resolução 283, de 30/08/1991, está em consonância com o que dispõem a L 8.080/90 (arts. 20 a 22 e 43) e a CF/88, nos arts. 197 e 199, § 1º.

Mesmo que não houvesse previsão expressa acerca da vedação da 'diferença de classe', tal sistemática necessariamente importaria num discrímen, na medida em que haveria duas (ou mais) classes de pacientes internados pelo Sistema Único de Saúde, ainda que os custos decorrentes do pacote de serviços diferenciados recaíssem unicamente sobre o particular que assim desejasse.

Aliás, não se olvide que a assistência à saúde também pode ser exercida pela iniciativa privada (art. 199 da CF), onde o paciente pode escolher a instituição hospitalar e o médico que irá atendê-lo, arcando, conseqüentemente, com os respectivos custos. O que não pode ocorrer, sem embargo de entendimento em sentido contrário, é um sistema de atendimento misto, parte custeado pelo Poder Público, parte pelo próprio particular.

Esse tipo de flexibilização coloca em risco o adequado funcionamento do sistema. Dá margem para cobranças indevidas, seja pelos hospitais, seja pelos médicos. A opção pela rigidez da regra de completa gratuidade baseia-se em fundamentos válidos e se sustenta na ordem jurídica em vigor, para fins de ser dada efetividade à Constituição Federal. Não cabe ao Poder Judiciário, em meio a essas circunstâncias, alterar, modificar o funcionamento do sistema.

Ademais, **pontuou o Des. Federal Luiz Carlos De Castro Lugon no voto proferido nos Embargos Infringentes em Apelação Cível nº 2003.71.10.008446-6/RS (D.E. 08.10.2007) que no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade na AC nº 97.04.3097-8/RS a Corte Especial deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu, em**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

26.07.2007, a constitucionalidade da Resolução INAMPS nº 283/91 na parte em que veda ao beneficiário da Previdência Social optar por acomodações de padrão superior ao oferecido mediante pagamento de diferença de classe.

Nesse sentido:

(...)

O entendimento defendido na sentença de que o recebimento não decorreu do cargo de médico junto ao Ministério da Saúde, mas como médico credenciado, também não merece prosperar, uma vez que ainda que o paciente seja assistido por médico de sua confiança, faz-se necessário para o internamento e posterior baixa hospitalar no âmbito do Sistema Único de Saúde o aval de médico a ele vinculado, até mesmo para proceder a fiscalização da aplicação dos recursos públicos.

Assim, merece reparos a sentença, uma vez que, da análise das provas carreadas aos autos, como o citado relatório do processo administrativo disciplinar, o qual gerou a exoneração do ora apelado, verifica-se que a conduta perpetrada por agente público, no exercício de suas funções, não foi compatível com os princípios da Administração Pública, elencados no art. 37, *caput*, da CF/1988, assim como pelo disposto no art. 117, IX, da L. 8.112/1990" (fls. 568/573e).

Conclui-se, assim, que a eventual modificação das conclusões firmadas pelo Tribunal de origem demandaria nova incursão na seara fático-probatória dos autos, o que, todavia, embarra no óbice da Súmula 7/STJ. Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ANULAÇÃO DO ATO DE DEMISSÃO E REINTEGRAÇÃO AO CARGO DE AUDITOR FISCAL. REGULAR PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONDUTA ILÍCITA. CONFIGURAÇÃO. REVISÃO DAS PREMISSAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR Nº 7/STJ.

1. Caso em que foi imposta ao servidor pena de demissão, com base nos arts. 117, XII c/c 132, IV e XIII, da Lei 8.112/90 (obter proveito pessoal, em detrimento da dignidade da função pública), após regular inquérito administrativo, em que foi proporcionado o exercício da ampla defesa e do contraditório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A comprovação de (in) ocorrência de grave falta funcional pretendida pela parte autora ensejaria, de forma inafastável, o reexame de provas, encontrando óbice no verbete sumular n. 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no AREsp 415.677/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 27/03/2015).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I, do RISTJ, **não conheço** do Recurso Especial" (fls. 713/723e).

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

"O finado ERNANI LUIZ OLINGER, que veio residir em juízo visando a anulação da portaria que o exonerou, era médico integrante do quadro de funcionários do Ministério da Saúde, matrícula SIAPE 057.626-5, Classe A, Padrão III, então cedido à Prefeitura Municipal de Timbó/SC, onde exercia o cargo de Médico, foi demitido em conclusão de processo administrativo que teve contra si deflagrado por fato alheio a seu cargo;

A portaria 864, que consolida sua demissão foi vazada nos seguintes termos: "... de acordo com os arts. 117, inciso IX e 132, inciso XIII, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e tendo em conta o que consta do Processo nº 25024.00127/99-95" " por valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem em detrimento da dignidade da função pública."

Conforme assinalamos, o recurso especial interposto não pretende revolver questão de fatos e provas, acentuamos antes de mais nada o que é sabido, ou seja, que o procedimento administrativo que resultou na demissão do Dr. Ernani Luiz Olinger ocorreu em vista de ato praticado em outro município, Benedito Novo, SC, fora do exercício de seu cargo e função, portanto não poderia ser demitido " por valer-se - do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem em detrimento da dignidade da função pública." pois que no exercício do cargo então não se encontrava , versão essa incontroversa nos autos;

(...)

De outro lado, **a tese de afronta aos arts. 117, IX e 132, XIII, da Lei 8.112/90 foi adequadamente formulada no recurso especial interposto, demonstrando que ditos dispositivos foram analisados de forma equivocada, incorreta e inadequada, no acórdão vergastado, tem o agravante que o recurso especial, merece conhecimento, posto que ao contrário do que**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

assevera a insigne Ministra Relatora, que em decisão monocrática não lhe deu seguimento, em entendendo que o equacionamento demandaria revolvimento de fatos e provas, data venia, não é o caso, posto que se trata de examinar exclusivamente se houve o preenchimento do suporte do art. 117, IX e 132, inciso XIII, da Lei 8.112/90, na situação “valer-se do cargo” o que efetivamente emerge de forma incontroversa que inocorreu;

Ora, a decisão agravada transcreve o acórdão recorrido, inclusive às fls. eSTJ 722, o aresto que menciona que “O entendimento defendido na sentença de que o recebimento não decorreu do cargo de médico junto ao Ministério da Saúde, mas como médico credenciado, também não merece prosperar, uma vez que ainda que o paciente seja assistido por médico de sua confiança, faz-se necessário para o internamento e posterior baixa hospitalar no âmbito do Sistema Único de Saúde o aval de médico a ele vinculado, até mesmo para proceder a fiscalização da aplicação dos recursos públicos.” o que sabidamente é ainda ato de médico credenciado que era, e seguramente ali (como médico no município de Benedito Novo) não obrava em exercício do cargo e função de lotação Federal;

Logo, o recurso especial deve ser admitido por violação do art. 117 inciso IX da Lei 8.112/90, posto que se o ato foi praticado fora do exercício do cargo e função Federal, em município diverso daquele de sua lotação, é certo que não se valeu “... do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem em detrimento da dignidade da função pública.”, pois que de exercício do cargo não se tratava;

A questão da tipicidade, calcada no disposto no art. 1º, do ordenamento substantivo penal (que sedimenta o princípio da reserva legal), é assim um reforço da tese de violação do art. 117, inciso IX, da Lei 8.112/90, posto o suporte dessa Lei disciplinar não foi atendido, e nessa circunstância reside o motivo suficiente para revisão medida extrema que enfim foi imposta ao finado Ernani Luiz Olinger;

(...)” (fls. 728/730e).

Por fim, requer "seja o presente agravo provido para conhecimento e provimento do recurso especial interposto, declaração de nulidade da portaria que o exonerou, restabelecendo a r. decisão de primeiro grau, bem como examinado o teor do recurso adesivo interposto e seu integral provimento na forma propugnada" (fl. 730e).

Impugnação da UNIÃO, a fls. 735/738e, pela manutenção da decisão agravada, por seus próprios fundamentos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.360.738 - SC (2012/0274956-6)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Sem razão a parte agravante.

Com efeito, na origem, ERNANI LUIZ OLINGER, propôs demanda contra a UNIÃO, objetivando a declaração de nulidade de sua demissão, com a consequente reintegração ao serviço público, nos quadros do Ministério da Saúde, com a mesma função, local e condições de trabalho antes obtidas, até a data do desligamento.

O pedido foi julgado procedente. Em grau de apelação, contudo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reverteu a decisão, firme nos seguintes fundamentos:

"A parte autora ajuizou ação ordinária contra a União, objetivando a declaração de nulidade da sua demissão, decorrente de Portaria editada nos autos de processo administrativo disciplinar, com a consequente reintegração junto ao quadro de funcionários, na função de médico do Ministério da Saúde, Posto de Assistência Médica do município de Timbó/SC.

Concluiu o procedimento que restou comprovada a autoria e a materialidade do ilícito administrativo tipificado no artigo 117, inc. IX, com a pena capitulada no art. 132, inc. XIII da L 8.112/1990, o que ensejou a demissão do autor, por ter se valido do cargo público para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da função pública, o que ocorreu com a Portaria nº 864/2000. Pretende o autor a anulação do ato com a reintegração ao serviço público.

Foi juntada cópia do processo administrativo disciplinar, às fls. 18/199 e 204/206. Às fls. 28, 84 e 120 constam cópia de cheque nominal ao autor, para pagamento de serviços médicos.

A magistrada de origem entendeu que, pelo conjunto probatório, em especial pela prova testemunhal produzida, não restou demonstrado que houve a cobrança de honorários médicos realizados por parte do autor em parto realizado pelo SUS, sendo que 'o autor apenas recebeu os valores por ser o plantonista do dia' (fl. 444) e que o recebimento não decorreu do cargo de médico junto ao Ministério da Saúde, mas como médico credenciado.

Nas razões do apelo, o INSS alega que o pedido deve ser julgado improcedente, por violação ao disposto no art. 197 da CF/1988, bem como ao art. 117, IX, da L. 8.112/1990, assim como ao disposto na L 8.080/1990 e na Resolução n.º 283/1991 do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Refere que é irrelevante quem tenha cobrado a exação ilegal por serviços médicos prestados, o que importa é que o apelado foi quem recebeu o pagamento da diferença cobrada pelo procedimento médico realizado, praticando o ilícito, em detrimento da função pública.

A prova testemunhal não é uníssona no sentido de que o autor tivesse conduta habitual de cobrar pela 'diferença de classe' dos pacientes internados pelo Sistema Único de Saúde, para obter melhores acomodações, mas o fato é que, no caso dos autos, com a internação ocorrida em 26/12/1996 (fls. 29/31) a própria denunciante, ANGÉLICA NECKEL, também ouvida como testemunha judicial às fls. 388/389, assim revelou:

'que a depoente se internou no hospital em Benedito Novo para dar a luz à sua filha Joice Luciana, que hoje tem 8 anos de idade. Que na época foi internada pelo SUS mas ficou combinado que, para ficar internada 'num quarto de primeira' pagaria uma diferença para o médico e para o hospital. Que pagou uma diferença de R\$ 200,00, **dos quais R\$ 150,00 foram para o autor**, que a assistiu no parto, e o restante para o hospital. Que a depoente internou no sábado e na segunda pela manhã teve alta médica. (...) **Que a depoente na época sabia que essa cobrança diferenciada era uma praxe não só em Benedito Novo mas também em Timbó.** Que na época existiam boatos de que quem era atendido exclusivamente pelo SUS às vezes não conseguia vaga, e a depoente teve medo de que isso pudesse acontecer com a depoente. (...) Que no sábado pela manhã a depoente teve sangramento e o início do trabalho de parto e foi para o hospital em Benedito Novo. Que de lá tentaram entrar em contato com o Dr. Samir mas não conseguiram. **Que quem lhe atendeu no hospital foi o autor, que era médico plantonista. Que era a primeira vez que a depoente se consultava com o autor. Que a depoente esclarece que o cheque de R\$ 200,00 foi entregue as secretaria do hospital, após a depoente ter alta. Que acha que quem recebeu os R\$ 150,00 foi o autor, mas não tem certeza.** Que a depoente não falou com o autor sobre valores, mas apenas com o Dr. Samir. Que a depoente foi atendida pelo Dr. Ernani no sábado às 10:00 horas, sendo que a depoente havia chegado ao hospital um pouco antes desse horário. Que durante a tarde toda foi tentado o contato com o Dr. Samir, mas até a hora do parto, por volta das 22:00 horas de sábado, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

havam conseguido encontrá-lo. **Que quem fez o parto da filha do depoente foi o autor. Que a informação do preço de R\$ 200,00 informado que a depoente deveria pagar lhe foi repassado pelo Dr. Samir Abdala. Que a depoente recorda do Dr. Samir ter comentado com a depoente de que o preço cobrado como diferença para atendimentos pelo SUS em Benedito Novo era mais barato do que o cobrado em Timbó e por isso optou fazer o parto em Benedito Novo. Que a depoente recorda que o valor cobrado pela diferença na diária pela utilização do 'quarto de primeira' era de R\$ 24,00. Que antes de ser atendida pelo autor não o conhecia nem lembra de ter ouvido falar dele'.**

Ademais, tal depoimento corrobora a prova documental juntada, consistente no cheque nominal emitido em favor do ora apelado (fls. 28, 84 e 120), bem como pela cópia dos documentos de cobrança de valores de Angélica Luciane Neckel, no parto realizado pelo SUS (fls. 29 a 31, 85 a 87 e 246 a 248).

Também as conclusões do relatório do processo administrativo disciplinar foram no sentido de que *'ficou caracterizado (...) que o médico Ernani Luiz Olinger, em parceria com o Hospital São Benedito, de Benedito Novo/SC, cobraram honorários médicos hospitalares à beneficiária denunciante internada em enfermaria pelo SUS, cujo procedimento fora autorizado e pago pelo Sistema Único de Saúde. Fontes comprobatórias: Testemunhais fls. 17/18; 28; 30 e 41/42. Documentais fls. 19 e 20/27' (fl. 79).*

(...)

A 'diferença de classe' nada mais é do que a faculdade de o paciente, internado pelo SUS, optar por utilizar acomodações, serviços e insumos diferenciados não cobertos pelo sistema, mediante o pagamento da diferença entre o custo dos serviços e o valor repassado pelo SUS.

Ocorre que, nos termos do artigo 196 da Constituição da República, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Tal preceito também consta do artigo 7º, incisos I e IV, da L 8.080/1990, que regulamenta o citado dispositivo constitucional, nos seguintes termos:

(...)

Ainda, a Resolução n.º 283, de 30/08/1991, publicada no DOU de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

05-09-1991, dispõe:

(...)

A Resolução 283, de 30/08/1991, está em consonância com o que dispõem a L 8.080/90 (arts. 20 a 22 e 43) e a CF/88, nos arts. 197 e 199, § 1º.

Mesmo que não houvesse previsão expressa acerca da vedação da 'diferença de classe', tal sistemática necessariamente importaria num discrímen, na medida em que haveria duas (ou mais) classes de pacientes internados pelo Sistema Único de Saúde, ainda que os custos decorrentes do pacote de serviços diferenciados recaíssem unicamente sobre o particular que assim desejasse.

Aliás, não se olvide que a assistência à saúde também pode ser exercida pela iniciativa privada (art. 199 da CF), onde o paciente pode escolher a instituição hospitalar e o médico que irá atendê-lo, arcando, consequentemente, com os respectivos custos. O que não pode ocorrer, sem embargo de entendimento em sentido contrário, é um sistema de atendimento misto, parte custeado pelo Poder Público, parte pelo próprio particular.

(...)

Ademais, pontuou o Des. Federal Luiz Carlos De Castro Lugon no voto proferido nos Embargos Infringentes em Apelação Cível nº 2003.71.10.008446-6/RS (D.E. 08.10.2007) que no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade na AC nº 97.04.3097-8/RS a Corte Especial deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu, em 26.07.2007, a constitucionalidade da Resolução INAMPS nº 283/91 na parte em que veda ao beneficiário da Previdência Social optar por acomodações de padrão superior ao oferecido mediante pagamento de diferença de classe.

Nesse sentido:

(...)

O entendimento defendido na sentença de que o recebimento não decorreu do cargo de médico junto ao Ministério da Saúde, mas como médico credenciado, também não merece prosperar, uma vez que ainda que o paciente seja assistido por médico de sua confiança, faz-se necessário para o internamento e posterior baixa hospitalar no âmbito do Sistema Único de Saúde o aval de médico a ele vinculado, até mesmo para proceder a fiscalização da aplicação dos recursos públicos.

Assim, merece reparos a sentença, uma vez que, da análise



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

das provas carreadas aos autos, como o citado relatório do processo administrativo disciplinar, o qual gerou a exoneração do ora apelado, verifica-se que a conduta perpetrada por agente público, no exercício de suas funções, não foi compatível com os princípios da Administração Pública, elencados no art. 37, caput, da CF/1988, assim como pelo disposto no art. 117, IX, da L. 8.112/1990" (fls. 568/573e).

Por sua vez, o ora agravante interpôs Recurso Especial, apontando, nas razões do Recurso Especial, ofensa aos arts. 117, IX, e 132, XIII, da Lei 8.112/90 c/c os arts. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e 1º do CPB, uma vez que se demonstrou:

"3.5. (...) de forma cabal e insofismável que os fatos que deram origem a deflagração do PAD (Procedimento Administrativo Disciplinar) se deram enquanto exercendo a atividade descrita no item 5.2.2. da inicial e acima referido, ou seja em outro município e enquanto exercendo atividade de médico credenciado e não valendo-se do exercício do cargo público que detinha no município de Timbá em prédio público e dentro de repartição, conforme foi descrito no item 5.2.1. da inicial e também acima transcrito;

3.6. Gizamos que todas estas circunstâncias assumiram consistência de fatos notórios e não foram refutados durante todo o transcurso da marcha processual desde seu nascedouro;

3.7. Nesse contexto, o pai do recorrente asseverou item 29 da inicial: '29. Assim, se verdadeiras fossem essas circunstâncias, teria obrado através de função pública equiparada e não em razão do 'cargo público', posto que conforme esclarecido acima, existe a figura jurídica da função pública sem que para isto haja um cargo correspondente. Esclareça-se, também, que se assim fosse, teria agido no exercício de função pública delegada e não em razão do cargo público ao qual estava lotado no município vizinho de Timbá;'

3.8. A citação da recorrida, às fls. 450, de discurso de Palhares Moreira Reis, de que 'Evidentemente, as faltas disciplinares devem estar previstas na lei, e as sanções igualmente elencadas, pois se não presentes no texto legal não poderão ser aplicadas. No entanto, as transgressões disciplinares não exigem prévia definição legal, salvo naqueles casos mais graves...' (grifo nosso). Ora, a falta que resulta na exoneração é falta grave, e portanto o tipo a ser aplicado deve moldar-se perfeitamente, sob pena de a decisão nele lastreada divorciar-se por completo do contexto que a ensejou, como no caso;

3.9. Assim, ao agasalhar a tese que ensejou a reforma, o julgado ora recorrido violou dispositivo pétreo gravado em nossa Carta Política (Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem prévia cominação legal;), e também reprisado no ordenamento substantivo penal pátrio, qual seja o principio da reserva legal, basilar de nosso Direito Penal 'Nullum crimen nulla poena sine lege', constando no DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 (Código Penal), com redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984: 'Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.';

3.10. Observamos, ainda, que Verba cum effectu, sunt accivienda,' ou seja, Não se presumem, na lei, palavras inúteis'. Literalmente: Deve-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia, e, em sede penal a interpretação não pode ser elastecida para açambarcar situações efetivamente não encobertas pelo manto do dispositivo penal tido como violado, sob pena de correremos o risco da derrocada de toda a sistemática, o que inexoravelmente ocorreu quando a palavra cargo componente do dispositivo de lei teve seu conceito distorcido;

3.11. Anibal Bruno, em sua obra Direito Penal (4.^a ed. 1978, Forense) assevera que 'O arbítrio judicial que por exigências políticas da tirania, mais do que por influência de objetivos jurídico-penais, deu ao Direito punitivo dos tempos medievais e imediatamente posteriores o seu caráter de insegurança, violência e crueldade, resultava de um regime penal aberto em que a pena em sua medida e em seus processos de execução ficava em geral fora da determinação legal'. E prossegue o insigne doutrinador aduzindo: "Mas a segurança dos homens e a vigilância necessária por um regime de justiça exigem a clareza e precisão das leis na definição dos crimes e determinação das sanções."

3.12. Na situação emoldurada, observa-se que consta da inicial: (...)

3.13. Ao caçar a r. sentença de primeiro grau, que restabelecia o direito violado sem que houvesse prejuízo à Administração de nova e regular decisão, a decisão do E. Colegiado rasga a Constituição Federal fulminando o principio da reserva legal mantido naquela Carta e reprisado na estratificação Penal desde os idos de 1940, restaura práticas punitivas do período Medieval, conforme referência na citação de Anibal Bruno, empobrece a construção jurisprudencial e perdeu a grande oportunidade de referendar decisão monocrática que deixava margem a que a Administração procedesse de forma a empreender decisão que salvaguardasse o princípio da proporcionalidade, em face de que em não havendo tipo adequado, a solução deveria vir sob esta esteira. Data vênha este humilde advogado nascido na auele torrão espera Que esse tipo de façanha não seja referendado por essa E. Superior Cone de Justiça, para que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jamais possa servir de modelo a toda Terra;

3.14. Cotejando a r. decisão monocrática em face do v. acórdão ora metralhado, observa-se que a primeira destaca às fls. 444 que '... Ora, se o parto ocorreu no Hospital de Benedito Novo (o autor como servidor público atuava em Timbó) e na condição de médico credenciado não há como restar caracterizado o tipo 'Valer-se do carro para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública'. Desta Feita, está configurado o errôneo enquadramento da pena d demissão pela autoridade administrativa, pelo que merece procedência o pedido inicial para a anulação da pena aplicada e reintegração do autor ao cargo que ocupava com o pagamento da remuneração devida desde a data do afastamento, acrescida de atualização monetária e juros de mora', ressaltando que 'Todavia, como houve uma infração, pode/deve a autoridade administrativa em nova e regular decisão, eventualmente, aplicar a penalidade adequada', enquanto que o segundo disse que '... O entendimento defendido na sentença de que o recebimento não decorreu do cargo de médico junto ao Ministério da Saúde, mas como médico credenciado também não merece prosperar uma vez que ainda que o paciente seja assistido por médico de sua confiança faz-se necessário o aval de médico a ele vinculado, até mesmo para proceder a fiscalização da aplicação dos recursos públicos e que 'Assim, merece reparos a sentença, uma vez que, da análise das provas carreadas aos autos, como o citado relatório do processo administrativo disciplinar o qual gerou a exoneração do ora apelado, verifica-se que a conduta perpetrada por agente público, no exercício de suas funções, não foi compatível com os princípios da Administração Pública. elencados no art 37, caput, da CF/1988, assim como pelo disposto no art 117, IX da Lei nº 8.112/1990' (grifos nossos);

3.15. A decisão objurgada louva-se da seguinte consideração para prestar referendo a decisão encerrada no PAD: ' ... uma vez que ainda que o paciente seja assistido por médico de sua confiança, faz-se necessário o aval de médico a ele vinculado, até mesmo para proceder a fiscalização da aplicação, dos recursos Públicos...', percebe-se que o Egrégio Colegiado insere novo elemento nunca antes debatido para enaltecer e cancelar o substrato conclusivo exarado pela Administração e que sequer constou de qualquer parte do caderno processual administrativo ou mesmo daquela decisão final. Desse apontamento emerge que o facultativo investigado e processado jamais foi instado a responder sobre e ditas circunstâncias as quais não passam de elucubração ensejada a fim de esfumegar a clareza solar emergente da decisão emanada do r.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Juízo monocrático, consistindo insofismavelmente em tentar fazer acreditar que o cargo do autor contemplava função fora da repartição, dito devaneio que data vênha não encontra qualquer suporte nos autos e tampouco nunca aconteceu;

3.16. A nulidade do ato demissional, assim há de ser restabelecida por essa E. Superior Conte de Justiça, a fim de restabelecer o status quo ante, diante da flagrante inadequação de tipo penal restaurada pelo v. acórdão recorrido em detrimento do acertado posicionamento adotado pela insigne Julgadora monocrática que soube reconhecer situação inequívoca de erro de tipo na decisão proferida no PAD, consagrando o já referido princípio da reserva legal, esculpido tanto na Magna Carta, quanto em Legislação Federal, nos termos acima expostos;

3.17. Assim, o v. acórdão recorrido merece integral reforma, notadamente para o especial fim de que seja reconhecida sua contrariedade ao consagrado princípio da reserva legal, sedimentado tanto na Carta Política desta Nação, como no ordenamento substantivo penal pátrios, cujos dispositivos legais correspondentes foram acima transcritos, tudo para que seja proclamada a nulidade da decisão encerrada no PAD, objeto da ação anulatória encetada, com o restabelecimento da r. decisão de primeiro grau, sendo reintegrado o então autor desde seu desligamento com efeitos até a data de seu falecimento, ao respectivo cargo e funções, com todas os salários e vantagens inerentes, bem como para que em assim ocorrendo baixem os autos ao E. Tribunal Federal de Recursos, para exame do conteúdo e integral provimento do recurso adesivo interposto, acaso esse E. S.T.J. não o examine e estenda o devido provimento, a fim de alinhar juro e honorários na forma propugnada" (fls. 587/590e).

Sem razão, contudo, tal como constou na decisão ora combatida.

De fato, por simples cotejo das razões recursais e dos fundamentos do acórdão, percebe-se que, além da ausência de manifestação expressa, a tese recursal, vinculada ao art. 1º do Código Penal, tido como violado, não fora apreciada, no voto condutor, não tendo servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal de origem.

Diante desse contexto, a pretensão recursal, efetivamente, esbarra em vício formal intransponível, qual seja, da ausência de prequestionamento – requisito viabilizador da abertura desta instância especial –, atraindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal ("é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada"), na espécie.

Com efeito, para que se configure o prequestionamento, não basta que o recorrente devolva a questão controvertida para o Tribunal, em suas razões recursais. É necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, bem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como seja exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais indicados e a tese recursal a eles vinculada, interpretando-se a sua aplicação ou não, ao caso concreto. A propósito, transcreve-se a remansosa jurisprudência desta Corte: REsp 102.366/RS, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, DJU de 16/03/1998; AgRg no Ag 338.268/ES, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJU de 11/06/2001; AgRg no AREsp 447.352/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 27/02/2014.

Ainda:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRADIÇÃO NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DO MÉRITO. RECEBIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. DISPOSITIVOS LEGAIS NÃO EXAMINADOS PELA CORTE A QUO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. SERVIDOR PÚBLICO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS CÁLCULOS DA CONTADORIA. PRECLUSÃO. ALTERAÇÃO DAS PREMISSAS ESTABELECIDAS NO ACÓRDÃO HOSTILIZADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

(...)

2. Não foi apreciada pelo acórdão recorrido a alegada ofensa aos arts. 17, 18, 128, 458, 459, 503, 600 e 601 do Código de Processo Civil e 5º da LINDB, tampouco se opuseram Embargos de Declaração para suprir a alegada omissão. Dessa forma, não se observou o requisito do prequestionamento quanto ao ponto. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

(...)

4. Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental, ao qual se nega provimento" (STJ, EDcl no AREsp 843.126/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/05/2016).

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. NULIDADE DE CONTRATO. FALTA DE ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. COISA JULGADA. REVISÃO DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 83/STJ.

1. Aplica-se a Súmula n. 282/STF quando a questão suscitada no recurso especial não tenha sido debatida no acórdão recorrido nem, a respeito, tenham sido opostos embargos declaratórios.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

4. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no REsp 1.336.574/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, DJe de 23/05/2016).

Outrossim, quanto ao mais, melhor sorte não agasalha o recorrente.

Com efeito, consoante entendimento desta Corte, "o ilícito administrativo de valer-se do cargo para obter proveito para si ou para outrem em detrimento da dignidade da função pública, nos termos do art. 117, IX, da Lei 8.112/90 é de natureza formal, sendo, portanto, prescindível a comprovação da obtenção da indevida vantagem" (STJ, AgRg no REsp 1.393.302/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 11/03/2015).

No caso, eventual modificação das conclusões firmadas pelo Tribunal de origem, mormente quanto ao reconhecimento, diante do acervo fático da causa, da obtenção de vantagem indevida pelo ex-servidor, com prática da infração prevista no art. 117, IX, da Lei 8.112/90, demandaria nova incursão na seara probatória dos autos, o que, todavia, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ANULAÇÃO DO ATO DE DEMISSÃO E REINTEGRAÇÃO AO CARGO DE AUDITOR FISCAL. REGULAR PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONDUTA ILÍCITA. CONFIGURAÇÃO. REVISÃO DAS PREMISSAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR Nº 7/STJ.

1. Caso em que foi imposta ao servidor pena de demissão, com base nos arts. 117, XII c/c 132, IV e XIII ,da Lei 8.112/90 (obter proveito pessoal, em detrimento da dignidade da função pública), após regular inquérito administrativo, em que foi proporcionado o exercício da ampla defesa e do contraditório.

2. A comprovação de (in) ocorrência de grave falta funcional pretendida pela parte autora ensejaria, de forma inafastável, o reexame de provas, encontrando óbice no verbatim sumular n. 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no AREsp 415.677/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 27/03/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE DESPROVEU AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR QUE IMPÔS PENA DE DEMISSÃO, JULGADA PROCEDENTE, ANTE À INSUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE ENSEJARAM A DEMISSÃO. REINTEGRAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU COM BASE NO SUBSTRATO FÁTICO DOS AUTOS. REEXAME VEDADO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A revisão da conclusão a que chegou a Corte a quo sobre o não enquadramento da conduta do recorrido nos arts. 116, incisos III, IX e XI; 117, inciso IX e 132, incisos IV, IX e XIII da Lei 8.112/90 c/c art. 11, inciso I da Lei 8.429/92 demanda o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, o que é vedado no âmbito do Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

Precedentes: RESP 1.257.627/SE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 10.05.2013; AgRg no AREsp 407.184, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 21.11.2013; AgRg no ARESP 106.356/MS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 25.04.2012.

2. Agravo Regimental desprovido" (STJ, AgRg no AREsp 510.267/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/08/2014).

Assim, "compreendida a conduta do impetrante nas disposições dos arts. 117, IX, e 132, IV, da Lei n. 8.112/1990 - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, e prática de improbidade administrativa -, inexistente para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa da demissão ou da cassação de aposentadoria." (MS 14.023/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/2/2016, DJe 4/3/2016.)" (STJ, AgInt no AREsp 854.784/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/04/2016).

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0274956-6

AgInt no
REsp 1.360.738 / SC

Números Origem: 120111236 200472050025727

PAUTA: 16/06/2016

JULGADO: 16/06/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MARIO LUIZ BONSAGLIA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LEONARDO OLINGER
ADVOGADO : ALBERTO RIGON
RECORRIDO : UNIÃO
INTERES. : ERNANI LUIZ OLINGER - ESPÓLIO
REPR. POR : MARILENA MUNCH OLINGER - INVENTARIANTE
ADVOGADOS : ALBERTO RIGON
MARILENA MUNCH OLINGER

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Servidor
Público Civil - Regime Estatutário - Reintegração

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : LEONARDO OLINGER
ADVOGADO : ALBERTO RIGON
AGRAVADO : UNIÃO
INTERES. : ERNANI LUIZ OLINGER - ESPÓLIO
REPR. POR : MARILENA MUNCH OLINGER - INVENTARIANTE
ADVOGADOS : ALBERTO RIGON
MARILENA MUNCH OLINGER

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região), os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.