



Segunda Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
359.300-PR (2013/0222356-4)**

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Relator para o acórdão: Ministro Og Fernandes
Agravante: Edi Siliprandi - Espólio e outro
Representado por: Carlos Alberto Siliprandi - Inventariante
Advogados: Carlos Alberto Siliprandi e outro(s)
Francieli Dias
Agravado: Município de Cascavel
Advogado: Milton Alves Cardoso Júnior e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação rescisória. Sentença de extinção do processo sem resolução do mérito. Cabimento em tese. Hipótese na qual a sentença não transitou em julgado. Ausência de interesse processual. Súmula n. 7-STJ.

1. É incabível ação rescisória contra sentença ou decisão que não decide o mérito da demanda.

2. A jurisprudência majoritária do STJ também entende por “sentença de mérito” rescindível nos termos do art. 485, *caput*, do CPC, a sentença extintiva do processo sem resolução do mérito, que se enquadra em qualquer hipótese dos incisos do sobredito art. 458 do CPC. Precedentes: REsp n. 1.217.321-SC, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Rel. p/ Acórdão Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, DJe 18.3.2013; AgRg no REsp n. 1.352.015-BA, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Segunda Turma*, DJe 18.10.2013.

3. Na espécie, colhe-se do acórdão em avilte que o julgado rescindendo anulou sentença proferida em ação de desapropriação indireta por ausência de intervenção do Ministério Público.

4. Há, na sentença que ingressou nos aspectos de nulidade do processo, uma decisão de mérito que, em linha de princípio, é

rescindível, conforme a jurisprudência firmada pela Segunda Turma nos precedentes acima colacionados.

5. O aresto impugnado (e-STJ, fl. 618), entretanto, consigna que a decisão rescindenda não transitou em julgado, reconhecendo a ausência de interesse processual dos autores da ação.

6. Rever tal conclusões, na via eleita, é medida que implica reexame de provas, o que é defeso a teor da Súmula n. 7-STJ.

7. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

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, “Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Og Fernandes, a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Og Fernandes, que lavrará o acórdão. Vencidos, quanto ao fundamento, a Sra. Ministra Eliana Calmon e o Sr. Ministro Herman Benjamin. Votaram com o Sr. Ministro Og Fernandes os Srs. Ministros Humberto Martins e Mauro Campbell Marques (Presidente).

Brasília (DF), 11 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 19.3.2014

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática assim ementada:

Processual Civil. Agravo em recurso especial. Ação rescisória. Descabimento contra decisão que não decide o mérito da demanda. Acórdão em consonância com a jurisprudência desta Corte. Súmula n. 83-STJ.

Aduzem os agravantes, em síntese, que: a) há consenso, tanto na doutrina como na jurisprudência, de que decisões que se constituam em pressuposto de validade de uma sentença de mérito, ainda que versem questões meramente

processuais, podem ser objeto de ação rescisória; b) no caso, a decisão que desafiou a ação rescisória se relacionou efetivamente com o mérito da demanda, alusivo à nulidade da sentença em razão da ausência de intervenção do Ministério Público; c) a ação rescisória se mostra cabível em hipóteses em que a questão que lhe dá azo tenha se tornado preclusa por qualquer razão, inobstante não se refira ao mérito da causa.

Requerem, ao final, o provimento do presente agravo regimental para o fim de reformar a decisão do Tribunal *a quo* e determinar, por conseguinte, o processamento do recurso especial indevidamente vetado na origem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): A despeito das alegações da parte agravante, razão não lhe assiste, devendo a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conquanto admita esta Corte o ajuizamento de ação rescisória contra decisões interlocutórias, assim o faz somente se versarem sobre matéria de mérito, a exemplos dos seguintes julgados:

Agravo regimental. Agravo de instrumento em recurso especial. Ação rescisória. Requisitos. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Incidência da Súmula n. 83-STJ.

1.- Não tendo a parte apresentado argumentos novos capazes de alterar o julgamento anterior, deve-se manter a decisão recorrida.

2.- A decisão interlocutória só é passível de impugnação por meio de ação rescisória quando houver abordado questão de mérito da ação.

3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp n. 203.279-MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 23.10.2012, DJe de 8.11.2012)

Processual Civil. Ação rescisória. Acórdão proferido em agravo de instrumento. Juízo sobre a relação de direito material. Rescindibilidade.

1. "Sentença de mérito" a que se refere o art. 485 do CPC, sujeita a ação rescisória, é toda a decisão judicial (= sentença em sentido estrito, acórdão ou decisão interlocutória) que faça juízo sobre a existência ou a inexistência ou o modo de ser da relação de direito material objeto da demanda.

2. Está sujeito a ação rescisória, portanto, o acórdão que indefere pedido de redirecionamento da execução fiscal contra sócio por entender inexistente a sua responsabilidade tributária.

3. Recurso especial provido. (REsp n. 784.799-PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17.12.2009, DJe de 2.2.2010)

Recurso especial. Descabimento de ação rescisória ajuizada objetivando a desconstituição de decisão interlocutória proferida em execução de título extrajudicial, a despeito de decisão sobre a correção monetária e início de sua fluência.

1.- A jurisprudência desta Corte admite a Ação Rescisória no caso de falsa decisão interlocutória, isto é, de sentenças substancialmente de mérito, entendido como o núcleo da pretensão deduzida em Juízo, o que se evidencia em situações como a de rejeição de pedidos cumulados ou julgamento incidental de reconvenção (REsp n. 628.464-GO, Rel. Min. Nancy Andrighi).

2.- A decisão que fixa termo inicial de correção monetária, entretanto, não julga mérito, configurando, pois, decisão propriamente interlocutória e não de mérito travestida de interlocutória.

3.- Recurso Especial não conhecido. (REsp n. 685.738-PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 24.11.2009, DJe de 3.12.2009)

Processo Civil. Ação rescisória. Pressupostos específicos. Sentença de mérito. Inocorrência. Impossibilidade jurídica. Carência.

I - São pressupostos específicos da ação rescisória o enquadramento em uma das hipóteses legais, a observância do prazo decadencial e a impugnação dirigir-se contra decisão de mérito transitada em julgado.

II - Manifesta é a inadmissibilidade da via excepcional da rescisória se ausente pelo menos um desses requisitos, a ensejar a carência da ação por impossibilidade jurídica. (AR n. 17-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Segunda Seção, DJ de 22.6.1992)

Neste último precedente, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira fez consignar em seu voto:

Como cediço, três são os pressupostos específicos da ação rescisória:

a - enquadramento em uma das hipóteses legais (CPC, arts. 485 e 1.030);

b - observância do prazo bial;

c - impugnação de decisão de mérito com trânsito em julgado.

In casu, vê-se que o inconformismo se dá em relação a uma decisão interlocutória, que, em fase "executiva", autorizou o levantamento, pelo réu, do valor depositado na consignatória, tanto assim que tal decisão recebeu impugnação recursal pela via do agravo (CPC, arts. 162, § 2º, e 522).

Como igualmente se sabe, a rescisória pressupõe coisa julgada material (*res iudicata*), o que somente ocorre em relação às sentenças de mérito (chamadas

também de “definitivas” por derivarem do verbo definir), que põem fim ao processo, apreciando o mérito (CPC, arts. 162, § 1º e 485, *caput*).

Como se vê, imprópria a via da rescisória para o objetivo colimado pelo autor, pelo que o tenho por carecedor da ação rescisória, que se me apresenta inadmissível no caso que se aprecia.

No caso, limitou-se o julgado rescindendo a anular a sentença proferida em ação de indenização por desapropriação indireta por ausência de intervenção do Ministério Público, não se colocando fim à demanda em relação a qualquer das partes do processo.

Estando o acórdão recorrido perfeitamente adequado à jurisprudência desta Corte, incide o óbice da Súmula n. 83-STJ – “*Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida*” – também aplicável aos recursos interpostos com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional.

Com estas considerações, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida pela em. Ministra Eliana Calmon, que negou provimento ao agravo em recurso especial, à consideração de que é incabível ação rescisória contra sentença ou decisão que não decide o mérito da demanda.

Invocou a em. Relatora diversos julgados desta Corte Superior, findando por aplicar a Súmula n. 83-STJ, segundo a qual “não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”, o que se igualmente incide nos recursos fundados na alínea **a** do permissivo constitucional.

É o breve relatório da demanda.

A questão, todavia, é controversa no Superior Tribunal de Justiça.

Cito, por exemplo, acórdão majoritário desta Turma, vencedor o em. Ministro Mauro Campbell Marques, que, na linha de pensamento de Pontes de Miranda, também entende por “sentença de mérito” rescindível nos termos do art. 485, *caput*, do CPC, a sentença extintiva do processo sem resolução do

mérito, que se enquadra em qualquer hipótese dos incisos do sobredito art. 458 do CPC. Eis a ementa:

Processual Civil. Recurso especial. Ação rescisória para discutir verba honorária excessiva ou irrisória fixada pela sentença/acórdão rescindendo. Art. 20, § 3º e § 4º, CPC. Não cabimento (impossibilidade jurídica do pedido). Ausência de violação literal a disposição de lei. Art. 485, V, CPC.

1. O objeto do recurso especial é o cabimento da ação rescisória para discutir verba honorária excessiva (discussão sobre a possibilidade jurídica do pedido da ação rescisória). Não está prequestionada a tese de violação ao art. 20, § 4º, do CPC, sob a ótica de que o quantum fixado a título de honorários efetivamente extrapola o critério de equidade (o que se confunde com o mérito da rescisória). Nesse ponto incide a Súmula n. 282-STF.

2. Quanto à alegação de ilegitimidade passiva. Se a coisa julgada no processo a ser rescindido foi capaz de produzir efeitos na esfera patrimonial dos advogados a título de fixação de honorários advocatícios, certamente a ação rescisória onde figurem as mesmas partes também o será. Principalmente se verificado, como no caso concreto, que são advogados pertencentes ao mesmo escritório de advocacia que estão a representar a parte ré na rescisória. O litisconsórcio aí, acaso existente, seria facultativo, ainda que unitário.

3. Há interesse de agir da Fazenda Nacional na rescisória, já que a concordância na expedição de precatório no curso da execução pelo art. 730, do CPC, movida contra si não implica em renúncia ou guarda qualquer relação com a rescisória que ajuizou justamente para impedir o prosseguimento do feito executivo.

4. A redação do art. 485, *caput*, do CPC, ao mencionar “sentença de mérito” o fez com impropriedade técnica, referindo-se, na verdade, a “sentença definitiva”, não excluindo os casos onde se extingue o processo sem resolução de mérito. Conforme lição de Pontes de Miranda: “A despeito de no art. 485, do Código de Processo Civil se falar de ‘sentença de mérito’, qualquer sentença que extinga o processo sem julgamento do mérito (art. 267) e dê ensejo a algum dos pressupostos do art. 485, I-IX, pode ser rescindida” (“Tratado da ação rescisória”. Campinas: Bookseller, 1998, p. 171).

5. É cabível ação rescisória exclusivamente para discutir verba honorária, pois: “A sentença pode ser rescindida, ou dela só se pedir a rescisão, em determinado ponto ou em determinados pontos.

Por exemplo: somente no tocante à condenação às despesas” (cf. Giuseppe Chiovenda, *La Condanna nelle spese giudiziali*, n. 400 e 404), (Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 174). Precedentes nesse sentido: REsp n. 886.178-RS, Corte Especial, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2.12.2009; AR n. 977-RS, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 12.3.2003; REsp n. 894.750-PR, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 23.9.2008. Precedentes em sentido contrário: AR n.

3.542-MG, Segunda Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 14.4.2010; REsp n. 489.073-SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 6.3.2007.

6. A ação rescisória fulcrada no art. 485, V, do CPC, é cabível somente para discutir violação a direito objetivo. Em matéria de honorários, é possível somente discutir a violação ao art. 20 e §§ 3º e 4º, do CPC, como regras que dizem respeito à disciplina geral dos honorários, v.g.: a inexistência de avaliação segundo os critérios previstos nas alíneas **a**, **b** e **c**, do § 3º, do art. 20, do CPC.

Por outro lado, se houve a avaliação segundo os critérios estabelecidos e a parte simplesmente discorda do resultado dessa avaliação, incabível é a ação rescisória, pois implicaria em discussão de direito subjetivo decorrente da má apreciação dos fatos ocorridos no processo pelo juiz e do juízo de equidade daí originado. Nestes casos, o autor é carecedor da ação por impossibilidade jurídica do pedido.

7. Não cabe ação rescisória para discutir a irrisoriedade ou a exorbitância de verba honorária. Apesar de ser permitido o conhecimento de recurso especial para discutir o *quantum* fixado a título de verba honorária quando exorbitante ou irrisório, na ação rescisória essa excepcionalidade não é possível já que nem mesmo a injustiça manifesta pode ensejá-la se não houver violação ao direito objetivo. Interpretação que prestigia o caráter excepcionalíssimo da ação rescisória e os valores constitucionais a que visa proteger (efetividade da prestação jurisdicional, segurança jurídica e estabilidade da coisa julgada - art. 5º, XXXVI, da CF/1988).

Precedentes nesse sentido: AR n. 3.754-RS, Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado, julgado em 28 de maio de 2008; REsp n. 937.488-RS, Segunda Turma, julgado em 13.11.2007; REsp n. 827.288-RO, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 18 de maio de 2010.

Precedentes em sentido contrário: REsp n. 802.548-CE, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 15.12.2009; REsp n. 845.910-RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 3.10.2006.

8. No caso concreto a Fazenda Nacional ajuizou ação rescisória para discutir a exorbitância de verba honorária, o que considero incabível (pedido juridicamente impossível). Sendo assim, *divirjo do relator para conhecer parcialmente e, nessa parte, negar provimento ao recurso especial.*

(REsp n. 1.217.321-SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18.3.2013) - grifos acrescidos

No mesmo sentido afirmou o em. Ministro Humberto Martins no julgamento do AgRg no REsp n. 1.352.015-BA, DJe 18.10.2013, do qual foi Relator:

Nos termos do art. 485 do CPC, são rescindíveis as sentenças de mérito transitadas em julgado. De acordo com o art. 162, § 1º, do CPC, são considerados sentenças os pronunciamentos descritos nos arts. 267 e 269 do CPC, este elencando as hipóteses de sentença com resolução de mérito.

Todavia, o único meio de poder se identificar uma sentença é analisando o seu conteúdo.

Nas palavras da doutrinadora Teresa Arruda Alvim Wambier “dizer poder distinguir-se a sentença das demais manifestações judiciais a partir do critério topológico - como se costumava fazer, antes da reforma da Lei n. 11.232/2005 - significava, a nosso ver, endossar a tautologia a que se chegava pela anterior redação do texto legal: o lugar em que se a sentença se encontra é o fim do procedimento em primeiro grau. Assim, pronunciamentos judiciais como de indeferimento liminar da reconvenção, da oposição e de outras tantas ações incidentais, ainda que não encerrem a atividade cognitiva realizada pelo juiz de primeiro grau, têm natureza jurídica de sentença. Não é efetivamente, a circunstância de, ocasionalmente, impor a Lei o agravo como recurso cabível contra determinado pronunciamento judicial que determinaria que, no caso, se estaria diante de pronunciamento diverso de sentença. Nada impede, portanto, seja cabível ação rescisória contra pronunciamentos agraváveis” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 483-484).

Na espécie, colhe-se do acórdão em avilte que o julgado rescindendo anulou sentença proferida em ação de desapropriação indireta por ausência de intervenção do Ministério Público (e-STJ, fl. 615).

Com a devida vênia, entendo haver, na sentença que ingressou nos aspectos de nulidade do processo, uma decisão de mérito que, em linha de princípio, é rescindível, conforme a jurisprudência firmada pela Segunda Turma no precedente acima colacionado.

O referido aresto (e-STJ, fl. 618), entretanto, consigna que a decisão rescindenda não transitou em julgado, reconhecendo a ausência de interesse processual dos autores da ação:

Não bastasse isso, também resta nítida a ausência de interesse processual pelo fato da ação originária (338-99) não ter transitado em julgado.

Com efeito, embora os agravantes tenham coligido aos autos a certidão de fls. 27, na qual consta que o Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça transitou em julgado, verifica-se que a ação originária ainda está em andamento. E o que se extrai da consulta realizada por este Relator junto ao sítio da Assejepar na *internet*.

Nesse passo, ao invés de se valer da presente ação para rescindir o acórdão deste Tribunal do qual não cabe mais recurso, os autores deverão aguardar o regular trâmite da ação originária, na qual o Juiz *a quo* deverá proceder nova instrução probatória e proferir nova sentença.

Rever tais conclusões, na via eleita, é medida que implica reexame de provas, o que é defeso a teor da Súmula n. 7-STJ.

Ante o exposto, acompanhando a em. Ministra Relatora, ainda que por razões diversas, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
463.511-SE (2014/0009626-7)**

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Agravante: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras

Advogados: Hélio Siqueira Júnior

Igor Vasconcelos Saldanha

Leonan Calderaro Filho e outro(s)

Nilton Antônio de Almeida Maia

Agravado: Estado de Sergipe

Procurador: José Paulo Leão Veloso Silva e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental no agravo. Recurso especial. Execução fiscal. Substituição do bem penhorado (depósito em dinheiro) por fiança bancária. Impossibilidade. Execução garantida por meio de depósito em dinheiro. Cobrança do tributo questionada por meio de embargos. Levantamento ou conversão em renda que se sujeita ao trânsito em julgado da decisão que reconheça ou afaste a legitimidade da exação.

1. A Primeira Seção desta Corte, ao apreciar os EREsp n. 1.077.039-RJ (Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, DJe de 12.4.2011), pacificou entendimento no sentido de que, em se tratando de execução fiscal garantida por meio de depósito em dinheiro, a sua substituição por fiança bancária, em regra, sujeita-se à anuência da Fazenda Pública, admitindo-se, excepcionalmente, tal substituição quando comprovada a necessidade de aplicação no disposto no art. 620 do CPC (princípio da menor onerosidade), o que não restou demonstrado no caso concreto.

2. Não há falar em afronta ao art. 475, § 3º, do CPC, pois, a despeito da sentença de procedência relativa aos embargos à execução fiscal, somente após o trânsito em julgado da decisão é possível o levantamento dos valores depositados em juízo ou a sua conversão em renda da Fazenda Pública (EREsp n. 734.831-MG, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 18.11.2010; EREsp n. 1.189.492-MT, 1ª Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 7.11.2011).

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 1º de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 7.4.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de agravo regimental (fls. 553-557) apresentado contra decisão monocrática sintetizada na seguinte ementa:

Processual Civil. Agravo. Recurso especial. Execução fiscal. Substituição do bem penhorado (depósito em dinheiro) por fiança bancária. Impossibilidade. Execução garantida por meio de depósito em dinheiro. Cobrança do tributo questionada por meio de embargos. Levantamento ou conversão em renda que se sujeita ao trânsito em julgado da decisão que reconheça ou afaste a legitimidade da exação. Agravo não provido.

A agravante argumenta, em síntese, que: (a) no caso, há elementos que o diferenciam do acórdão proferido nos EREsp n. 1.077.039-RJ; (b) “o caso discutido nestes autos não trata de puro e simples pedido de liberação dos valores constrictos em penhora on line, como se finda fosse a execução, mas sim de substituição da penhora por outra modalidade de garantia igualmente eficaz, concernente na fiança bancária, em nome do princípio da menor onerosidade ao devedor”.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a apreciação colegiada da controvérsia.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): O recurso não merece prosperar.

A Primeira Seção desta Corte, ao apreciar os EREsp n. 1.077.039-RJ (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, DJe de 12.4.2011), pacificou entendimento no sentido de que, em se tratando de execução fiscal garantida por meio de depósito em dinheiro, a sua substituição por fiança bancária, em regra, sujeita-se à anuência da Fazenda Pública, admitindo-se, excepcionalmente, tal substituição quando comprovada a necessidade de aplicação no disposto no art. 620 do CPC (princípio da menor onerosidade), o que não restou demonstrado no caso concreto.

O referido precedente foi assim ementado:

Processual Civil. Embargos de divergência. Execução fiscal. Substituição da penhora de dinheiro por fiança bancária. Inteligência dos arts. 9º, §§ 3º, e 4º, e 15, I, da Lei n. 6.830/1980.

1. Admite-se o presente recurso, porquanto adequadamente demonstrada a divergência atual das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ a respeito da pretendida equiparação do dinheiro à fiança bancária, para fins de substituição de garantia prestada em Execução Fiscal, independentemente da anuência da Fazenda Pública.

2. O legislador estabeleceu a possibilidade de garantia da Execução Fiscal por quatro modos distintos: a) depósito em dinheiro, b) oferecimento de fiança bancária, c) nomeação de bens próprios à penhora, e d) indicação de bens de terceiros, aceitos pela Fazenda Pública.

3. O processo executivo pode ser garantido por diversas formas, mas isso não autoriza a conclusão de que os bens que as representam sejam equivalentes entre si.

4. Por esse motivo, a legislação determina que somente o depósito em dinheiro “faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora” (art. 9º, § 4º, da Lei n. 6.830/1980) e, no montante integral, viabiliza a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do CTN).

5. Nota-se, portanto, que, por falta de amparo legal, a fiança bancária, conquanto instrumento legítimo a garantir o juízo, não possui especificamente os mesmos efeitos jurídicos do depósito em dinheiro.

6. O fato de o art. 15, I, da LEF prever a possibilidade de substituição da penhora por depósito ou fiança bancária significa apenas que o bem constrito é passível de substituição por um ou por outro. Não se pode, a partir da redação do mencionado dispositivo legal, afirmar genericamente que o dinheiro e a fiança bancária apresentam o mesmo *status*.

7. Considere-se, ainda, que: a) o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece padrão de hermenêutica (“o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige”); b) o processo de Execução tem por finalidade primordial a satisfação do credor; c) no caso das receitas fiscais, possuam elas natureza tributária ou não-tributária, é de conhecimento público que representam obrigações pecuniárias, isto é, a serem quitadas em dinheiro; e d) as sucessivas reformas feitas no Código de Processo Civil (de que são exemplos as promovidas pelas Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006) objetivam prestigiar justamente a eficiência na entrega da tutela jurisdicional, a qual deve ser prestada, tanto quanto possível, preferencialmente em espécie.

8. Em conclusão, verifica-se que, regra geral, quando o juízo estiver garantido por meio de depósito em dinheiro, ou ocorrer penhora sobre ele, inexistente direito subjetivo de obter, sem anuência da Fazenda Pública, a sua substituição por fiança bancária.

9. De modo a conciliar o dissídio entre a Primeira e a Segunda Turmas, admite-se, em caráter excepcional, a substituição de um (dinheiro) por outro (fiança bancária), mas somente quando estiver comprovada de forma irrefutável, perante a autoridade judicial, a necessidade de aplicação do princípio da *menor onerosidade* (art. 620 do CPC), situação inexistente nos autos.

10. Embargos de Divergência não providos.

Não há falar também em afronta ao art. 475, § 3º, do CPC.

Isso porque a orientação da Primeira Seção-STJ é firme no sentido de que, “por força da regra contida no art. 32, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, o levantamento de depósito judicial ou a sua conversão em renda da Fazenda Pública, sujeita-se ao trânsito em julgado da decisão que reconheceu ou afastou a legitimidade da exação. O art. 32, § 2º, da Lei n. 6.830/1980 é norma especial, que deve prevalecer sobre o disposto no art. 587 do CPC, de modo que a conversão em renda do depósito em dinheiro efetuado para fins de garantia da execução fiscal somente é viável após o trânsito em julgado da decisão que reconheceu a legitimidade da exação. Em virtude desse caráter especial da norma, não há falar na aplicação do entendimento consolidado na Súmula n. 317-STJ” (EREsp n. 734.831-MG, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 18.11.2010).

Ressalte-se que “esse entendimento deve ser estendido para os valores decorrentes de penhora on line, via Bacen-Jud, na medida em que o art. 11, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, preconiza que “[a] penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I do art. 9º” (EREsp n. 1.189.492-MT, 1ª Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 7.11.2011).

No mesmo sentido:

Processual Civil. Agravo regimental no agravo. Recurso especial. Execução fiscal. Execução garantida por meio de depósito em dinheiro. Cobrança do tributo questionada em sede de embargos à execução. Levantamento ou conversão em renda que se sujeita ao trânsito em julgado da decisão que reconheça ou afaste a legitimidade da exação.

1. “Por força da regra contida no art. 32, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, o levantamento de depósito judicial ou a sua conversão em renda da Fazenda Pública, sujeita-se ao trânsito em julgado da decisão que reconheceu ou afastou a legitimidade da exação. O art. 32, § 2º, da Lei n. 6.830/1980 é norma especial, que deve prevalecer sobre o disposto no art. 587 do CPC, de modo que a conversão em renda do depósito em dinheiro efetuado para fins de garantia da execução fiscal somente é viável após o trânsito em julgado da decisão que reconheceu

a legitimidade da exação. Em virtude desse caráter especial da norma, não há falar na aplicação do entendimento consolidado na Súmula n. 317-STJ" (REsp n. 734.831-MG, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 18.11.2010).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 210.113-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 28.9.2012)

Desse modo, a despeito da sentença de procedência relativa aos embargos à execução fiscal, somente após o trânsito em julgado da decisão é possível o levantamento dos valores depositados em juízo ou a sua conversão em renda da Fazenda Pública.

Diante do exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É o voto.

—

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 36.325-ES
(2011/0260275-0)**

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Sebastião Mattos Mozine

Advogado: Ricardo Tadeu Rizzo Bicalho e outro(s)

Recorrido: Estado do Espírito Santo

Procurador: Paulo José Soares Serpa Filho e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Processo disciplinar. Magistrado. Aposentadoria compulsória. Violação de deveres. Conduta incompatível com a dignidade da função. Empréstimo de terreno para guarda de veículos destinados a desmanche. Envolvimento com integrante de quadrilha de roubo e receptação de automóveis. Pessoa que possuía condenação penal transitada em julgado por crime contra a fé pública. Execução da pena no juízo em que o sancionado atuava.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que, por maioria de votos, aplicou ao recorrente a sanção de aposentadoria compulsória, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, nos moldes do art. 42, V, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN.

2. O motivo da punição do magistrado consistiu no fato de ele ter emprestado imóvel de sua propriedade para o depósito de dois veículos a pessoa em relação à qual posteriormente se descobriu integrante de quadrilha direcionada a roubos e furtos de carros, e que já havia sido condenado a cumprir pena alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo crime de falsificação de papéis públicos, executada por precatória no juízo em que oficiava o recorrente.

3. O Tribunal *a quo* denegou a Segurança, por concluir que “a medida adotada (...) apresenta-se em consonância com a legislação de regência, pois a infração imputada ao ora Impetrante é causa de aposentadoria compulsória, nos termos do inciso VIII, do artigo 42 da LOMAN” (fl. 1.699). Assentou ainda “não visualizar qualquer inobservância aos postulados constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório” (fl. 1.700).

4. No Recurso Ordinário, a parte pleiteia a declaração de nulidade da pena disciplinar de aposentadoria compulsória e a consequente reintegração no cargo de magistrado. As razões apresentadas consistem basicamente na não observância do *princípio da proporcionalidade*, por força de circunstâncias do caso concreto e da alegada boa-fé como móvel de sua conduta. Aduz ainda que, na Ação Penal instaurada, não ficou demonstrado qualquer indício de ligação sua com os delitos praticados por aquele a quem emprestou o terreno.

CONTROLE DE LEGALIDADE DA SANÇÃO DISCIPLINAR PELO PODER JUDICIÁRIO

5. A apreciação acerca da observância dos *princípios da proporcionalidade* e da *razoabilidade* se encontra relacionada com a própria legalidade do ato administrativo, de modo que não se descarta, *in abstracto*, essa análise pelo Poder Judiciário.

6. A possível discricionariedade conferida por lei, no âmbito do poder disciplinar, há que ser compreendida como a margem de

liberdade propiciada pela norma incidente sobre um caso concreto, por força da presença de *conceitos indeterminados*, e não como hipótese marcada por juízo de conveniência e de oportunidade.

7. Nessa linha, a Primeira Seção do STJ firmou a impossibilidade de a Administração Pública, por razões discricionárias (juízo de conveniência e de oportunidade), deixar de aplicar a pena de demissão, quando *indúvidosa* a ocorrência de motivo previsto na norma que comina tal espécie de sanção (MS n. 12.200-DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 3.4.2012).

8. *In casu*, a sanção infligida decorre de previsão que contempla conceitos indeterminados (art. 56, II, da LOMAN), de modo que compete ao Poder Judiciário verificar se o *motivo do ato* se adequa ao *motivo legal* e se o juízo feito pela Administração desborda da margem de liberdade porventura provocada pela fluidez dos signos contidos naquele dispositivo.

CONTROLE DE LEGALIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA APLICADA AO MAGISTRADO NO CASO CONCRETO

9. A penalidade imposta encontra aplicação no art. 42, V, da LOMAN, que autoriza sua imposição nas previsões listadas no art. 56 do mesmo diploma legal.

10. Como se depreende da decisão administrativa, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo fundamentou a sanção na constatação de conduta incompatível com a dignidade, a honra e o decoro da função, por ter o recorrente violado o dever de manter conduta irrepreensível na vida pública e particular (art. 35, VIII, da LOMAN), especialmente pela mencionada “negligência e manifesta imprudência”, ao permitir que um simples conhecido, cuja ficha policial continha seis Inquéritos e uma condenação criminal transitada em julgado, pudesse guardar em seu imóvel dois automóveis adquiridos em leilão, os quais se destinariam a desmanche por quadrilha de furto e roubo.

11. Importa questionar se a conduta descrita se amolda ao disposto nos arts. 35, VIII, e 56, II, da LOMAN, ainda que se tome como verdade que o recorrente nada sabia sobre a finalidade daqueles

veículos e sobre o envolvimento da aludida pessoa na mencionada quadrilha.

12. Em julgamento de Mandado de Segurança contra aposentadoria compulsória de magistrado, o STF consignou que o Poder Judiciário deve se ater ao controle da legalidade da motivação apresentada pela Corte Administrativa para a punição (MS n. 24.803, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe-104 4.6.2009).

13. A previsão de aposentadoria compulsória para os casos de procedimento incompatível com a *dignidade*, a *honra* e o *decoro* das funções de magistrado contempla indubitavelmente conceitos indeterminados, além de poder abarcar tanto a conduta dolosa quanto a culposa, desde que a gravidade desta autorize a imposição da pena mais grave existente para o juiz vitalício, na ordem jurídica em vigor.

14. Impressiona o fato de o recorrente ter atuado na função de juiz deprecado, no cumprimento de carta expedida pela Justiça Federal para execução de pena restritiva de direito imposta a Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes – condenado por crime contra a fé pública –, e ainda assim consentir que essa pessoa depositasse em sua propriedade dois automóveis.

15. Outro dado relevante valorado pelo Tribunal de Justiça consiste no fato de Sebastião Mattos Mozine ter inicialmente negado em sua defesa prévia que teve ciência da aludida condenação, ao passo que, em momento posterior, veio a afirmar, em seu depoimento pessoal, que tivera efetivo conhecimento da pena criminal imposta pela Justiça Federal a Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes, e que, inclusive, o conhecia desde o ano de 2004 (fls. 1.532-1.533).

16. Ademais, causa espanto que um magistrado tenha agido com tão grave negligência ao se relacionar com pessoa condenada pela Justiça Criminal, a ponto de ceder terreno para guarda de dois automóveis, os quais se destinariam a desmanche por quadrilha de carros roubados – fato posteriormente descoberto –, embora, conforme por ele alegado, nem sequer soubesse onde o favorecido residia.

17. Como a aposentadoria compulsória levou em consideração que o recorrente agiu “com negligência e manifesta imprudência em permitir que com o mesmo continuasse a manter contatos, ainda que esporádicos, culminando por autorizar o empréstimo do imóvel de

sua propriedade para que esse alegado desconhecido, sabidamente condenado pelo crime de falsificação de papéis públicos, lá depositasse automóveis danificados, adquiridos em leilão, os quais, posteriormente, foram utilizados para receptação, desmanche e adulteração de outros automóveis, conforme salientado” (fl. 1.536), as medidas por ele adotadas após a publicidade dos fatos, a exemplo da comunicação à autoridade policial sobre o local onde se encontravam os veículos, são insuficientes para modificar a qualificação da conduta culposa anteriormente praticada.

18. Nesse contexto, o exame das razões invocadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo para a aplicação da aposentadoria compulsória revela que o ato administrativo não extrapolou a margem de liberdade conferida pela incidência, *in concreto*, dos conceitos indeterminados quanto à incompatibilidade da ação do recorrente com a *dignidade*, a *honra* e o *decoro* das funções então ocupadas.

INCOMUNICABILIDADE DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA

19. Consoante a jurisprudência do STJ, as esferas penal e administrativa são independentes e a única vinculação admitida é quando o acusado é inocentado na Ação Penal em face da negativa de existência do fato ou quando não reconhecida a autoria do crime, o que não se afigura nos autos. Precedentes.

20. A sanção disciplinar teve como motivo conduta culposa ofensiva à dignidade da função e dos deveres de magistrado na vida pública e particular, de forma que a hipótese normativa é autônoma em relação aos fatos delituosos praticados pelo favorecido com o empréstimo do terreno.

21. Ainda que houvesse denúncia e absolvição por hipotética participação do recorrente nos referidos crimes contra o patrimônio, seria o caso de reconhecer a incidência da Súmula n. 18-STF: “Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”. Nesse sentido: REsp n. 1.226.694-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 20.9.2011; REsp n. 1.199.083-SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 8.9.2010.

22. Recurso Ordinário não provido, ressalvadas as vias judiciais ordinárias.

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: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Dr(a). Eduardo Dantas Ramos Júnior, pela parte recorrente: Sebastião Mattos Mozine.

Brasília (DF), 22 de outubro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 5.12.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Ordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo assim ementado:

Ementa: Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Aplicação da penalidade de aposentadoria compulsória. Conduta incompatível com as funções de magistrado. Proporcionalidade e razoabilidade da pena imposta. Ordem denegada.

1) Compete ao Poder Judiciário examinar a legalidade do ato administrativo de demissão de agente público, bem como do processo administrativo disciplinar que culminou na aplicação daquela penalidade, o que se não confunde com o exame do mérito administrativo.

2) Uma vez respeitadas, na decisão administrativa, as formalidades legais, inclusive com preservação das garantias processuais ínsitas na Constituição Federal, atinentes à necessidade de motivação do ato decisório, devido processo legal e ampla defesa, não há que se falar em ilegalidade na atuação administrativa capaz de justificar a reavaliação do ato na esfera jurídica.

3) Tendo a Administração motivado seu posicionamento a respeito da real amplitude do conceito jurídico indeterminado previsto na LOMAN como conduta passível de resultar na penalidade de aposentadoria compulsória, a rigor, não seria possível nova análise dessa conceituação por meio do Poder Judiciário.

4) Havendo previsão legal abordando a conduta imputada ao magistrado como passível de sofrer a sanção de aposentadoria compulsória e tendo a Administração motivado a decisão proferida em escorreito procedimento administrativo disciplinar, com exposição de elementos concretos extraídos da investigação empreendida, não se reputa presente na decisão colegiada qualquer desconformidade com os vetores implícitos da proporcionalidade e razoabilidade.

5) Ordem denegada (fls. 1.686-1.687).

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fls. 1.725-1.726).

Nas razões do Recurso Ordinário, o recorrente sustenta, em síntese, que:

- a) o Poder Judiciário pode apreciar a idoneidade e adequação da pena aplicada em Processo Administrativo Disciplinar - PAD;
- b) a sanção imposta ofende o *princípio da proporcionalidade*;
- c) circunstâncias do caso concreto impedem a aplicação da aposentadoria compulsória;
- d) o empréstimo de imóvel a terceiro que o empregou em práticas criminosas, sem que houvesse prévio conhecimento desses fatos pelo impetrante, não justifica a sanção imposta;
- e) agiu de boa-fé e, assim que tomou ciência dos crimes, informou à autoridade policial sobre o empréstimo;
- f) ficou comprovado, no PAD, que ele não mantinha relação íntima de amizade com o autor dos fatos delituosos;
- g) na Ação Penal, ficou demonstrada sua efetiva colaboração para a apuração do delito;
- h) a sentença penal transitou em julgado, sem que fosse cogitada qualquer participação de sua parte no empreendimento delitivo;
- i) não se podem admitir conclusões conflitantes nas esferas penal e administrativa;
- j) está configurado o direito líquido e certo à revisão da pena disciplinar.

O Ministério Público Federal opina pelo parcial provimento do recurso apenas para que o Tribunal *a quo* reaprecie a dosimetria da sanção aplicada (fls. 1.830-1.833).

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que, por maioria de votos, aplicou ao recorrente a sanção de aposentadoria compulsória, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, nos moldes do art. 42, V, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN.

O motivo da punição do magistrado consistiu no fato de ele ter emprestado imóvel de sua propriedade para o depósito de dois veículos a pessoa em relação à qual posteriormente se descobriu integrante de quadrilha direcionada a roubos e furtos de carros, que já havia sido condenado a cumprir pena alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo crime de falsificação de papéis públicos, executada por precatória no juízo em que oficiava o recorrente.

A divergência encontrada na decisão administrativa diz respeito à natureza da penalidade disciplinar. A minoria entendia cabível a remoção compulsória, ao passo que prevaleceu a conclusão pela aplicação da pena máxima prevista em nosso ordenamento ao juiz que possui vitaliciedade.

O Tribunal *a quo* denegou a Segurança, por concluir que “a medida adotada (...) apresenta-se em consonância com a legislação de regência, pois a infração imputada ao ora Impetrante é causa de aposentadoria compulsória, nos termos do inciso VIII, do artigo 42 da LOMAN” (fl. 1.699). Assentou ainda “não visualizar qualquer inobservância aos postulados constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório” (fl. 1.700).

No Recurso Ordinário, a parte pleiteia a declaração de nulidade da pena disciplinar de aposentadoria compulsória e a conseqüente reintegração no cargo de magistrado. As razões apresentadas consistem basicamente na não observância do *princípio da proporcionalidade*, por força de circunstâncias do caso concreto e da alegada boa-fé como móvel de sua conduta. Aduz ainda, na Ação Penal instaurada, não ficou demonstrado indício de ligação sua com os delitos praticados por aquele a quem emprestou o terreno.

Passo à análise das questões controvertidas.

1. Controle de legalidade da sanção disciplinar pelo Poder Judiciário

A Constituição Federal consagrou o *princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário*, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV).

Em razão disso, não resta dúvida de que é possível ao Poder Judiciário realizar o controle de legalidade da pena aplicada ao servidor público, ao final de processo administrativo disciplinar.

A extensão desse controle, contudo, é controvertida nas situações em que a norma legal confere certa margem de liberdade ao administrador.

Como adverte José dos Santos Carvalho Filho, o controle jurisdicional deve alcançar “todos os aspectos de legalidade dos atos administrativos, não podendo, todavia, estender-se à valoração da conduta que a lei conferiu ao administrador”. Em seguida, registra que “os doutrinadores têm considerado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como valores que podem ensejar o controle da discricionariedade, enfrentando situações que, embora com aparência de legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder” (*Manual de Direito Administrativo*, 21ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 50).

Nessa linha, a apreciação acerca da observância dos *princípios da proporcionalidade* e da *razoabilidade* se encontra relacionada com a própria legalidade do ato administrativo, de modo que não se descarta, *in abstracto*, essa análise pelo Poder Judiciário.

Eis a causa da grande confusão que se costuma fazer em relação ao tema: a falta de distinção entre o exame da discricionariedade prevista *na norma* e a efetiva existência de discricionariedade à luz de um *caso concreto*. Se, diante de uma situação ocorrida no mundo dos fatos, for possível à Administração adotar duas ou mais medidas igualmente razoáveis, então ao Poder Judiciário é vedado dizer qual delas mais atenderia ao interesse público. Por outro lado, pode haver situações marcadas por objetiva certeza, a ponto de a fluidez do signo normativo não se verificar no caso concreto, quando, por exemplo, a qualquer homem médio for constatável o preenchimento de pressupostos como “urgência”, “boa conduta”, “má reputação” etc.

Transcrevo, por oportuno, preciosa doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Com efeito, se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável (isto é, comportado pela situação, ainda que outra opinião divergente fosse igualmente sustentável), que se lhe aplica o conceito normativo vago e agir nesta conformidade, *não se poderá dizer que violou a lei*, que transgrediu o direito. Em assim sendo, evidentemente terá procedido *dentro de uma liberdade intelectual que, in concreto, o direito lhe facultava*. Logo, não haveria título jurídico para que qualquer controlador de legitimidade, ainda que fosse o Judiciário, lhe corrigisse a conduta, pois a este incumbe reparar *violações de direito* e não procedimentos que lhe sejam conformes.

Induvidosamente, havendo litígio sobre a correta subsunção do caso concreto a um suposto legal descrito mediante conceito indeterminado, caberá ao Judiciário conferir se a Administração, ao aplicar a regra, *se manteve no campo significativo de sua aplicação ou se o desconheceu*. Verificado, entretanto, que a Administração se firmou em uma inteligência perfeitamente cabível, ou seja, comportada pelo conceito ante o caso concreto – *ainda que outra também pudesse sê-lo* – desassistirá ao Judiciário assumir est'outra, substituindo o juízo administrativo pelo seu próprio. É que aí haveria um contraste de inteligências, igualmente possíveis. Ora, *se a inteligência administrativa não contrariava o direito* – este é o pressuposto do tópico *sub examine* – faleceria título jurídico ao órgão controlador de legitimidade para rever o ato, conforme dantes se disse (*Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 23-24, destaques no original).

O que não cabe ao juiz, portanto, é substituir o administrador na escolha atribuída a ele por lei, nos limites da competência discricionária. Em outras palavras, o juiz não pode invadir a margem de liberdade *in concreto*, na qual o administrador pode atuar de maneira legítima.

A possível discricionariedade conferida por lei, no âmbito do poder disciplinar, há que ser compreendida como essa margem de liberdade propiciada pela norma incidente sobre um caso concreto, por força da presença de *conceitos indeterminados*, e não como hipótese marcada por juízo de conveniência e de oportunidade.

Nessa linha, a Primeira Seção do STJ assentou a impossibilidade de a Administração Pública, por razões discricionárias (juízo de conveniência e de oportunidade), deixar de aplicar a pena de demissão, quando induvidosa a ocorrência de motivo previsto na norma que comina tal espécie de sanção:

Administrativo. Servidor público federal. Processo disciplinar. Demissão. Proporcionalidade e razoabilidade na sanção. Verificada. Prejuízo ao erário. Existente. Ausência de direito líquido e certo.

(...)

3. “A Administração Pública, quando se depara com situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por tratar-se de ato vinculado” (MS n. 15.517-DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 18.2.2011). No mesmo sentido: MS n. 16.567-DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18.11.2011). No mesmo sentido: MS n. 15.951-DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 27.9.2011.

Segurança denegada.

(MS n. 12.200-DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 3.4.2012).

Parece-me que esse é o sentido de recente julgado da Segunda Turma, em que este órgão afirmou que “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta no sentido de que *não há que se falar na presença de discricionariedade no exercício do poder disciplinar* pela autoridade pública, sobretudo no que tange à imposição de sanção disciplinar. Por esse motivo, possível o controle judicial de tais atos administrativos de forma ampla” (REsp n. 1.307.532-RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 16.4.2013, destaquei).

Com efeito, a discricionariedade da qual não se pode falar quando se trata de poder disciplinar é aquela associada a mero juízo de conveniência e de oportunidade. Por outro lado, quando a norma contemplar conceitos indeterminados, é possível que, *in concreto*, o administrador venha a dispor de certa margem de liberdade e, portanto, de discricionariedade, entendida nesses termos.

Na hipótese dos autos, a sanção aplicada decorre de previsão que contempla conceitos indeterminados (art. 56, II, da LOMAN), de modo que compete ao Poder Judiciário analisar se o *motivo do ato* corresponde ao *motivo legal*, ou seja, à hipótese normativa e se o juízo feito pela Administração desborda da margem de liberdade porventura provocada pela fluidez dos signos contidos naquele dispositivo.

Em arremate a esse tópico, observo que o Tribunal *a quo* não se esquivou de apreciar a legalidade do ato punitivo, tendo em vista a conclusão de que “a medida adotada por este Plenário apresenta-se em consonância com a legislação de regência, pois a infração imputada ao ora Impetrante é causa de aposentadoria compulsória, nos termos do inciso VIII, do artigo 42 da LOMAN” (fl. 1.699).

2. Controle de legalidade da aposentadoria compulsória imposta a magistrado no caso concreto

A penalidade aplicada encontra previsão no art. 42, V, da LOMAN, que autoriza sua imposição nas hipóteses listadas no art. 56 do mesmo diploma legal. Eis o teor dos dispositivos:

Art. 42 - São penas disciplinares:

(...)

V - aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;

Art. 56 - O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, do magistrado:

I - manifestadamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo;

II - de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções;

III - de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário.

Transcrevo, por oportuno, elucidativo fragmento de um dos votos favoráveis à imposição da aposentadoria compulsória:

O conteúdo positivo das normas retro aduzidas revela-se indicativo, no tocante ao comportamento, público e privado, que todo magistrado deve ter, capaz de garantir a honra, a dignidade e o decoro de suas funções, preservando qualquer mácula à imagem da Magistratura Nacional.

No que pertine à hipótese vertente dos presentes autos, consta da farta prova documental colacionada no bojo dos autos, que o *Requerido* emprestou um terreno de sua propriedade, localizado no Município de Anchieta, para que uma pessoa de nome **Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes** guardasse 02 (dois) automóveis adquiridos em leilão, após danificados em colisão de trânsito, sendo, posteriormente verificado o envolvimento desse cidadão e de terceiros com roubo e furto de carros, além de outros crimes.

A estratégia da quadrilha consistia em comprar veículos danificados de pessoas físicas ou através de leilões para, posteriormente, utilizar os *chassis* e outros elementos desses automóveis em outros veículos roubados ou furtados e de idêntica marca e categoria, visando promover receptação, desmanche e

adulteração nos veículos, com a utilização de toda a estrutura material para o exaurimento de tais atos criminosos.

Os veículos roubados e furtados, posteriormente, com os *chassis* já adulterados, voltavam a circular e eram vendidos a terceiros de boa-fé.

*A conduta do Requerido, ora sub examen, consiste no fato de seu envolvimento, por ter emprestado a **Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes**, possuidor de extensa ficha criminal (fls. 124-125), um terreno de sua propriedade para a guarda provisória de 02 (dois) desses veículos adquiridos em leilão.*

Consoante se observa da leitura dos autos, *Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes*, à época dos fatos, estava indiciado em 06 (seis) Inquéritos Policiais pelos seguintes crimes:

1. Inquérito Policial n. 054/1994 - acusado de dano e de apropriação indébita (artigos 163 e 168, do Código Penal);

2. Inquérito Policial n. 398/1995 - acusado de estelionato (artigo 171, do Código Penal);

3. Inquérito Policial n. 063/1999 - acusado de introduzir em circulação moeda falsa (artigo 289, § 1º, do Código Penal);

4. Inquérito Policial n. 88/1999 - acusado de falsificação de papéis públicos (artigo 293, I, do Código Penal);

5. Inquérito Policial n. 384/1999 - acusado dos crimes de falsificação de documento público, receptação, falsificação de documento particular, utilização de documento falso, introdução de moeda falsa em circulação, falsificação de papéis públicos e porte ilegal de armas (artigos 297; 180; 298; 304; 289, § 1º; 293, I, todos do Código Penal e artigo 10 da Lei n. 9.437/1997);

6. Inquérito Policial n. 027/2000 - acusado de receptação (artigo 180, do Código Penal);

Ao exame da Ficha Criminal de *Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes* deduz-se que o mesmo não era, notoriamente, homem de bem, nem muito menos de boa conduta social, eis que sobre sua pessoa pesavam graves acusações envolvendo a prática reiterada de crimes diversos.

O Requerido, em contrapartida, asseverou em sua peça de defesa, que jamais teve conhecimento das acusações criminais pendentes sobre *Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes*, e que, na cidade de Anchieta e Municípios arredores, referido cidadão aparentava ser pessoa de bem.

Impõe-se, a propósito, trazer à colação a expressa manifestação do Requerido, consubstanciada no bojo de sua Defesa, produzida, inicialmente, às fls. 144-148, perante o Eminentíssimo Desembargador *Rômulo Taddei*, Corregedor-Geral de Justiça deste Egrégio Tribunal de Justiça, *in verbis*:

(...)

Não obstante, *é importante salientar que*, além dos 06 (seis) Inquéritos Policiais referenciados, **Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes** já havia sido condenado, pela **Justiça Federal**, pelo crime de falsificação de papéis públicos, cuja pena fora convertida em prestação de serviços comunitários, fatos esses que eram de pleno conhecimento do Magistrado, ora Requerido, tendo em vista que o mesmo foi responsável por determinar o cumprimento de Carta Precatória enviada pela **Justiça Federal** ao Juízo de Anchieta (fls. 234-308).

A propósito, conforme andamento retirado do sistema eletrônico deste próprio Egrégio Tribunal de Justiça, referida Carta Precatória foi à conclusão do Juiz de Anchieta, que, à época, era o Requerido, em 7.3.2006, ou seja, 01 (um) ano antes do acontecimento noticiado nestes autos (documento anexo - parte integrante deste Voto).

Saliente-se que o próprio Magistrado, a despeito do consignado inicialmente em sua Defesa, afirmou, posteriormente, em seu depoimento pessoal, às fls. 1.025-1.026, que tivera efetivo conhecimento da condenação criminal imposta pela **Justiça Federal** a **Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes**, e que, inclusive, o conhecia desde o ano de 2004 (fl. 1.017), in verbis:

(...)

Em sendo assim, o contexto de tais elementos revela que mesmo o Magistrado sabendo da condenação pelo crime de falsificação de papéis públicos que sofreu **Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes**, com este não evitou manter alguns contatos pessoais, culminando por emprestar o seu imóvel para que referida pessoa procedesse ao depósito, ainda que provisório, de automóveis danificados, adquiridos em leilão e, posteriormente, utilizados em prática de crimes, a teor das razões supracitadas.

Insta frisar, ainda que o Requerido declarou em seu depoimento pessoal que apenas superficialmente conhecia **Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes**, resultante de encontros esporádicos e ocasionais nos corredores do Fórum de Anchieta, nas festas e eventos públicos da Municipalidade, e ainda nos poucos locais que dispõe a cidade para venda de alimentos e refeições (fls. 1.014 e 1.021), evidenciando, pois, a ausência de cuidados mínimos, no que pertine a evitar contatos com referida pessoa.

Portanto, embora, como bem salientado pelo Eminentíssimo Desembargador Relator, inexistia provado no bojo dos presentes autos qualquer ligação do Requerido com os atos criminosos praticados pela quadrilha, seja pela apuração das ligações telefônicas interceptadas na ocasião, seja, ainda, pela prova colhida na tramitação do Inquérito Policial, inclusive nos elementos que integram os presentes autos, o certo é que não se pode olvidar que o Requerido, Magistrado, exercendo as atribuições de seu cargo há mais de uma década, e que foi Defensor Público Estadual durante muitos anos, conhecida **Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes**.

Por sua vez, o Requerido tinha ciência antes mesmo de sua prisão que a pessoa de **Vonn Ranieiri Gonçalves Fernandes** não se tratava de pessoa idônea, tendo, nesse sentido, **agido com negligência e manifesta imprudência** em permitir que com o mesmo continuasse a manter contatos, ainda que esporádicos, culminando por autorizar o empréstimo do imóvel de sua propriedade para que esse alegado desconhecido, sabidamente condenado pelo crime de falsificação de papéis públicos, lá depositasse automóveis danificados, adquiridos em leilão, os quais, posteriormente, foram utilizados para receptação, desmanche e adulteração de outros automóveis, conforme salientado.

Reafirma-se, pois, ainda que não tenha sido provado envolvimento algum do Requerido com referida quadrilha, o fato é que o mesmo emprestou um imóvel seu para *Vonn Ranieiri Gonçalves Fernandes*, o qual foi condenado pelos fatos narrados, inclusive em Primeira Grau de Jurisdição, pelo crime de receptação (fl. 865), perpetrando-se ulterior extinção de sua punibilidade, em Segundo Grau de Jurisdição, diante de seu falecimento, por homicídio (fls. 871 e 1.028-1.029).

Cumpre enfatizar, por relevante, que todos esses fatos foram amplamente divulgados pelas mídias impressas e televisivas de todo o *Estado do Espírito Santo*, envolvendo, de certa forma, a figura de um Juiz de Direito, *in casu*, o Requerido.

A conduta adotada pelo Requerido, portanto, a meu sentir, *data maxima venia*, não condiz com a conduta esperada e exigida de um Magistrado, tendo praticado ato resultante de manter contatos pessoais e emprestar um bem imóvel para a pessoa estranha e desconhecida de *Vonn Ranieiri Gonçalves Fernandes*, que estava respondendo a processos de natureza penal, no âmbito do Egrégio Poder Judiciário.

O simples fato de a condenação de *Vonn Ranieiri Gonçalves Fernandes* perante a Justiça Federal ter ocorrido em virtude de um crime de falsificação de papéis públicos, repisa-se, de conhecimento do Requerido, não haveria de ensejar ou permitir a aproximação, ou envolvimento, ainda que eventual, com esse tipo de pessoa, porquanto não é comportamento que a sociedade espera e exige de um Juiz de Direito.

Na verdade, a sociedade vê o Juiz de Direito como um exemplo a ser seguido, motivo pelo qual o Magistrado deve possuir retidão de caráter e inequívoco comportamento ético, ficando sempre atento às pessoas e ao meio social com os quais se relaciona.

(...)

Por esse fundamentos, tenho que o Requerido, seja por ingenuidade, seja por displicência, imprudência ou negligência, seja ainda por total falta de despreocupação com a conduta que deve manter em sua vida pessoal como forma de refletir a sua atuação profissional, descuidou da conduta irrepreensível que deveria perfilar na vida pública e particular, nos termos indicados na Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN.

(...)

Em sendo assim, para as hipóteses como a que se afigura presente, entendendo cabível à espécie a incidência da penalidade de aposentadoria compulsória, porquanto o Magistrado, ora Requerido, não desenvolveu conduta irrepreensível, conforme inciso VIII, do artigo 35, da Lei n. 35/1979.

Isto posto, *data maxima venia* de todos quanto reúnem entendimento em contrário, entendo que o Magistrado, ora Requerido, *Sebastião Mattos Mozine*, violou as normas legais consubstanciadas no artigo 35, inciso VIII, da Lei Complementar n. 35/1979, bem como, o artigo 15, artigo 16 e artigo 37, da Resolução n. 60/2008, do Conselho Nacional de Justiça, motivo pelo qual *voto pela aplicação da pena de aposentadoria compulsória*, a teor do disposto no artigo 42, inciso V, da Lei Complementar n. 35/1979 (fls. 1.530-1.538).

Como se depreende da decisão administrativa transcrita acima, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo fundamentou a sanção na constatação de conduta incompatível com a dignidade, a honra e o decoro da função, por ter o recorrente violado o dever de manter conduta irrepreensível na vida pública e particular (art. 35, VIII, da LOMAN), especialmente pela mencionada “negligência e manifesta imprudência”, ao permitir que um simples conhecido, cuja ficha policial continha seis Inquéritos e uma condenação criminal transitada em julgado, pudesse guardar em seu imóvel dois automóveis adquiridos em leilão, os quais se destinariam a desmanche por quadrilha de furto e roubo.

Para efeito da capitulação legal, entendo, em princípio, irrelevante qualquer cogitação acerca de eventual liame subjetivo ou falta de conhecimento em relação aos delitos perpetrados pelo beneficiário do empréstimo do terreno, uma vez que essa circunstância não serviu de fundamento para a imposição da penalidade.

Importa questionar se a conduta descrita se amolda ao disposto nos arts. 35, VIII, e 56, II, da LOMAN, ainda que se tome como verdade que o recorrente nada sabia sobre a finalidade daqueles veículos e sobre o envolvimento de Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes na mencionada quadrilha.

Em julgamento de Mandado de Segurança contra aposentadoria compulsória de magistrado, o STF assentou que o Poder Judiciário deve se ater ao controle da legalidade das razões apresentadas pela Corte Administrativa para a punição. Confira-se:

EMENTA: Mandado de segurança. Magistrado. Aposentadoria compulsória. Processo administrativo disciplinar. Art. 27, § 1º da LOMAN. Nulidade do

procedimento. Ilicitude da prova e impossibilidade de utilização da prova emprestada. Atipicidade da conduta. Ausência de fundamentação. Não configuração. Segurança denegada.

1. O impetrante tinha ciência da sindicância e dos fatos a ele imputados, ou seja, ele conhecia o teor das acusações que lhe foram feitas. Ao longo de toda a sindicância, exerceu com plenitude o seu direito de defesa, muito embora isso não fosse obrigatório nessa fase da investigação, que é desprovida de caráter punitivo. Dispensada, nesse caso, a observância da regra inscrita no art. 27, § 1º da LOMAN. Ademais, restou amplamente demonstrado o efetivo exercício do direito de defesa ao longo do procedimento administrativo disciplinar.

2. Legalidade da decretação, pelo magistrado de primeira instância, da quebra de sigilo telefônico do filho do impetrante, considerado peça-chave no esquema de venda de habeas corpus para traficantes de entorpecentes, já que ele não possuía prerrogativa de foro e a quebra de sigilo telefônico ocorreu na fase de inquérito policial, aplicando-se, por conseguinte, o entendimento firmado por esta Corte no julgamento do HC n. 81.260. 3. A revelação dos fatos relativos ao impetrante deu-se em decorrência de prova licitamente obtida. Inexistente, portanto, qualquer obstáculo jurídico à utilização da prova no procedimento administrativo disciplinar, ainda mais quando cotejada com outras provas, em especial os depoimentos de todos os envolvidos.

4. Remansosa é a jurisprudência desta Corte no sentido de que, “se o ato impugnado em mandado de segurança decorre de fatos apurados em processo administrativo, a competência do Poder Judiciário circunscreve-se ao exame da legalidade do ato coator, dos possíveis vícios de caráter formal ou dos que atentem contra os postulados constitucionais da ampla defesa e do *due process of law*” (RMS n. 24.347, rel. min. Maurício Correa, DJ 4.4.2003, RMS n. 24.533 (rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 15.4.2005), o RMS n. 24.901 (rel. min. Carlos Britto, DJ 11.2.2005), o RMS n. 24.256-AgR (rel. min. Ilmar Galvão, DJ 13.9.2002), o RMS n. 23.988 (rel. min. Ellen Gracie, DJ 1º.2.2002) e o MS n. 21.294 (rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.9.2001).

5. No voto do relator do processo administrativo disciplinar encontram-se todas as razões pelas quais a Corte Administrativa Especial do TRF da 1ª Região decidiu aplicar ao impetrante a pena de aposentadoria compulsória. Os votos dos demais juízes integrantes daquela Corte corroboram e ratificam o voto do relator, demonstrando a plena concretização da norma inscrita no art. 93, IX, da Constituição Federal.

6. Segurança denegada.

(MS n. 24.803, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe-104 4.6.2009).

A previsão de aposentadoria compulsória para a hipótese de procedimento incompatível com a *dignidade*, a *honra* e o *decoro* das funções de magistrado

contempla indubitavelmente conceitos indeterminados, além de poder abarcar tanto a conduta dolosa quanto a culposa, desde que a gravidade desta autorize a imposição da pena mais grave existente para o juiz vitalício, na ordem jurídica em vigor.

Impressiona o fato de o recorrente ter atuado na função de juiz deprecado, no cumprimento de carta expedida pela Justiça Federal para execução de pena restritiva de direito imposta a Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes – condenado por crime contra a fé pública –, e ainda assim consentir que essa pessoa depositasse em sua propriedade dois automóveis.

Outro dado relevante valorado pelo Tribunal de Justiça consiste no fato de Sebastião Mattos Mozine ter inicialmente negado em sua defesa prévia que teve ciência da aludida condenação, ao passo que, em momento posterior, veio a afirmar, em seu depoimento pessoal, que tivera efetivo conhecimento da pena criminal imposta pela Justiça Federal a Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes, e que, inclusive, o conhecia desde o ano de 2004 (fls. 1.532-1.533).

Vale destacar ainda que a prova pré-constituída trazida aos autos contém depoimento prestado por Sebastião Mattos Mozine – na condição de testemunha na Ação Penal deflagrada contra os integrantes da multicidadada quadrilha –, em que aquele afirma o seguinte sobre Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes:

(...) que não sabe dizer onde o acusado mora em Iconha, mas sabe onde é a casa de sua esposa, podendo fazer que lá não tem espaço para guardar os veículos; que pelo que sabe o réu Vonn Ranieri se intitula construtor, podendo dizer que o mesmo disse que construiu um prédio em Piúma e que também o réu disse que vive da troca de veículos; que não sabe de nada a respeito da relação do réu Vonn Ranieri com o sítio no qual os réus foram presos; que não lhe ocorreu que o réu Vonn Ranieri pudesse estar usando a proximidade com o depoente pra esconder algum ilícito, eis que pela sua convivência no Fórum, demonstrou ser pessoa honesta (fl. 994, destaquei).

Causa espanto que um magistrado tenha sido, no mínimo, tão negligente ao se relacionar com pessoa condenada pela Justiça Criminal, a ponto de ceder terreno para guarda de dois automóveis, os quais se destinariam a desmanche por quadrilha de carros roubados – fato posteriormente descoberto –, embora nem sequer soubesse onde o favorecido residia.

Como a aposentadoria compulsória levou em consideração o fato de o recorrente ter agido “com negligência e manifesta imprudência em permitir que

com o mesmo continuasse a manter contatos, ainda que esporádicos, culminando por autorizar o empréstimo do imóvel de sua propriedade para que esse alegado desconhecido, sabidamente condenado pelo crime de falsificação de papéis públicos, lá depositasse automóveis danificados, adquiridos em leilão, os quais, posteriormente, foram utilizados para receptação, desmanche e adulteração de outros automóveis, conforme salientado” (fl. 1.536), as medidas por ele adotadas após a publicidade dos fatos, a exemplo da comunicação à autoridade policial sobre o local onde se encontravam os veículos, são insuficientes para modificar a qualificação da conduta culposa anteriormente praticada.

Nesse contexto, a análise das razões invocadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo para a aplicação da aposentadoria compulsória revela que o ato administrativo não extrapolou a margem de liberdade conferida pela incidência, *in concreto*, dos conceitos indeterminados quanto à incompatibilidade da ação do recorrente com a *dignidade*, a *honra* e o *decoro* das funções então ocupadas.

3. Incomunicabilidade das esferas penal e administrativa

Consoante a jurisprudência desta Corte, as esferas penal e administrativa são independentes e a única vinculação admitida é quando o acusado é inocentado na Ação Penal em face da negativa de existência do fato ou quando não reconhecida a autoria do crime, o que não se afigura na hipótese dos autos. Confirmam-se:

Administrativo. Ação civil pública. Perda de cargo de promotor de justiça. Ilícito penal. Art. 316 do Código Penal. Absolvição por ausência de provas. Provas emprestadas. Possibilidade observado o contraditório e a ampla defesa. Não vinculação da esfera penal na esfera administrativa. Precedentes desta Corte e do STF. Recurso especial improvido.

1. Cinge-se a controvérsia dos autos a possibilidade de decretação de perda de cargo de promotor público, prática de concussão - art. 316 do Código Penal, em caso de absolvição da prática do crime por ausência de provas.

2. Não encontra guarida a alegação de que fere o princípio da inocência a utilização de provas emprestadas, uma vez que a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que “observada a exigência constitucional de contraditório e ampla defesa não resta vedada a utilização da prova emprestada” (REsp n. 930.596-ES, Rel. Min. Luiz fux, Primeira Turma).

3. Se a absolvição ocorreu por ausência de provas, a administração não está vinculada à decisão proferida na esfera penal, porquanto a conduta pode

ser considerada infração administrativa disciplinar, conforme a interativa jurisprudência desta Corte, no sentido de que, a sentença absolutória na esfera criminal somente repercute na esfera administrativa quando reconhecida a inexistência material do fato ou a negativa de sua autoria no âmbito criminal. Precedentes.

4. Como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal, “há hipóteses em que os fundamentos da decisão absolutória na instância criminal não obstam a responsabilidade disciplinar na esfera administrativa, porquanto os resíduos podem veicular transgressões disciplinares de natureza grave, que ensejam o afastamento do servidor da função pública” (ARE n. 664.930 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16.10.2012, Acórdão Eletrônico DJe-221 divulg 8.11.2012 public 9.11.2012).

5. Demais disso, ao órgão do Ministério Público não é permitido presunção de que seja probo, há de ser peremptoriamente demonstrado que sua conduta é acima de tudo isenta de cometimento de atos ilícitos.

6. Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.323.123-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.5.2013).

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Prova de títulos. Constatação de fraude. Exclusão de candidato. Independência entre as esferas administrativa e penal. Prática de atos que, embora não constituam crime, contrariam as normas do edital do certame.

1. Mandado de segurança contra exclusão de candidata ao concurso público de Delegado de Polícia Civil no Estado do Ceará, com fundamento no conteúdo de inquérito policial, no qual se averiguava possível prática do crime de falsidade ideológica e uso de documento falso.

2. As esferas penal e administrativa são absolutamente independentes, estando a Administração vinculada apenas à decisão do juízo criminal negando a existência dos fatos ou a autoria do crime.

3. Limitada a denúncia à possível prática dos crimes de falsidade ideológica e uso de documento falso, nada impede que, dos mesmos fatos, a despeito de configurarem ou não crime, advenha contrariedade às normas do edital do certame e aos princípios que regem a Administração Pública.

4. Não cabe ao Poder Judiciário, salvo em caso de ilegalidade, defeito de forma, abuso de autoridade ou teratologia, adentrar no mérito do ato administrativo revendo o juízo de conveniência e oportunidade da autoridade tida como coatora.

5. É pacífica a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade de exclusão de candidato de concurso público na fase de investigação social em razão da existência de ação penal ainda não transitada em julgado.

6. Diferente é a situação dos autos, em que os fatos ensejadores da ação penal, segundo o juízo discricionário do examinador, configuram hipótese de exclusão do candidato, conforme disposição expressa do edital.

7. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(RMS n. 37.964-CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 30.10.2012).

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Processo administrativo para apuração de falta disciplinar. Militar do Distrito Federal. Demissão. Absolvição na esfera penal. Ausência de provas. Não interferência na esfera administrativa.

1. As esferas criminal e administrativa são independentes, estando a Administração vinculada apenas à decisão do juízo criminal que negar a existência do fato ou a autoria do crime. Precedentes: REsp n. 1.226.694-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 20.9.2011; REsp n. 1.028.436-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 3.11.2010; REsp n. 879.734-RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 18.10.2010; RMS n. 10.496-SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 9.10.2006.

2. *In casu*, a sentença penal não repercute na esfera administrativa, pois o impetrante foi absolvido por insuficiência de provas.

3. Recurso ordinário não provido, divergindo do eminente Ministro relator.

(RMS n. 32.641-DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11.11.2011).

In casu, o recorrente nem sequer fora denunciado ou investigado pelos fatos relacionados ao roubo e à receptação de carros roubados.

A sanção disciplinar teve como motivo conduta culposa ofensiva à dignidade da função e dos deveres de magistrado na vida pública e particular, de modo que a hipótese normativa é autônoma em relação aos fatos delituosos praticados pelo favorecido com o empréstimo do terreno.

Ainda que houvesse denúncia e absolvição por hipotética participação do recorrente nos referidos crimes contra o patrimônio, seria o caso de reconhecer a incidência da Súmula n. 18-STF: “Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”. Cito precedentes nesse sentido:

Administrativo e Processual Civil. Policial militar. Demissão. Absolvição na esfera penal. Ausência de provas. Não interferência na esfera administrativa. “Falta residual”. Existência. Súmula n. 18-STF. Ato administrativo demissional mantido.

1. Inviável a análise da suposta violação do art. 535 do Código de Processo Civil quando o recorrente limita-se a alegar, genericamente, ofensa ao referido dispositivo legal, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa a decisão recorrida. Incidência da Súmula n. 284-STF.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que somente repercutem na esfera administrativa as sentenças penais absolutórias que atestem a comprovação da inexistência dos fatos ou da negativa de autoria.

3. *In casu*, a sentença penal não repercute na esfera administrativa, pois “o decreto absolutório foi fundado na ‘segunda parte’ da alínea **a** do artigo 439 do Código de Processo Penal Militar. Ou seja, por não haver prova da existência do fato”, (fls. 493-e, trecho do acórdão recorrido).

4. Ademais, a demissão ocorreu também por infração administrativa residual, suficiente em si mesma para manter o ato demissional, consistente em “transgressão disciplinar de natureza grave, prevista no Regulamento Disciplinar da Polícia Militar (Lei Complementar n. 893/2001)” (fl. 427-e).

5. Incidência da Súmula n. 18-STF, que assim determina: “Pela falta residual, não compreendida pela absolvição criminal, é possível a punição administrativa do servidor público.” Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp n. 1.226.694-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 20.9.2011).

Recurso especial. Administrativo. Divergência jurisprudencial. Cotejo analítico. Inexistência. Similitude fática. Demissão. Sentença penal absolutória. Falta residual. Ausência de repercussão. Súmula n. 18-STF. Prescrição. Termo *a quo*. Súmula n. 7-STJ. Publicação. Ato demissório.

1. Não se conhece do recurso especial, com base no art. 105, inciso III, alínea **c**, da CF, quando o recorrente não realiza o cotejo analítico entre acórdãos que guardem similitude fática, nos termos dos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, § 1º, **a**, e § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

2. O Tribunal de origem constatou a existência de falta residual não englobada inteiramente pela absolvição penal superveniente, razão pela qual considerou a data em que foi publicado o ato demissório como o termo *a quo* para a contagem do lapso prescricional, e não a data em que publicada a sentença absolutória, para fins de reintegração do militar.

3. Prevalece no direito brasileiro a regra da independência das instâncias penal, civil e disciplinar, ressalvadas algumas exceções, *v.g.*, em que a decisão proferida no juízo penal fará coisa julgada na seara cível e administrativa.

4. Neste sentido, a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria, nos termos do art. 126 da Lei n. 8.112/1990, exceto se verificada falta disciplinar residual, não englobada pela sentença penal absolutória. Inteligência da Súmula n. 18-STF.

5. O termo *a quo* da prescrição deve corresponder ao momento em que nasce a pretensão, ou seja, ao instante em que é violado o direito, segundo a Teoria da *actio nata* e o disposto no art. 189 do Código Civil.

6. Neste sentido, tendo em vista que ficou apurada falta residual desde o procedimento disciplinar em que se determinou a demissão do militar e que tal conduta remanescente não foi englobada pela ação penal superveniente, segundo registrado pelo Tribunal de origem, de maneira insindicável nesta via recursal (Súmula n. 7-STJ), há de se concluir que a pretensão reintegratória deveria ter sido exercida no prazo de 05 (cinco) anos, a contar da publicação do ato demissório.

Precedentes.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(REsp n. 1.199.083-SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 8.9.2010).

4. Conclusão

Ante o exposto, *nego provimento ao Recurso Ordinário, ressalvadas as vias judiciais ordinárias.*

É como *voto*.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 44.576-MS (2013/0413375-6)

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Alli França

Advogado: Cynthia Belchior

Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul

Procurador: Denis C M Castilho e outro(s)

EMENTA

Constitucional. Administrativo. Processual Civil. Servidor estadual. Militar. Requisitos para seleção ao curso de formação.

Promoção. Diferença entre homens e mulheres. Quadro de vagas apartado. Possibilidade de preterição. Inexistência. Amparo legal. Competência constitucional. Diferenciação positiva entre homens e mulheres. Concretização da igualdade. Precedentes do STF. Ausência de direito líquido e certo.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança ao *mandamus* ajuizado contra o Edital n. 01/2013, que fixa regras ao processo seletivo para o curso de formação de sargentos da Política Militar do Estado do Mato Grosso do Sul. O recorrente alega que o item III violaria o princípio da igualdade entre homens e mulheres, fixada no art. 5º, I, da Constituição Federal, uma vez que requer menor tempo de serviço às últimas para inscrição.

2. O próprio Edital n. 01/2013 fixa quantitativo diferenciado de vagas para homens e para mulheres no seu item 1.3, apartando, portanto, dois conjuntos para o curso, não havendo como aventar, em qualquer hipótese, possível preterição de homens por mulheres.

3. Ainda que não fosse assim, a Constituição Federal autoriza - por meio do art. 42, § 1º, e do seu art. 142, § 3º, que os Estados e o Distrito Federal fixem normas locais sobre carreira e sistemas de promoção, o que, no caso, foi feito pela Lei Complementar n. 53/1990, na redação dada pela Lei Complementar n. 157/2011, cujo art. 15-B estabelece requisitos diferenciados de promoção para militares homens e mulheres.

4. O Supremo Tribunal Federal já apreciou matéria similar e concluiu que o estabelecimento de critérios diferenciados para promoção de militares, em razão das peculiaridades de gênero, não ofende o princípio da igualdade. Precedentes: ED no AI n. 786.568-RJ, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, publicado no DJe em 16.9.2011 e no Ementário vol. 2588-02, p. 286; AgR no RE n. 597.539-RJ, Relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, publicado no DJe em 29.5.2009 e no Ementário vol. 2362-09, p. 1.729; AgR no AI n. 586.621-RJ, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, publicado no DJe em 12.12.2008 e no Ementário vol. 2345-05, p. 957.

Recurso ordinário 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 “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 24.2.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Alli França*, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul assim ementado (fl. 189, e-STJ):

Mandado de segurança. Concurso de formação de sargentos da PM-MS. Tempo de serviço militar. Diferenciação entre sexos. Alegada ofensa à isonomia. Inocorrência. Segurança denegada. Denega-se a segurança quando o ato atacado foi praticado em estrita consonância com as normas legais aplicáveis à espécie e com a previsão do edital que rege o concurso. A utilização de critérios diferenciados para promoção de militares dos sexos masculino e feminino não constitui violação do princípio da isonomia.

Nas razões do recurso ordinário, defende o impetrante que teria sido violada a isonomia na formação da lista de aprovados para o o Curso de Formação de Sargento da Polícia Militar do Estado, uma vez que o Edital n. 01/2013, publicado no DOE de 21.6.2013 teria fixado critérios diferenciados para homens e mulheres. No cerne, insurge-se pois o item 3.1., ‘a’ do Edital fixa tempo de efetivo exercício menor para mulheres (23 anos) como requisito do que para os homens (26 anos). Sustenta que o art. 15-B, III, **a** da Lei Complementar Estadual n. 53/1990 seria inconstitucional em face do art. 5º, *caput* e inciso I da Constituição Federal. Por fim, alega que a organização militar estadual não mais abarca um quadro feminino apartado do masculino e, assim,

não haveria sentido na diferenciação positiva para promoção das mulheres. Pede a manutenção da gratuidade de justiça (fls. 218-230, e-STJ).

Contrarrazões nas quais se alega que a diferenciação possui amparo legal no art. 15-B, III, a da Lei Complementar Estadual n. 53/1990, com a redação dada pela Lei Complementar Estadual n. 157/2011. Alega que o Estatuto dos Militares do Estado está firmado de acordo com o art. 42, § 1º, combinado com o art. 142, § 3º, X, todos da Constituição Federal. Ainda, sustenta que o princípio da igualdade permite a diferenciação entre as pessoas, de modo a garantir a isonomia e que no mundo do trabalho, a Carta Constitucional de 1988 lista vários direitos atribuídos às mulheres - não outorgados aos homens - em razão de tal entendimento. Pondera que a Lei Complementar Estadual garante a ida para a reserva das mulheres militares com menor idade do que ocorre com os homens e que esse dispositivo é evidentemente constitucional. Finalmente, lista que a jurisprudência do STF já definiu que a utilização de critérios diferenciados de promoção para homens e mulheres na Aeronáutica não fere o princípio da igualdade (fls. 236-247).

O Ministério Público Federal opina pelo não provimento do recurso ordinário, já que haveria previsão legal na distinção entre os policiais do sexo masculino e feminino, bem como porque a diferença não ofenderia o princípio da igualdade (fls. 258-261, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Não deve ser provido o presente recurso ordinário.

O recorrente se insurge contra acórdão que denegou a segurança ao *writ of mandamus* impetrado contra o Edital n. 01/2013 - Habilitação por Tempo de Serviço - Processo Seletivo Interno para Ingresso no Curso de Formação de Sargentos da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul (fls. 34-39, e-STJ).

No referido edital, o requisito para inscrição dos candidatos estava focalizado no tempo de serviço, definido no item III (fl. 34, e-STJ):

III - Dos Requisitos

3.1 São requisitos obrigatórios para o candidato matricular-se no CFS por tempo de serviço:

a) ser detentor do cargo de Cabo PM do Quadro QPPM combatente com, no mínimo, 26 anos de efetivo serviço para o sexo masculino e 23 anos de efetivo serviço para o sexo feminino, interstício de quatro anos ou mais na graduação de Cabo QPPM da PMMS;

(...)

3.2 A comprovação dos requisitos acima exigidos deverá ser feita mediante apresentação de documentos originais, certidões emitidas pelos órgãos responsáveis e certidão expedida pela unidade de origem, contendo todas as informações administrativas referentes às letras “a”, “c”, “d”, “f” e “g” do item 3.1.

O recorrente se insurge contra a alínea “a” do item 3.1 que, segundo alega, violaria o princípio da igualdade, já que fixa requisitos diferenciados para mulheres, em detrimento de homens.

Não assiste razão ao recorrente.

Em primeiro lugar, a diferenciação - em si mesma - não se traduz na preterição de homens em detrimento de mulheres, uma vez que as vagas de cada são diferenciadas, como se evidencia da transcrição do item 1.3.1 e item 1.3.2 do edital (fl. 34, e-STJ):

1.3 Das Vagas

1.3.1 São oferecidas 105 vagas à graduação de 3º sargento QPPM por tempo de serviço;

1.3.1.1 As 105 vagas oferecidas neste Edital ficam assim distribuídas:

14 vagas para cabo PM sexo feminino; e

91 vagas para cabo PM sexo masculino.

1.3.2 Serão chamados 162 cabos QPPM para participarem do Processo Seletivo (Anexos I e II), sendo convocados para a matrícula os 105 cabos com mais tempo de serviço e que cumpram todos os requisitos exigidos neste Edital para o preenchimento das vagas ofertadas.

Em segundo lugar, a diferenciação possui amparo legal, no art. 15-B da Lei Complementar Estadual n. 53/1990, na redação que foi dada pela Lei Complementar Estadual n. 157/2011 (fl. 103, e-STJ):

Art. 15-B. O acesso do Soldado e do Cabo QPPM à graduação de 3º Sargento QPPM dar-se-á mediante processo seletivo interno pelos critérios de merecimento intelectual, de antiguidade e de tempo de serviço, nas seguintes condições:

(...)

III - pelo critério de tempo de serviço, o Cabo QPPM deve ser selecionado mediante o tempo de efetivo serviço prestado exclusivamente à PMMS, aprovado em curso de formação de sargento específico a ser regulamentado por ato do Comandante-Geral, e atender aos seguintes requisitos:

(...)

a) contar, no mínimo, com vinte e seis anos de efetivo serviço para o sexo masculino, e vinte e três anos de efetivo serviço para o sexo feminino, e interstício de quatro anos ou mais na graduação de cabo para ambos os sexos;

Como indicado nas contrarrrazões, a Constituição Federal, no seu art. 42, § 1º, e no seu art. 142, § 3º, X, autoriza os Estados e o Distrito Federal a competência para editar leis específicas para regular as carreiras dos militares.

Assim, evidente que há amparo legal.

Em terceiro lugar, anoto que a existência de critérios diferenciados para promoção de mulheres não viola o princípio da igualdade, tal como está insculpido no art. 5º, *caput* e inciso I da Constituição Federal, que transcrevo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

A exegese do princípio da igualdade não se baseia em radical isonomia, cujo teor nega as diferenças entre os indivíduos e os grupos sociais que compõe a coletividade humana. Assim, não é possível ler tal disposição em prol da localização da inconstitucionalidade no estabelecimento de razoáveis diferenciações de tratamento entre os sexos no mundo laboral, como assevera Alexandre José Paiva da Silva Melo:

Este é o critério básico da concretização da igualdade: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. Essa enunciação permite antever um traço essencial da igualdade: não ter caráter absoluto. É que a percepção de desigualdades existentes no mundo dos fatos e a determinação dos tratamentos cabíveis às realidades faticamente desiguais guardam íntima conexão com o objeto a ser regrado e com o momento histórico em que o objeto está inserido.
(...)

Pois bem, visto o caráter não absoluto da igualdade, a expressão constitucional “sem distinção de qualquer natureza” deve ser entendida como a vedação ao estabelecimento de discriminações (no sentido de preconceitos ou injustiças), a partir de quaisquer qualificativos atribuíveis às pessoas. Dentro da pluralidade de significados do termo distinção, o que fica proibido é o estabelecimento de meras diferenciações. E, por certo, tais diferenciações (as distinções que atendem aos critérios acima abordados) poderão considerar quaisquer atributos das pessoas relacionadas à sexualidade, à cor da pele, ao credo religioso, às posses econômicas (importante em matérias tributária), etc.

É curioso observar a diferença entre as maneiras como os textos constitucionais de 1969 e 1988 (inciso I) se referem à igualdade de gênero. Enquanto que o texto de 1969 fala de igualdade perante a lei sem distinção de sexo, o inciso primeiro de 1988 adota redação mais precisa: igualdade de obrigações e direitos entre homens e mulheres. Talvez o texto de 1988 adote redação mais rigorosa para fortalecer a igualdade que não se respeitava. O maior rigor não deve ser, contudo, ser mal interpretado: a igualdade não é absoluta. A parte final do inciso já enuncia várias diferenciações entre homens e mulheres, e a própria ideia de igualdade inserida no caput aceita a constituição legal de outras diferenciações, na medida em que homens e mulheres têm condições biológicas distintas. O que é inaceitável é a constituição de discriminações em razão da condição de indivíduos homem e mulher. A Constituição Federal de 1988, contudo, não ignora que historicamente existem favorecimentos não razoáveis a um ou outro gênero (diferença de remuneração entre homens e mulheres, por exemplo), e, assim, o preceito do inciso primeiro contém também um comando dirigido ao Estado para que adote políticas públicas que eliminem tais discriminações.

(Alexandre José Paiva da Silva Melo, Art. 5º, *caput* e incisos I, II e III. In: Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 80-81)

O Supremo Tribunal Federal já apreciou matéria similar e concluiu que o estabelecimento de critérios diferenciados para promoção de militares, em razão das peculiaridades de gênero, não ofende o princípio da igualdade.

Neste sentido:

Embargos de declaração em agravo de instrumento. Embargos recebidos como agravo regimental. Administrativo. Militar. Licenciamento. Reintegração. Corpo feminino da Aeronáutica. Critérios diferenciados. Possibilidade. Precedentes. Agravo improvido. I – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não viola o princípio da isonomia a utilização de critérios diferenciados para as carreiras de militares do sexo feminino e masculino. Precedentes. II – Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.

(ED no AI n. 786.568-RJ, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 30.8.2011, publicado no DJe-178 em 16.9.2011 e no Ementário vol. 2588-02, p. 286.)

Agravo regimental no recurso extraordinário. Ação rescisória. Cabimento. Matéria afeta à norma infraconstitucional. 1. A definição do instituto da coisa julgada coube ao legislador ordinário, bem assim as hipóteses em que se admite a sua rescisão. 2. A utilização de critérios diferenciados para promoção de militares dos sexos masculinos e femininos da Aeronáutica, não constitui violação do princípio da isonomia. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR no RE n. 597.539-RJ, Relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 12.5.2009, publicado no DJe-099 em 29.5.2009 e no Ementário vol. 2362-09, p. 1.729.)

Agravo de instrumento. Militares da Aeronáutica. Critérios de promoção diferenciados para os sexos masculino e feminino. Violação ao princípio da isonomia. Inocorrência. Recurso improvido.

(AgR no AI n. 586.621-RJ, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 4.11.2008, publicado no DJe-236 em 12.12.2008 e no Ementário vol. 2345-05, p. 957.)

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Militares da Aeronáutica. Critérios diferenciados para promoção de militares dos sexos masculinos e femininos. Não violação do princípio da isonomia. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR no RE n. 285.146-RN, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 14.3.2006, publicado no DJ em 7.4.2006, p. 55 e no Ementário vol. 2228-03, p. 476.)

Aliás, neste sentido opina o *Parquet* federal (fl. 260, e-STJ):

Não se verifica, portanto, a existência de direito líquido e certo a amparar a pretensão do recorrente, pois, como se vê, o edital seguiu os parâmetros da legalidade.

Não há que se falar, ademais, em ofensa ao princípio da isonomia. Muito ao contrário, a disposição editalícia vem ao encontro do postulado da igualdade entre os sexos, pois leva em conta as diferenças biológicas inerente aos mesmos com vistas a oferecer iguais possibilidades de ascensão na carreira militar.

É patente a ausência de direito líquido e certo.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.429.976-CE (2014/0008223-1)

Relator: Ministro Humberto Martins
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Advogado: Procuradoria-Geral Federal - PGF
Recorrido: Geraldo Saraiva da Cruz
Recorrido: Marta Neli dos Santos
Advogados: Joseilson Fernandes Soares
Cícera Romenia B Marques

EMENTA

Previdenciário. Cancelamento ou suspensão de benefício previdenciário unilateralmente. Aplicação do princípio do paralelismo das formas. Desnecessidade. Exigência dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal por meio de processo administrativo previdenciário. Recurso especial improvido.

1. Cinge-se a controvérsia dos autos a obrigatoriedade da aplicação do princípio do paralelismo das formas nos casos de suspensão ou cancelamento de benefício previdenciário.

2. O Tribunal de origem manifestou-se sobre a possibilidade de a Autarquia suspender/cancelar o benefício previdenciário, porém, deve obedecer os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, bem como a observância do princípio do paralelismo das formas.

3. É inaplicável o princípio do paralelismo das formas por três motivos: 1) a legislação previdenciária, que é muito prolixa, não determina esta exigência, não podendo o Poder Judiciário exigir ou criar obstáculos à autarquia, não previstos em lei; 2) foge da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que através do processo administrativo previdenciário, respeitando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, é suficiente para apurar a veracidade ou não dos argumentos para a suspensão/cancelamento do benefício, e não impede uma posterior revisão judicial; 3) a grande maioria dos benefícios sociais concedidos pela LOAS - Lei Orgânica da Assistência Social - Lei n. 8.742/1993, são deferidos por meio de

decisão judicial, o que acarretaria excessiva demanda judicial, afetando por demasia o Poder Judiciário, bem como, a Procuradoria jurídica da autarquia, além da necessidade de defesa técnica, contratada pelo cidadão, sempre que houvesse motivos para a revisão do benefício.

4. O que a jurisprudência desta Corte exige não é a aplicação do princípio do paralelismo das formas, é a concessão do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sempre que houver necessidade de revisão do benefício previdenciário, por meio do processo administrativo previdenciário, impedindo com isso, o cancelamento unilateral por parte da autarquia, sem oportunizar apresentação de provas que entenderem necessárias.

5. Conforme bem ressaltou o Tribunal de origem, o recorrente cancelou unilateralmente o benefício previdenciário, o que vai de encontro à jurisprudência desta Corte e do STF.

Recurso especial 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 “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Heloisa Maria Gomes Pereira, pela parte recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 24.2.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pelo *Instituto Nacional do Seguro Social - INSS*, com fundamento no art. 105, III,

a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região assim ementado (fls. 235-236, e-STJ):

Previdenciário. Amparo social. Presença dos requisitos exigidos em lei. Laudo pericial. Incapacidade comprovada. Restabelecimento do benefício desde a data do cancelamento. Honorários. Súmula n. 111 do STJ.

1. Previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988, o benefício de amparo social consiste no pagamento de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência física que comprovar sua incapacidade para prover a sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família. Regula o benefício no plano infraconstitucional, o art. 20, da Lei n. 8.742/1993.

2. O ato de concessão do benefício é precedido de rígido procedimento administrativo possuindo presunção de legitimidade e de veracidade. logo, não se pode admitir que a suspensão ou cancelamento seja feito de plano, sem a realização de perícia, sem que antes tenha sido oferecido à parte contrária o direito ao contraditório e à ampla defesa, em face do paralelismo das formas.

3. Verifica-se que o princípio da ampla defesa não foi respeitado, haja vista a suspensão do benefício ter ocorrido de modo unilateral pela Autarquia Previdenciária, oportunizando, apenas em um segundo momento, aos apelados, seu direito de defesa, quando já cancelados benefícios (fls. 92-93 e 127).

4. No presente caso, restou comprovado que Geraldo Saraiva da Cruz é pessoa que apresenta baixa visual bilateral, tem deficiência visual acentuada em ambos os olhos, sendo a deficiência de natureza permanente e definitiva, conforme Laudo Médico Pericial (fls. 51-80); e Maria Neli dos Santos apresenta disacusia neurosensorial bilateral grau severo para o ouvido direito e grau profundo para o ouvido esquerdo, surdez bilateral (fls. 52-99), que, aliado ao fato de serem pessoas de baixo nível de escolaridade, torna-as inaptas para exercerem atividades que lhes proporcione a sobrevivência.

5. Honorários advocatícios mantidos à razão de 10% sobre o valor da condenação, observando-se, contudo, os limites da Súmula n. 111 do STJ.

6. Apelação do INSS não provida e Remessa Oficial parcialmente providas, apenas no tocante à aplicação da Súmula n. 111 do STJ.

Opostos embargos infringentes, foram rejeitados (fl. 242, e-STJ):

Sustenta o recorrente ofensa ao art. 20, § 6º da Lei n. 8.742/1993.

Assevera, em síntese, que “restou devidamente comprovado que o Princípio do Paralelismo das Formas foi completamente obedecido, já que o procedimento administrativo que gerou o desfazimento do benefício do Autor respeitou as mesmas formas e formalidades do procedimento concessório, não sendo, de

forma alguma necessária, a observância das normas procedimentais existentes à época da concessão, sob pena de engessamento da máquina administrativa e de notória afronta aos Princípios do Informalismo e da Instrumentalidade das Formas, tã patententes no Direito Administrativo” (fl. 251, e-STJ).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 258-263, e-STJ), sobreveio o juízo de admissibilidade positivo da instância de origem (fl. 268, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Cinge-se a controvérsia dos autos a obrigatoriedade da aplicação do princípio do paralelismo das formas nos casos de suspensão ou cancelamento de benefício previdenciário.

O Tribunal de origem manifestou-se sobre a possibilidade da Autarquia suspender/cancelar o benefício previdenciário, porém, deve obedecer os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, bem como, a observância do *princípio do paralelismo das formas*, da seguinte maneira, *in verbis* (fls. 226, e-STJ):

5. Assim, o INSS tem o poder-dever de cancelar/suspender os benefícios deferidos sem a observância dos requisitos previstos no ordenamento jurídico em vigor, *exempli gratia*, quando verificar a ausência da continuidade das condições que ensejaram o seu deferimento na esfera administrativa. No entanto, tal providência deve ser precedida de regular procedimento administrativo, onde sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório. Só a realização de uma perícia não é suficiente para que se tenha por observado o cânone constitucional que cuida do tema.

6. As preceituações jurisprudenciais, outrossim, destacam a necessidade da observância do princípio do paralelismo das formas ou da similitude procedimental - se para a concessão do benefício foi necessária a instauração de um procedimento administrativo com o exercício da ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes, também assim haverá de ser no instante em que houver razões para que o benefício seja cancelado.”

Esta Corte de Justiça, através da Sexta-Turma, Terceira Seção, aplicou o entendimento de que era necessário respeitar o princípio do paralelismo das formas, ou seja, concedido o benefício por meio de decisão judicial, somente por outra decisão judicial, seria possível a autarquia fazer a revisão para suspender ou cancelar o benefício previdenciário:

Previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Concessão por ato judicial. Cancelamento administrativo. Impossibilidade. Necessidade de ação judicial para revisão de benefício concedido judicialmente. Análise de violação de matéria constitucional. Competência do STF. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. “Deferida a aposentadoria por invalidez judicialmente, pode a autarquia previdenciária rever a concessão do benefício, uma vez tratar-se de relação jurídica continuativa, desde que por meio de ação judicial, nos termos do art. 471, inciso I, do Código de Processo Civil, e em respeito ao princípio do paralelismo das formas.” (REsp n. 1.201.503-RS, Relatora Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, Data do Julgamento 19.11.2012, DJe 26.11.2012)

2. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça manifestar-se sobre suposta ofensa constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de invasão da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.267.699-ES, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), Sexta Turma, julgado em 16.5.2013, DJe 28.5.2013)

Previdenciário. Aposentadoria por invalidez concedida judicialmente. Cancelamento na via administrativa. Impossibilidade. Ação revisional. Imprescindibilidade. Art. 471, I, do CPC. Paralelismo das formas. Recurso especial a que se nega provimento.

1. Deferida a aposentadoria por invalidez judicialmente, pode a autarquia previdenciária rever a concessão do benefício, uma vez tratar-se de relação jurídica continuativa, desde que por meio de ação judicial, nos termos do art. 471, inciso I, do Código de Processo Civil, e em respeito ao princípio do paralelismo das formas.

2. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 1.201.503-RS, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, julgado em 19.11.2012, DJe 26.11.2012)

No voto condutor, a eminente Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, afirma que “Constatando a autarquia que o beneficiário não mais preenche o requisito da incapacidade exigida para a obtenção do benefício, cabe ao ente previdenciário a propositura de ação revisional, nos termos do art. 471, inciso I, do Código de Processo Civil, via adequada para a averiguação da permanência ou não da incapacidade autorizadora do benefício” (REsp n. 1.201.503-RS, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, julgado em 19.11.2012, DJe 26.11.2012)

Em meu sentir, é inaplicável o princípio do paralelismo das formas por três motivos: 1) a legislação previdenciária, que é muito prolixa, não determina esta exigência, não podendo o Poder Judiciário exigir ou criar obstáculos à autarquia, não previstos em lei; 2) fuge da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que, por meio do processo administrativo previdenciário, respeitando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, é suficiente para apurar a veracidade ou não dos argumentos para a suspensão/cancelamento do benefício, e não impede posterior revisão judicial; 3) a grande maioria dos benefícios sociais concedidos pela LOAS - Lei Orgânica da Assistência Social - Lei n. 8.742/1993, são deferidos por meio de decisão judicial, o que acarretaria excessiva demanda judicial, afetando em demasia o Poder Judiciário, bem como, o departamento jurídico da autarquia, além da necessidade de defesa técnica, contratada pelo cidadão, sempre que houver motivos para a revisão do benefício.

O que a jurisprudência desta Corte exige, não é a aplicação do princípio do paralelismo das formas, é a concessão do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sempre que houver necessidade de revisão do benefício previdenciário, através do processo administrativo previdenciário, impedindo com isso, o cancelamento unilateral por parte da autarquia, sem oportunizar apresentação de provas que entenderem necessárias.

Conforme bem ressaltou o Tribunal de origem, o recorrente cancelou unilateralmente o benefício previdenciário, o que vai de encontro à jurisprudência pacífica desta Corte.

Verifica-se que a decisão recorrida está em harmonia com o entendimento desta Corte, segundo o qual a suspensão do benefício deve observar o contraditório e a ampla defesa, ainda em fase administrativa.

Neste sentido:

Previdenciário. Agravo regimental em agravo de instrumento contra decisão que denegou o processamento do recurso especial. Recurso administrativo. Possibilidade de concessão de efeito suspensivo. Ausência de manifestação do INSS. Agravo regimental desprovido.

1. O entendimento desta Corte é firme quanto à impossibilidade de suspensão do benefício previdenciário sem que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa ao segurado.

2. No caso, o ora agravado interpôs recurso administrativo do qual não obteve qualquer manifestação por parte da Autarquia, nem mesmo sobre o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso, tendo esta se limitado a proceder ao

cancelamento do benefício. Diante da possibilidade, prevista em lei, de concessão de feito suspensivo ao recurso administrativo, não poderia esse direito ser subtraído do beneficiário sem que houvesse decisão fundamentada por parte da Autarquia.

3. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 949.974-MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 19.8.2009, DJe 28.9.2009.)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Previdenciário. Suspensão de benefício. Contraditório e ampla defesa. Não observância. Súmula n. 83-STJ.

Na hipótese, o e. Tribunal a quo, em conformidade com a jurisprudência pacificada no âmbito desta e. Corte Superior, decidiu pela ilegalidade do ato de suspensão do benefício previdenciário em razão da não observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Incidência da Súmula n. 83-STJ.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 1.105.324-BA, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18.6.2009, DJe 17.8.2009.)

Previdenciário. Processual Civil. Recurso especial. Aposentadoria por invalidez. Suspensão. Direito à ampla defesa. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC. Caráter não-protelatório dos declaratórios. Súmula n. 98-STJ. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

1. Conforme previsto no art. 535 do CPC, os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não ocorre omissão no acórdão recorrido quando a Corte de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão.

2. Descabida a aplicação da multa processual prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, quando os embargos declaratórios não têm caráter protelatório, mas objetivam prequestionar a matéria, requisito indispensável ao acesso às instâncias especiais.

3. Conquanto a regra do art. 31, parágrafo único, do Decreto n. 89.312/1984, determine que "O aposentado por invalidez que volta voluntariamente à atividade tem sua aposentadoria cancelada", tal norma deve ser interpretada à luz da atual Constituição Federal. *Assim, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, o cancelamento ou suspensão de benefícios previdenciários, por repercutirem no âmbito dos interesses individuais dos segurados, devem ser precedidos de ampla defesa.*

4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido apenas para excluir a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC.

(REsp n. 544.008-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 5.12.2006, DJ 5.2.2007, p. 327.)

No mesmo sentido, cito precedente do Supremo Tribunal Federal:

Agravo regimental. Benefício previdenciário. Suspensão. Necessidade de exaurimento do processo administrativo. Direito à ampla defesa e ao contraditório.

Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o acórdão recorrido, seria necessário reexaminar os fatos da causa, a fim de se verificar se existiu, na hipótese em julgamento, o devido exaurimento da instância administrativa em conformidade com a legislação infraconstitucional, sendo incabível para isso o recurso extraordinário. Óbice da Súmula n. 279 desta Corte. Ainda que assim não fosse, saber se é necessário o exaurimento da via administrativa para a suspensão do benefício demanda o exame da legislação infraconstitucional que rege a matéria, o que inviabiliza o processamento do recurso extraordinário. Além disso, ainda que se entenda possível o exame da questão em julgamento, *há decisões desta Turma no sentido da necessidade de observância do princípio da ampla defesa no processo administrativo que resulta na suspensão de benefício previdenciário*. Precedentes de ambas as Turmas. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE n. 469.657 AgR, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 26.6.2012, Acórdão Eletrônico DJe-158 divulg 10.8.2012 public 13.8.2012)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.434.713-SC (2014/0027286-8)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: SAS Indústria e Comércio de Máquinas Ltda - Microempresa

Advogado: Lucinio Manuel Nones e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Multa isolada. Fato gerador. Data de vencimento. Inclusão no parcelamento da Lei n. 11.941/2009. Vencimento posterior a 30.11.2008. Impossibilidade.

1. Não se conhece de Recurso Especial quanto à matéria (arts. 113 e 115 do CTN) que não foi especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula n. 282-STF.

2. Controverte-se a respeito da interpretação do art. 1º, § 2º, da Lei n. 11.941/2009, que, ao disciplinar o parcelamento por ela instituído, dispôs que “poderão ser pagas ou parceladas as *dívidas vencidas até 30 de novembro de 2008*, de pessoas físicas ou jurídicas, consolidadas pelo sujeito passivo, com exigibilidade suspensa ou não, inscritas ou não em dívida ativa, consideradas isoladamente, mesmo em fase de execução fiscal já ajuizada, ou que tenham sido objeto de parcelamento anterior, não integralmente quitado, ainda que cancelado por falta de pagamento”.

3. A recorrente admite que foi autuada pela Receita Federal em 4.9.2009, mas reputa ilegal o ato do Fisco que, ao admitir o parcelamento requerido com base na norma acima explicitada, determinou a exclusão da quantia de R\$ 862.435,20, referente à denominada “multa isolada”, cujo vencimento se deu em 1º.10.2009.

4. Isso porque o lançamento se refere à entrada de mercadoria no período de 15.3.2004 a 3.5.2007, razão pela qual, sendo este o período do fato gerador, deve prevalecer para o fim de enquadramento dos débitos como submetidos ao regime benéfico de parcelamento.

5. A pretensão da recorrente é interpretar de forma extensiva a norma do art. 1º, § 2º, da Lei n. 11.941/2009, confundindo o conceito de obrigação tributária principal com o de imposição de multa por infração à legislação aduaneira.

6. *São distintas a obrigação principal e a penalidade pecuniária instituída especificamente para o fim de punir infração à legislação tributária. O fato gerador da primeira ocorre quando materializada a situação hipoteticamente descrita na lei, ao passo que, em relação à segunda, configura-se a partir da data em que realizado o procedimento fiscalizatório que culminou com a constatação do ilícito.*

7. Da mesma forma, não se confunde a data da ocorrência do fato gerador com a do vencimento do débito.

8. Tem-se, por um lado, que os tributos lançados (II, IPI, PIS-importação e Cofins-importação), referentes a fatos geradores ocorridos entre 2004 e 2007, embora somente tenham sido lançados em 2009,

por meio de procedimento de fiscalização de ofício instaurado pela Receita Federal, tiveram seus vencimentos fixados entre 2004 e 2007, por expressa disposição da lei que os disciplina. Por essa razão, aliás, foram corretamente mantidos pela autoridade fiscal no parcelamento da Lei n. 11.941/2009.

9. A multa isolada teve o fato gerador ocorrido em 4.9.2009 – data em que o Fisco apurou a prática de infração – e por vencimento o dia 1º.10.2009.

10. Assim, por qualquer ângulo que se examine a questão (data de ocorrência do fato gerador ou data de vencimento da multa isolada), conclui-se que o débito não está inserido nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei n. 11.941/2009, o que acarreta a improcedência da pretensão recursal.

11. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

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: “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Lucinio Manuel Nones, pela parte recorrente: SAS Indústria e Comércio de Máquinas Ltda.

Brasília (DF), 3 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 22.4.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

Parcelamento. Lei n. 11.941, de 2009. Penalidade pecuniária. Vencimento. Data indicada na notificação fiscal.

Não é beneficiada pelo parcelamento previsto na Lei n. 11.941, de 2009, a penalidade pecuniária com vencimento posterior a 30.11.2008, sendo irrelevante que a infração mesma tenha ocorrido anteriormente, uma vez que, em caso assim, o vencimento da dívida ocorre na data indicada na notificação da autoridade fiscal, após a lavratura de auto de infração.

A recorrente alega violação do art. 1º, § 1º, da Lei n. 11.941/2009 e dos arts. 113, § 3º, e 115 do CTN.

Foram apresentadas as contrarrazões.

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 17.2.2014.

A instância de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 113 e 115 do CTN.

Assim, ante a ausência de prequestionamento, é inviável o conhecimento do recurso nesse ponto. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 282-STF.

No mérito, questiona-se a interpretação do art. 1º, § 1º, da Lei n. 11.941/2009, que instituiu modalidade específica de parcelamento dos débitos vencidos até 28.11.2008, nos seguintes termos (grifos meus):

Art. 1º *Poderão ser pagos ou parcelados, em até 180 (cento e oitenta) meses, nas condições desta Lei, os débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e os débitos para com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inclusive o saldo remanescente dos débitos consolidados no Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, de que trata a Lei n. 9.964, de 10 de abril de 2000, no Parcelamento Especial - PAES, de que trata a Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003, no Parcelamento Excepcional - PAEX, de que trata a Medida Provisória n. 303, de 29 de junho de 2006, no parcelamento previsto no art. 38 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, e no parcelamento previsto no art. 10 da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, mesmo que tenham sido excluídos dos respectivos programas e parcelamentos, bem como os débitos decorrentes do aproveitamento indevido de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI oriundos da aquisição de matérias-primas, material de embalagem e produtos intermediários relacionados na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo*

Decreto n. 6.006, de 28 de dezembro de 2006, com incidência de alíquota 0 (zero) ou como não-tributados.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos créditos constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, mesmo em fase de execução fiscal já ajuizada, inclusive os que foram indevidamente aproveitados na apuração do IPI referidos no caput deste artigo.

§ 2º *Para os fins do disposto no caput deste artigo, poderão ser pagas ou parceladas as dívidas vencidas até 30 de novembro de 2008, de pessoas físicas ou jurídicas, consolidadas pelo sujeito passivo, com exigibilidade suspensa ou não, inscritas ou não em dívida ativa, consideradas isoladamente, mesmo em fase de execução fiscal já ajuizada, ou que tenham sido objeto de parcelamento anterior, não integralmente quitado, ainda que cancelado por falta de pagamento, assim considerados:*

In casu, a recorrente admite que foi autuada pela Receita Federal em 4.9.2009, mas reputa ilegal o ato do Fisco que, ao admitir o parcelamento requerido com base na norma acima explicitada, determinou a exclusão da quantia de R\$ 862.435,20, referente à denominada “multa isolada”, cujo vencimento se deu em 1º.10.2009.

Afirma que o lançamento se refere à entrada de mercadoria no período de 15.3.2004 a 3.5.2007, razão pela qual, sendo este o período do fato gerador, deve prevalecer para o fim de enquadramento dos débitos como submetidos ao regime benéfico de parcelamento.

O órgão colegiado não acolheu a pretensão da recorrente, com base nos seguintes fundamentos: a) nas obrigações sujeitas ao lançamento por homologação, o vencimento da dívida se dá na datada fixada em lei, o que não ocorre no caso dos autos, isto é, a multa isolada depende da prévia apuração, por iniciativa do Fisco, da infração à legislação tributária cometida pelo contribuinte; b) a prática da infração tributária não dá ensejo ao automático vencimento do débito (“multa isolada”), o que somente ocorrerá após a lavratura do respectivo Auto de Lançamento, com a notificação para impugnação ou pagamento. Em reforço a esse último ponto, cita lição doutrinária para lembrar que a recorrente poderia afastar a responsabilidade pela infração por meio da denúncia espontânea (art. 138 do CTN) – o que procede, conforme consta expressamente no art. 612 do Decreto n. 4.543/2002. Transcrevo excerto do voto condutor do acórdão hostilizado (fl. 210, e-STJ):

Segundo o § 2º do art. 1º da Lei n. 11.941, de 2009, podem ser pagas ou parceladas *as dívidas vencidas até 30 de novembro de 2008, de pessoas físicas ou*

jurídicas, consolidadas pelo sujeito passivo, com exigibilidade suspensa ou não, inscritas ou não em dívida ativa, consideradas isoladamente, mesmo em fase de execução fiscal ajuizada, ou que tenham sido objeto de parcelamento anterior, não integralmente quitado, ainda que cancelado por falta de pagamento.

Ora, esse dispositivo legal deve ser interpretado conforme a natureza da obrigação. Em se tratando de obrigação que deve ser cumprida pelo sujeito passivo independentemente de qualquer providência da administração tributária, como ocorre nas obrigações sujeitas ao chamado 'lançamento por homologação', o vencimento da dívida se dá automaticamente na data fixada em lei, após a realização do fato gerador. Cuidando-se, porém, de obrigação cujo adimplemento depende de notificação da administração tributária, como ocorre nas obrigações sujeitas a lançamento de ofício ou à vista de declaração do sujeito passivo, o vencimento da dívida se dá na data indicada na referida notificação.

No caso dos autos, que tem por objeto obrigação de pagar penalidade pecuniária, por infração à legislação tributária, consistente em subfaturamento em importação, a 'dívida' não vence com a simples ocorrência da infração. É necessário que a autoridade fiscal lavre auto de infração, notificando o sujeito passivo a fazer o pagamento na data que for nele indicada. Mesmo porque, como bem lembra Luciano Amaro (*Direito Tributário Brasileiro*, 10ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, p. 245-46), ao tratar do tema, antes das providências administrativas o infrator pode afastar sua responsabilidade pela infração por meio de denúncia espontânea (CTN, art. 138), ou pode ainda a autoridade fiscal, apesar de verificada a infração, deixar de aplicar a penalidade por razões de equidade (CTN, art. 108, § 2º).

Disso tudo se segue que é correto entender, como fizeram a autoridade impetrada e o juiz da causa, que a penalidade pecuniária a que sujeita a impetrante, por infração consistente em subfaturamento na importação, por força do art. 633, inc. I, do Decreto n. 4.543, de 2002, teve seu vencimento na data indicada na notificação da autoridade fiscal, após a lavratura de auto de infração, ou seja, a data de 1º.10.2009, razão por que esse débito não é abrangido pelo citado § 2º do art. 1º da Lei n. 11.941, de 2009, limitado às dívidas vencidas até 30.11.2008.

Entendo que a decisão colegiada não merece reforma, pois, em síntese, a pretensão da recorrente é de interpretar de forma extensiva a norma do art. 1º, § 2º, da Lei n. 11.941/2009, confundindo os conceitos de obrigação tributária principal com o de imposição de multa por infração à legislação aduaneira.

São distintas a obrigação principal e a penalidade pecuniária instituída especificamente para o fim de punir infração à legislação tributária. O fato gerador da primeira ocorre quando materializada a situação hipoteticamente

descrita na lei, ao passo que, em relação à segunda, configura-se a partir da data em que realizado o procedimento fiscalizatório que culminou com a constatação do ilícito.

Da mesma forma, não se confunde a data da ocorrência do fato gerador com a do vencimento do débito.

Assim, tem-se, por um lado, que os tributos lançados (II, IPI, PIS-importação e COFINS-importação), referentes a fatos geradores ocorridos entre 2004 e 2007, embora somente tenham sido lançados em 2009, por meio de procedimento de fiscalização de ofício instaurado pela Receita Federal, tiveram seus vencimentos fixados entre 2004 e 2007, por expressa disposição da lei que os disciplina.

Em relação à multa isolada, este teve o fato gerador ocorrido em 4.9.2009 – data em que o Fisco apurou a prática de infração – e por vencimento 1º.10.2009.

Assim, por qualquer ângulo que se examine a questão (data de ocorrência do fato gerador ou data de vencimento da multa isolada), conclui-se que o débito não está inserido nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei n. 11.941/2009, o que acarreta a improcedência da pretensão recursal.

Com essas considerações, *conheço parcialmente do Recurso Especial, para negar-lhe provimento.*

É como voto.

