



---

## Primeira Seção



---

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.254.710-SE  
(2012/0211060-2)**

---

Relator: Ministro Ari Pargendler  
Embargante: Veículos e Máquinas União Ltda  
Advogado: Guilherme Mignone Gordo e outro(s)  
Embargado: Fazenda Nacional  
Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

---

**EMENTA**

Processo Civil. Mandado de segurança. Direito líquido e certo.

O art. 1º da Lei n. 1.533, de 1951, a cujo teor o mandado de segurança protegerá *'direito líquido e certo'*, não é uma senha que abre as portas do recurso especial; o único efeito dessa regra é o de que o *'direito'* que dependa de dilação probatória está excluído do âmbito do *writ*.

Há infração a essa regra quando a sentença ou o acórdão deixam de conhecer do mandado de segurança porque o *thema decidendum* é erroneamente identificado como questão de fato.

*Tributário. Compensação.* A compensação de créditos e débitos em matéria tributária supõe quantificação dos respectivos valores, exigindo prova incompatível com o rito do mandado de segurança; já a mera declaração de créditos e débitos, identificados por suas espécies, podem ser compensados depende de juízo a respeito de questão eminentemente de direito, suscetível de exame no *writ* sem necessidade de prova preconstituída.

Se, como no caso, o reconhecimento do crédito supõe a declaração de inconstitucionalidade do Decreto-Lei n. 2.445 e do Decreto-Lei n. 2.449, a constituição do direito à compensação tributária se dá pela sentença proferida no mandado de segurança, sujeita a quantificação dos valores à fiscalização no procedimento do lançamento.

Embargos de divergência providos para que o tribunal *a quo* prossiga no julgamento da apelação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

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

Ministro Ari Pargendler, Relator

---

DJe 2.8.2013

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Os embargos de divergência foram opostos contra o seguinte acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o Ministro Herman Benjamin:

“Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Compensação de tributos. PIS. Cofins. CSLL. Recurso especial. Alínea **c**. Não demonstração da divergência. Direito líquido e certo. Verificação. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF.

1. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fático-jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI-STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

2. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a apreciação da suposta violação do art. 1º da Lei n. 1.533/1951, com a consequente verificação

da existência ou não de direito líquido e certo amparado por Mandado de Segurança, tem sido inadmitida em Recurso Especial, pois exige reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos da sua Súmula n. 7.

3. A alegação sobre ofensa ao art. 74 da Lei n. 9.430/1996 não foi analisada pelo acórdão recorrido. Dessa forma, não se observou o requisito indispensável do prequestionamento em relação a essa questão. Incidência, por analogia, da Súmula n. 282-STF.

4. Agravo Regimental não provido.” (e-stj, fl. 480).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (e-stj, fl. 512-513).

As razões do recurso dizem que o acórdão embargado divergiu do que foi decidido pela Primeira Seção no julgamento do Recurso Especial n. 1.111.164, BA, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, assim ementado:

“Tributário e Processual Civil. Mandado de segurança. Compensação tributária. Impetração visando efeitos jurídicos próprios da efetiva realização da compensação. Prova pré-constituída. Necessidade.

1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na Súmula n. 213-STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da “condição de credora tributária” (EREsp n. 116.183-SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.4.1998).

2. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende

realizar. Precedentes da 1ª Seção (EREsp n. 903.367-SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.9.2008) e das Turmas que a compõem.

3. No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.” (DJe de 25.5.2009).

Os embargos de divergência foram impugnados (e-stj, fl. 568-570).

O Ministério Público Federal, na pessoa da Subprocuradora-Geral Darcy Santana Vitobello, opinou pelo não conhecimento do recurso (e-stj, fl. 575-577).

## VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): 1. Diferentemente das instâncias ordinárias, em que o trabalho do juiz consiste em identificar no litígio os fatos que o distinguem dos demais, para que tanto quanto possível a lei seja aplicada sob um viés circunstanciado, na instância especial o julgamento é inspirado pela uniformização.

Os embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça constituem a última etapa da uniformização jurisprudencial, e pressupõem casos idênticos ou assemelhados tais como dimensionados no acórdão embargado e no acórdão indicado como paradigma.

Em função disso, o conhecimento dos embargos de divergência está sujeito a duas regras:

(a) a de que o acórdão impugnado e aquele indicado como paradigma discrepem a respeito do desate da mesma questão de direito, sendo indispensável para esse efeito a identificação do que neles foi *a razão de decidir*,

(b) a de que esse exame se dê a partir da comparação de um e de outro acórdão, *nada importando os erros ou acertos dos julgamentos anteriores* (inclusive, portanto, os do julgamento do recurso especial), porque os embargos de divergência *não constituem uma instância de releitura do processo*.

No âmbito dos embargos de divergência *não se rejulga o recurso especial*. O respectivo acórdão é simplesmente confrontado com um ou mais julgados com a finalidade de harmonizar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Os presentes embargos de divergência atacam o acórdão embargado na parte em que deixou de conhecer do recurso especial, pela alínea **a**, por violação do art. 1º da Lei n. 1.533, de 1951.

A esse respeito, o acórdão embargado assim decidiu:

“A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a apreciação da suposta violação do art. 1º da Lei n. 1.533/1951, com a consequente verificação da existência ou não de direito líquido e certo amparado por Mandado de Segurança, tem sido inadmitida em Recurso Especial, pois exige reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos da sua Súmula n. 7” (e-stj, fl. 480).

Já para o acórdão indicado como paradigma:

“No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na Súmula n. 213-STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da “condição de credora tributária” (EREsp n. 116.183-SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.4.1998)”.

Salvo melhor juízo, uma orientação discrepa da outra.

3. O art. 1º da Lei n. 1.533, de 1951, a cujo teor o mandado de segurança protegerá *‘direito líquido e certo’*, não é uma senha que abre as portas do recurso especial; o único efeito dessa regra é o de que o *‘direito’* que dependa de dilação probatória está excluído do âmbito do *writ*. Há infração a essa regra quando sentença ou acórdão deixam de conhecer do mandado de segurança, porque a questão é *‘complexa’*, ou porque o direito não é *‘translúcido’* ou porque é *‘controvertido’* – e também o *thema decidendum* é erroneamente identificado como questão de fato.

Na lição de Celso Agrícola Barbi, “o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os

fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos” (Do Mandado de Segurança, Forense, Rio de Janeiro, 1976, p. 85).

No Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 211.881, DF, o relator p/o acórdão, Ministro Carlos Velloso, redigiu, a esse respeito, ementa didática, a saber:

“Direito líquido e certo, que autoriza o ajuizamento do mandado de segurança diz respeito aos fatos. Se estes estão comprovados, de plano, é possível o aforamento do *writ*. Segue-se, então, a fase de acertamento da relação fático-jurídica, na qual o juiz faz incidir a norma objetiva sobre os fatos. Se, dessa incidência, entender o juiz nascido o direito subjetivo, deferirá a segurança” (DJ, 19. 4.1991).

4. A espécie, todavia, é *sui generis*, porque para o efeito declaratório do direito à compensação, basta a alegação do crédito, que mais tarde estará sujeito à fiscalização tributária no procedimento de homologação do lançamento, sendo destituída de qualquer fundamento a peculiaridade destacada no acórdão embargado, a saber:

“(…) consoante a pacífica jurisprudência do STJ, é cabível a impetração de Mandado de Segurança com vistas à declaração do direito à compensação tributária, conforme Enunciado da Súmula n. 213-STJ: “O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.” Entretanto, excepcionam-se os casos em que inexistente prova pré-constituída, tendo em vista ser impossível dilação probatória em *mandamus*.

*In casu*, o Tribunal *a quo* consignou que (fl. 250, e-STJ):

‘Da análise do pedido deduzido na exordial evidencia-se que inexistente direito líquido e certo. O crédito invocado depende de constituição no próprio Mandado de Segurança em que a parte postula autorização para efetuar a compensação.’ (e-stj. fl. 484-485).

Com efeito, nada impede que o direito à compensação seja constituído no próprio mandado de segurança. Como reconhecer o direito à compensação do que foi pago indevidamente a título de PIS por força do Decreto-Lei n. 2.445 e 2.449, no período de julho de 1988 a outubro de 1995, sem decretar-lhes a inconstitucionalidade?

Voto, por isso, no sentido de conhecer dos embargos de divergência para que o tribunal *a quo* prossiga no julgamento da apelação.

---

**MANDADO DE SEGURANÇA N. 17.370-DF (2011/0152234-7)**

---

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Impetrante: Jorge Elias da Silva

Advogado: Sidney Seixas de Santana

Impetrado: Ministro de Estado da Saúde

Interessado: União

---

**EMENTA**

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar - PAD. Anulação da pena de suspensão, já cumprida pelo servidor, e aplicação de pena mais grave, de demissão, por orientação da Controladoria-Geral da União. *Bis in idem e reformatio in pejus*. Impossibilidade. Pedido de reintegração julgado procedente. Efeitos funcionais. Retroação à data da demissão. Efeitos financeiros. Retroação limitada à data da impetração. Segurança concedida.

1. “A Autoridade coatora apontada, que impõe a pena de demissão, vincula-se aos fatos apurados e não à capitulação legal proposta pela Comissão Processante. Da mesma forma, o indiciado se defende dos fatos contra ele imputados, não importando a classificação legal inicial, mas sim a garantia da ampla defesa e do contraditório. Por isso, a modificação na tipificação das condutas pela Autoridade Administrativa não importa nem em nulidade do PAD, nem no cerceamento de defesa” (MS n. 13.364-DF, Rel. Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, Terceira Seção, DJe 26.5.2008).

2. O novo julgamento do processo administrativo disciplinar ofende o devido processo legal, por não encontrar respaldo na Lei n. 8.112/1990, que prevê sua revisão tão somente quando constatado vício insanável ou houver possibilidade de abrandamento da sanção disciplinar aplicada ao servidor público.

3. O processo disciplinar se encerra mediante o julgamento do feito pela autoridade competente. A essa decisão administrativa, à semelhança do que ocorre no âmbito jurisdicional, deve ser

atribuída a nota fundamental de definitividade. O servidor público punido não pode remanescer sujeito a novo julgamento do feito para fins de agravamento da sanção, com a finalidade de seguir orientação normativa, quando sequer se apontam vícios no processo administrativo disciplinar.

4. “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira” (Súmula n. 19-STF).

5. Hipótese em que a anulação, pelo Presidente da *Funasa*, da pena de suspensão aplicada ao Impetrante, após seu cumprimento, não teve por escopo corrigir eventual vício insanável e/ou beneficiá-lo, na medida em que resultou da orientação firmada pela Corregedoria-Geral da União - CGU que, ao reexaminar o mérito das conclusões firmadas pela Comissão processante, entendeu necessária a aplicação de pena mais grave, de demissão.

6. Segurança concedida para anular a pena de demissão aplicada ao Impetrante e determinar à Autoridade Impetrada que o reintegre ao serviço público. Efeitos funcionais que devem retroagir à data da demissão do servidor. Os efeitos financeiros, todavia, devem retroagir à data da impetração, conforme as Súmulas n. 269 e 271-STF, reservando-se a cobrança das diferenças remuneratórias anteriores à impetração às vias ordinárias.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de agosto de 2013 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

---

DJe 10.9.2013

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por *Jorge Elias da Silva* contra suposto ato ilegal do Sr. *Ministro de Estado da Saúde*, consubstanciado na Portaria-MS n. 781, publicado no D.O.U. de 14.4.2011, que o demitiu do cargo de Analista de Suporte do quadro de pessoal da Fundação Nacional de Saúde - Funasa, uma vez que teria ele se valido do cargo para lograr proveito de outrem em detrimento da dignidade da função pública, além de ter causado leão ao erário.

Narra o Impetrante, em apertada síntese, que:

a) o procedimento administrativo disciplinar que resultou em sua demissão foi instaurado para apurar atos ocorridos no período de 14.6.2006 a 24.10.2006, ou seja, quando ele não mais ocupava, a título eventual a Chefia da Seção de Recursos Logísticos da Coordenação Regional da Funasa no Rio de Janeiro (período de 3.2.2006 a 18.5.2006) ou a Chefia da Divisão de Administração da Coordenação Regional da Funasa naquela mesma localidade (período de 16.2.2006 a 19.5.2006);

b) restaria demonstrado que jamais participou do processo de licitação supostamente eivado de irregularidades, mormente porque (fl. 2e):

[...] a adesão à ata de registro de preços - Pregão n. 020/2005, do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, sobre os bens móveis e serviços a serem adquiridos se deu a partir da autorização da Coordenadora-Geral de Logística e Administração para o Coordenador Regional da Funasa no Rio de Janeiro (DOC. 10).

[...] Sua participação no procedimento administrativo limitou-se a preparar a aquisição de bens móveis e serviços, no período compreendido de 10.3.2006 até 18.5.2006, Processo n. 25245.003.526/2006-01, na fase interna do processo licitatório (DOCs. 8D, 9A, 11).

c) após ser-lhe aplicada uma pena de suspensão de 30 (trinta) dias, a qual foi cumprida integralmente no período de 16.10.2007 a 14.11.2007, ingressou com um procedimento revisional daquela punição em 17.12.2007, e que resultou na anulação da pena de suspensão;

d) o encaminhamento do processo administrativo disciplinar à Autoridade Impetrada “só poderia se referir aos demais partícipes do procedimento”, mas “[n]unca ao ora impetrante, relativamente a quem fora reconhecida a nulidade do procedimento” (fl. 4e); tal equívoco, outrossim, foi agravado pelo fato de que (fl. 4e):

O Ministro, ignorando que as instâncias inferiores, por falta de atenção ou desconhecimento estavam a reprimir processo findo, relativamente ao ora impetrante, sem nova oitiva da parte a quem supostamente se imputava algo, nem reabrir contraditório, resolveu apená-lo, aplicando-lhe a mais grave das penas: a demissão do serviço público, consoante Diário Oficial da União - Seção 2, n. 72, de 14.4.2011 (DOC. 18).

À luz desses fatos, afirma que o ato de demissão ora impugnado teria afrontado aos arts. 5º, LIV, LV e LVII da Constituição Federal e 22, 128, 143, 153 e 182, parágrafo único, da Lei n. 8.112/1990, pois não bastasse o fato de que sequer estava a responder a um procedimento administrativo disciplinar, não lhe foi assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Por fim, além dos pedidos de estilo, requer o Impetrante:

1) Seja concedida liminar, *inaudita altera parte, ab initio litis*; em favor do impetrante, com a expedição de mandado determinando a sua imediata reintegração no efetivo exercício do seu cargo com o pagamento da remuneração e vantagens correspondentes, até o final da presente lide;

2) No mérito a procedência do presente *mandamus* para decretação da nulidade de todos os atos praticados no Procedimento Administrativo Disciplinar no 25100.002.645/2007-64, após a decisão do Presidente da Funasa, consubstanciada na Portaria n. 836, de 14.8.2007, anulando a pena de suspensão aplicada a Jorge Elias da Silva (DOC. 12);

Em decisão proferida em 5.7.2011, o em. Min. *Felix Fischer* deferiu o pedido de justiça gratuita e indeferiu o pedido de liminar (fls. 55-56e).

Informações da Autoridade Impetrada às fls. 61-80e, acompanhada de documentos (fls. 81-565e).

Manifestação da *União* à fl. 569e.

O Ministério Público Federal, em parecer do Procurador Regional da República *Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho*, no exercício do cargo de Subprocurador-Geral da República, opinou pela denegação da segurança (fls. 574-584e).

Em atendimento ao pedido incidental formulado pelo Impetrante, a Autoridade Impetrada fez juntar aos autos a cópia integral do processo revisional instaurado por solicitação do servidor (fls. 600-6.166e).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Como relatado, cuida-se a espécie de mandado de segurança impetrado por *Jorge Elias da Silva* contra suposto ato ilegal do Sr. *Ministro de Estado da Saúde*, consubstanciado na Portaria-MS n. 781, publicado no D.O.U. de 14.4.2011, que o demitiu do cargo de Analista de Suporte do quadro de pessoal da Fundação Nacional de Saúde - Funasa, uma vez que teria ele se valido do cargo para lograr proveito de outrem em detrimento da dignidade da função pública, além de ter causado leão ao erário.

Nada obstante os vários fatos narrados pelo Impetrante na petição inicial, observa-se que a questão jurídica trazida à apreciação desta Corte é a seguinte: *poderia o Impetrante, após cumprir a pena de suspensão de 30 (trinta) dias que, outrossim, foi anulada pela Administração, sofrer nova punição pelos mesmos fatos, sem a prévia abertura de novo procedimento investigatório em que fosse assegurado ao servidor a ampla defesa e o contraditório?*

Delimitada a controvérsia, para sua adequada compreensão faz-se necessário fixar algumas questões fáticas essenciais, a saber:

1) como narrado pelo Impetrante, foi ele submetido a um procedimento administrativo disciplinar (n. 25100.621.430/2006-66), no qual foi apurado “possíveis irregularidades nos procedimentos para aquisição, pagamento e estocagem de mobiliário adquiridos das empresas Marelli Móveis para Escritório Ltda e Complemento Planejamento e Decorações Ltda” (fl. 5.793e);

2) ao fim desse procedimento disciplinar, restou apurada a culpabilidade do ora Impetrante, uma vez que fora responsável pelas inúmeras irregularidades descritas no relatório final da Comissão Processante (fls. 5.903-5.906e), dentre as quais se destaca:

[deixou o servidor] de realizar pesquisa de preços de mercado visando avaliar preliminarmente os preços registrados na ata de Pregão n. 020/2005 (fls. 25-26 e 769), para formar juízo sobre a continuidade ou suspensão do processo de aquisição, preferindo fixar o valor estimativo no PBS n. 04, datado de 20.3.2006 (fl. 660) exatamente igual àquele estipulado pelos fornecedores em 13.6.2006 (fls. 69.691), acarretando em prejuízo aparente estimado de R\$ 934.891,28 (fls. 4.839-4.840).

3) diante desses fatos, a Comissão sugeriu que fosse aplicado ao ora Impetrante uma pena de suspensão de 30 (trinta) dias, nos seguintes termos (fl. 5.906e):

A conduta deste servidor acarretou em lesão ao dever funcional, subsumindo-se aos tipos dos artigos 116, I, II, III, e IX da Lei n. 8.112/1990, razão porque esta Comissão sugere para o mesmo a penalidade de suspensão, por 30 dias, restando declinar que, além de considerar ser o servidor possuidor de bons antecedentes funcionais (fls. 955-958), o conjunto das faltas apuradas, apesar de causadoras de lesão ao erário, não se subsumiram ao tipo de improbidade administrativa, conforme inferido deste relatório, pelo que afasta-se sugestão de pena de demissão por irreconciliável quebra de confiança na sua conduta funcional;

4) diante das conclusões da Comissão Processante e dos Pareceres Técnicos formulados por sua respectiva assessoria, o Sr. Presidente da Funasa decidiu aplicar ao ora Impetrante a pena de suspensão recomendada (fls. 5.933-5.944e), o que de fato ocorreu por meio da Portaria-Funasa n. 836, de 14.8.2007 (fl. 5.936e);

5) a suspensão foi cumprida no período de 16.10.2007 a 14.11.2007 (fl. 5.952e);

6) em setembro de 2007, diante do prejuízo apurado pela Comissão Processante, decorrente do sobrepreço na aquisição de mobiliário, entendeu o Sr. Presidente da Funasa pela necessidade de instauração de um procedimento de tomada de contas especial em desfavor do Impetrante e outros, “visando o ressarcimento do prejuízo causado ao erário” (fl. 5.944e), o que ocorreu por meio da Portaria-Funasa n. 184, de 18.9.2007 (fl. 5.946e);

7) em dezembro de 2007, por sua vez, o próprio Impetrante requereu a abertura de um processo de revisão da penalidade de suspensão, argumentando, em apertada síntese, que não poderia ser responsabilizado pelas irregularidades apuradas pela Comissão Processante uma vez que à época dos fatos não era ele responsável pelo órgão (fls. 606-609e);

8) em março de 2008 a Controladoria-Geral da União, por meio do Corregedor-Geral, oficiou ao Sr. Presidente da Funasa informando que, diante dos fatos apurados pela Comissão Processante nos autos do PAD n. 25100.621.430/2006-66, em especial o sobrepreço na aquisição dos bens, o ora Impetrante estaria sujeito à pena de demissão prevista no art. 132, X, da Lei n. 8.112/1990, motivo pelo qual recomendou a anulação do (fl. 771e):

[...] julgamento do referido processo no que tange ao servidor Jorge Elias da Silva, e que seja realizado novo julgamento, com aplicação da penalidade cabível, em conformidade com as provas contidas nos autos do processo.

9) diante da recomendação formulada pela CGU e dos pareceres técnicos de sua assessoria jurídica, entendeu o Sr. Presidente da Funasa em 13.6.2008 pela necessidade de anular parcialmente o julgamento proferido no mencionado processo administrativo disciplinar, tornando sem efeito a pena de suspensão aplicada ao Impetrante, bem como encaminhar os respectivos autos ao *Ministro de Estado da Saúde*, ora Impetrado, para julgamento do feito (fl. 791e);

10) a Autoridade Impetrada, por sua vez, acatando o parecer formulado pela Consultoria Jurídica quanto à regularidade do processo administrativo disciplinar e gravidade dos fatos imputados ao ora Impetrante, proferiu julgamento no sentido de aplicar-lhe a pena de demissão, com base nos arts. 117, IX, X e XIII, c.c. 136 e 137, *caput*, e parágrafo único, da Lei n. 8.112/1990, e, naquele mesmo ato, não conhecer do pedido administrativo de revisão do Impetrante (fls. 6.103-6.107e).

Pois bem.

Verifica-se, de início, ser irrelevante perquirir se as irregularidades imputadas ao Impetrante ocorreram quando ele não ocupava cargo de Chefia, uma vez que, consoante constou do relatório final da Comissão Processante, sua culpa está vinculada justamente ao fato de que ele atuou diretamente na execução de vários contratos de compra de material, que causaram prejuízos ao erário, “sem dar conhecimento ao chefe da DIADM” ou, ainda, “sem promover prévias reuniões com as chefias dos setores” (fl. 5.904e).

Nesse contexto, aferir em detalhes o nível de participação do Impetrante nos fatos a ele imputados vai além dos limites do mandado de segurança, haja vista que demandaria dilação probatória.

De outro lado, ao contrário do que foi alegado pelo Impetrante, a anulação da pena de suspensão ocorreu *ex officio* pela Administração Pública, tanto assim que o processo revisional instaurado a pedido do servidor foi considerado prejudicado com o novo julgamento do PAD (fls. 6.103-6.107e). Por conseguinte, não há falar em equívoco da Administração, pois o Impetrante efetivamente estava indiciado no PAD levada a julgamento pela Autoridade Impetrada.

Por sua vez, também não procede a tese de cerceamento de defesa do Impetrante, haja vista que a pena de demissão aplicada refere-se aos fatos apurados no PAD n. 25100.621.430/2006-66, durante o qual lhe foi assegurada a ampla defesa e o contraditório.

Com efeito, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que “A Autoridade coatora apontada, que impõe a pena de demissão, vincula-se aos fatos apurados e não à capitulação legal proposta pela Comissão Processante. Da mesma forma, o indiciado se defende dos fatos contra ele imputados, não importando a classificação legal inicial, mas sim a garantia da ampla defesa e do contraditório. Por isso, a modificação na tipificação das condutas pela Autoridade Administrativa não importa nem em nulidade do PAD, nem no cerceamento de defesa” (MS n. 13.364-DF, Rel. Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, Terceira Seção, DJe 26.5.2008). Nesse mesmo sentido:

Administrativo. Servidor público federal. Processo administrativo disciplinar. Ministro de Estado da Previdência Social. Preliminares desacolhidas. Alegação de cerceamento de defesa. Não ocorrido processamento regular. Ausência de proporcionalidade na sanção. Ocorrência. Anulação da portaria demissional.

1. Cuida-se de *writ* impetrado com o fito de anular processo administrativo disciplinar, bem como portaria de demissão; a penalidade derivou de um complexo processo administrativo, instaurado após operação da Polícia Federal, que visava punir servidores por irregularidades na emissão de certidões previdenciárias.

2. A via mandamental mostra-se adequada para perseguir a anulação de ato demissional quando se alega e comprova que este mostrou-se excessivo, e não amparado nas provas dos autos. Rejeito a preliminar de inadequação. Precedente: MS n. 14.993-DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 16.6.2011.

(...)

5. Quanto ao mérito, cabe frisar que a alegação de cerceamento da defesa está baseada no fato de que a autoridade julgadora o puniu com demissão, acatando o parecer da consultoria jurídica, que reinterpreto as provas dos autos; a comissão processante havia - também fundamentadamente - recomendado a punição com advertência ou suspensão. No entanto, não procede a pretensão de que a alteração da capitulação legal obrigue a abertura de nova defesa, já que o indiciado se defende dos fatos, e não dos enquadramentos legais. Precedente: MS n. 14.045-DF, Rel. Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, Terceira Seção, DJe 29.4.2010.

(...)

8. Prejudicado o agravo regimental. Segurança parcialmente concedida. (MS n. 15.810-DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 30.3.2012)

Impende ressaltar, todavia, que “no Direito brasileiro aplica-se a teoria da substanciação, por meio da qual apenas *os fatos* vinculam o julgador, que poderá atribuir-lhe a qualificação jurídica que entender adequada ao acolhimento ou à

rejeição do pedido, como fruto dos brocardos *iura novit curia*, e *da mihi factum dabo tibi ius*. Nesse sentido cfr. REsp n. 1.153.656-DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 18.5.2011; AgRg no Ag n. 1.351.484-RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 26.3.2012; REsp n. 1.043.163-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 28.6.2010” (REsp n. 1.316.634-ES, Rel. Min. *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe 19.12.2012).

Nesse extensão, é possível observar que o Impetrante narrou na petição inicial, de forma clara e precisa, fatos que consubstanciam um indevido *bis in idem* na punição de infração administrativa.

Registro, desde logo, que não desconheço acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça segundo os quais a vedação preconizada no enunciado da Súmula n. 19-STF (“É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”) não incide quando a pena anterior é anulada, para que em seu lugar se imponha uma mais grave. A propósito:

Previsão legal da pena de demissão. Aplicação errônea da pena de suspensão. A hipótese não é de revisão para beneficiar (art. 174 da Lei n. 8.112/1990) mas de ato da Administração Pública proferido contra expressa letra da lei e passível de correção *ex officio*. Inaplicabilidade da Súmula n. 19 do STF. Precedente: MS n. 23.146. Nenhuma mácula ocorre com relação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, se preservada toda a matéria produzida nos autos do processo administrativo onde esses princípios foram observados. Agravo improvido. (RMS-AgRg n. 24.308, Rel. Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ de 25.4.2003)

Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público federal. Processo administrativo disciplinar. Cumprimento da pena de suspensão por trinta dias. Posterior nulidade da suspensão e aplicação da pena de demissão. Não-ocorrência de *bis in idem*. Precedentes. Legitimidade passiva do Ministro de Estado. Ausência de notificação do servidor para se manifestar acerca da anulação da suspensão e da aplicação da demissão. Ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

1. A aplicação inadequada a servidor público federal da pena de suspensão, quando anulada e em seu lugar imposta a pena de demissão prevista na Lei n. 8.112/1991, não incorre na vedação estabelecida pela Súmula n. 19 do Excelso Pretório (“É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”). Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

2. Embora disponha o artigo 141, I, da Lei n. 8.112/1990 que compete ao Presidente da República impor a penalidade de demissão a servidor público

federal vinculado ao Poder Executivo, é possível sua delegação a Ministro de Estado. Precedentes.

3. Incorre em ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa a aplicação de demissão a servidor público federal, após a anulação de prévia pena de suspensão, sem sua prévia notificação a fim de que se manifestasse acerca daquela anulação e da possibilidade de aplicação de pena mais severa. Ocorrência de prejuízo à defesa do impetrante, a determinar a anulação da portaria de sua demissão.

4. Segurança concedida para que seja anulada a portaria que demitiu o impetrante e para que seja ele notificado a fim de que se manifeste acerca da anulação da pena de suspensão e da possibilidade de aplicação de pena mais severa. (MS n. 7.034-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJ de 22.10.2007)

Ocorre que, de acordo com o disposto art. 174, *caput*, da Lei n. 8.112/1990, *a revisão do PAD poderá ocorrer de ofício, pela Autoridade competente*, quando apresentados fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar *a inocência do servidor punido ou a inadequação da penalidade aplicada*.

A propósito, confira-se o mencionado dispositivo legal:

Art. 174. O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.

É necessário consignar, todavia, que a única interpretação para esse dispositivo, capaz de harmonizá-lo com o princípio do devido processo legal, é que será admitida a revisão da penalidade aplicada quando for para beneficiar o servidor punido, e nunca para prejudicá-lo.

Outra, aliás, não é a regra que prevalece no tocante à revisão de processos administrativos de forma geral, conforme dispõe a Lei n. 9.784/1999:

Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.

*In casu*, observa-se que o PAD n. 25100.621.430/2006-66 já havia sido encerrado mediante aplicação da pena cabível ao Impetrante (suspensão), motivo

pelo qual não poderia o Presidente da Funasa, ainda que por recomendação da Controladoria-Geral da União, anular a pena anterior a fim de encaminhar o PAD a um novo julgamento.

A adoção de entendimento diverso importaria a revogação tácita da Súmula n. 19-STF, uma vez bastaria a simples anulação de uma penalidade já aplicada ao servidor para permitir que a Administração Pública, baseada em um mesmo fato já apenado, aplicasse uma segunda pena, como se a primeira fosse.

Também não se olvida que, havendo indícios de ilegalidade em seus atos, cabe à Administração Pública exercer seu poder-dever de autotutela, com fundamento nas Súmulas n. 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, que preconizam:

A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos (Súmula n. 346-STF).

A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (Súmula n. 473-STF).

No entanto, em se tratando de processo administrativo disciplinar, há considerar limites à revisão de atos administrativos, diante da submissão ao devido processo legal e aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

O processo disciplinar se encerra mediante o julgamento do feito pela autoridade competente. A essa decisão administrativa, à semelhança do que ocorre no âmbito jurisdicional, deve ser atribuída a nota fundamental de definitividade. O servidor público punido não pode remanescer sujeito a novo julgamento do feito para fins de agravamento da sanção, com a finalidade de seguir orientação normativa, quando sequer se apontam vícios no processo administrativo disciplinar.

Por conseguinte, tem-se que o novo julgamento da causa não encontra respaldo na Lei n. 8.112/1990, que prevê a revisão do processo disciplinar tão somente quando, diante de elementos novos a serem considerados, houver possibilidade de abrandamento da sanção aplicada ao servidor público federal. Desse modo, pode-se concluir que o ordenamento jurídico proíbe *bis in idem* e o *reformatio in pejus*. Nesse sentido, cito o seguinte precedente:

Administrativo. Recurso especial. Servidor público. Processo administrativo disciplinar - PAD. Anulação da pena de suspensão, já cumprida pelas servidoras,

e aplicação de pena mais grave, de demissão, por orientação da Controladoria-Geral da União. *Bis in idem* e *reformatio in pejus*. Impossibilidade. Pedido de reintegração julgado procedente. Recurso especial conhecido e provido.

1. É certo que “A Autoridade coatora apontada, que impõe a pena de demissão, vincula-se aos fatos apurados e não à capitulação legal proposta pela Comissão Processante. Da mesma forma, o indiciado se defende dos fatos contra ele imputados, não importando a classificação legal inicial, mas sim a garantia da ampla defesa e do contraditório. Por isso, a modificação na tipificação das condutas pela Autoridade Administrativa não importa nem em nulidade do PAD, nem no cerceamento de defesa” (MS n. 13.364-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 26.5.2008).

2. O novo julgamento do processo administrativo disciplinar ofende o devido processo legal, por não encontrar respaldo na Lei n. 8.112/1990, que prevê sua revisão tão somente quando constatado vício insanável ou houver possibilidade de abrandamento da sanção disciplinar aplicada ao servidor público.

3. O processo disciplinar se encerra mediante o julgamento do feito pela autoridade competente. A essa decisão administrativa, à semelhança do que ocorre no âmbito jurisdicional, deve ser atribuída a nota fundamental de definitividade. O servidor público punido não pode remanescer sujeito a novo julgamento do feito para fins de agravamento da sanção, com a finalidade de seguir orientação normativa, quando sequer se apontam vícios no processo administrativo disciplinar.

4. “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira” (Súmula n. 19-STF).

5. Hipótese em que a anulação, pelo Presidente do Incri, da pena de suspensão aplicada às servidoras não teve por escopo corrigir eventual vício insanável e/ou beneficiá-las, na medida em que resultou da orientação firmada pela Corregedoria-Geral da União (CGU) que, ao reexaminar o mérito das conclusões firmadas pela Comissão processante, entendeu necessária a aplicação de pena mais grave, de demissão.

6. Tendo em vista a ilegalidade do ato que importou na aplicação da pena de demissão das servidoras, é de rigor a reintegração destas aos seus respectivos cargos públicos, com todos os efeitos funcionais e financeiros daí decorrentes (inclusive quanto à pena de suspensão anteriormente aplicada).

(...)

10. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 1.216.473-PR, minha relatoria, Primeira Turma, DJe 9.5.2011)

O reconhecimento da ilegalidade da demissão do servidor importa, por via de consequência, no dever de a Autoridade Impetrada reintegrá-lo ao seu

respectivo cargo público, com todos os efeitos funcionais retroativos à data do afastamento do serviço público; quanto aos efeitos financeiros, entretanto, eles retroagem apenas à impetração, devendo a cobrança dos valores anteriores a ela ser realizada nas vias ordinárias. Nesse sentido:

Administrativo. Processual Civil. Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. Magistério estadual do Rio Grande do Sul. Promoção na carreira. Pagamento de diferenças remuneratórias. Retroatividade. Impossibilidade. Súmulas n. 269 e 271-STF. Agravo regimental desprovido.

1. A Primeira Turma, no julgamento do RMS n. 40.065-RS, na sessão de 21.5.2013, Rel. Min. *Benedito Gonçalves*, acórdão pendente de publicação, firmou compreensão no sentido de que os efeitos financeiros, quando da concessão da segurança, devem retroagir à data de sua impetração, sendo inviável a cobrança de valores pretéritos no mesmo mandamus, conforme disposto no art. 14, § 4º, da Lei n. 12.016/2009 e Súmulas n. 269/271-STF.

2. Agravo regimental desprovido, ressalvando-se o acesso à via ordinária, se for o caso. (AgRg no RMS n. 40.369-RS, minha relatoria, Primeira Turma, DJe 21.6.2013)

Administrativo. Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. Servidor público estadual. Magistério. Promoção na carreira publicada no Diário Oficial de 14 de setembro de 2011. Retroação dos efeitos das promoções relativas ao ano de 2002. Efeitos financeiros. Impossibilidade. Incidência das Súmulas n. 269 e 271 do STF.

1. A Primeira Turma, ao analisar caso idêntico ao dos autos, cujo precedente é de minha relatoria, já se manifestou no sentido de que “os efeitos financeiros, quando da concessão da segurança, devem retroagir à data de sua impetração, sendo inviável a cobrança de valores pretéritos no mesmo *mandamus*, nos termos do art. 14, § 4º, da Lei n. 12.016/2009” (RMS n. 40.065-RS, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, Primeira Turma, DJe 5.6.2013).

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS n. 40.100-RS, Rel. Min. *Benedito Gonçalves*, Primeira Turma, DJe 26.6.2013)

Ante o exposto, *concedo a segurança* a fim de reconhecer a nulidade da pena de demissão aplicada ao Impetrante e determinar à Autoridade Impetrada que proceda a imediata reintegração do servidor, com todos os efeitos funcionais retroativos à data do afastamento do serviço público. Quanto aos efeitos financeiros, deverão eles retroagir à data da impetração, nos termos das Súmulas n. 269 e 271-STF, reservando-se às vias ordinárias a cobrança das diferenças remuneratórias anteriores à impetração. É o voto.

---

**MANDADO DE SEGURANÇA N. 17.811-DF (2011/0274288-1)**

---

Relator: Ministro Humberto Martins  
Impetrante: Aldo Pinheiro da Fonseca  
Advogado: Luiz Cesar Barbosa Lopes e outro(s)  
Impetrado: Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia  
Interessado: União

---

**EMENTA**

Constitucional e Administrativo. Destituição de cargo em comissão. Imputação de valimento do cargo em detrimento da dignidade da função pública.

1. O mandado de segurança investe contra ato administrativo que aplicou a pena de destituição de cargo em comissão por intermédio de procedimento administrativo disciplinar.

2. Ao impetrante foi imputado o valimento do cargo público para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, nos termos do art. 117, IX, da Lei n. 8.112/1990, porque, exercendo o cargo em comissão de Coordenador-Geral de Apoio Técnico, indicou para contratação irmão, nora, genro e sobrinhos.

3. O valimento do cargo público foi constatado pela Controladoria-Geral da União, quando da investigação preliminar, e pela Comissão que conduziu o procedimento administrativo disciplinar.

4. O art. 168 da Lei n. 8.112/1990 permite que a autoridade julgadora contrarie as conclusões da comissão processante, desde que o faça com a devida motivação, para retificação do julgamento em atenção aos fatos e provas. Precedentes: MS n. 15.826-DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 22.5.2013, DJe 31.5.2013; MS n. 16.174-DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 17.2.2012.

5. A existência de dano ao erário é desinfluyente para a caracterização do valimento do cargo para obtenção de vantagem pessoal ou de outrem (MS n. 14.621-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 30.6.2010).

6. Os antecedentes funcionais do impetrante não são suficientes para impedir a aplicação da penalidade porque “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).

Segurança denegada.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça “A Seção, por unanimidade, denegou a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Eliana Calmon e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

---

DJe 2.8.2013

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de mandado de segurança impetrado por *Aldo Pinheiro da Fonseca* contra ato praticado pelo *Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia*, consubstanciado em sua destituição do cargo em comissão de Coordenador-Geral de Apoio Técnico, Código DAS 101.4, da Assessoria de Coordenação dos Fundos Setoriais - ASCOF da Secretaria Executiva do respectivo Ministério.

O impetrante investe contra os termos da Portaria n. 617, de 9 de agosto de 2011, que o destituiu do cargo comissionado de Coordenador-Geral de apoio técnico “sem fundamento plausível e em detrimento do que preceitua o art. 128 da Lei n. 8.112/1990, haja vista restar patente a carência de fundamentação da decisão da autoridade impetrada” (fl. 4, e-STJ).

Eis o teor do ato reputado coator (fl. 169, e-STJ):

*Portaria n. 617 de 9 de agosto de 2011*

O Ministro de Estado da Ciência, Tecnologia e Inovação, no uso da competência que lhe foi delegada pelo inciso I do art. 1º do Decreto n. 3.035, de 27.4.1999, de acordo com os artigos 117, inciso IX, 132, XIII, combinado com os artigos 135 e 137, *caput*, e art. 168, da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e tendo em vista o que consta do Processo Administrativo Disciplinar n. 01200.004030/2010-81, do Ministério da Ciência e Tecnologia, resolve

*Destituir* do cargo em comissão de Coordenador-Geral de Apoio Técnico, Código DAS 101.4, da Assessoria de Coordenação dos Fundos Setoriais - ASCOF da Secretaria Executiva, deste Ministério, o servidor *Aldo Pinheiro da Fonseca*, matrícula SIAPE n. 7041058, por se valer do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, observando-se, em consequência, o disposto no art. 137, *caput*, da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Relata o impetrante que foi instaurado procedimento administrativo disciplinar para apurar infrações relacionadas à “celebração e à execução dos convênios SIAFI n. 522769 e 562409 firmados entre a Financiadora de Estudos e Projetos - FINEP e a Associação Brasileira das Instituições de Pesquisas Tecnológica - ABIPTI para fins de suporte à Assessoria de Coordenação de Fundos Setoriais - ASCOF” (fl. 9, e-STJ).

Argui o impetrante que, “após a realização de atos instrutórios, a comissão de processo administrativo entendeu por bem indiciar o Impetrante por entender presente a violação do Art. 117, IX da Lei n. 8.112/1990, sob o argumento de ter sido comprovado nos autos do PAD que o Impetrante valeu-se do cargo para indicar parentes seus para serem contratados no âmbito dos convênios objeto, conforme se abstrai do termo de indiciamento” (fl. 9, e-STJ).

Concluídos os trabalhos, a referida Comissão processante sugeriu a aplicação da penalidade de advertência, por não ter havido comprovação de dano ao erário e, ainda, de que as pessoas contratadas, embora indicadas pelo impetrante, desempenharam suas atribuições a contento. Contudo, a autoridade coatora, valendo-se da faculdade conferida pelo art. 168, parágrafo único, da Lei n. 8.112/1990, não acatou tal conclusão e decidiu pela destituição do impetrante do cargo em comissão.

Para o impetrante, a penalidade aplicada pela autoridade coatora violou o art. 128 da Lei n. 8.112/1990 porque em nenhum momento fez constar na fundamentação do ato administrativo a natureza e gravidade da infração

cometida e muito menos os danos causados ao serviço público, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os seus antecedentes funcionais.

Considera que essa omissão macula o ato coator porque malferem os postulados da legalidade, moralidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade e impessoalidade, haja vista que “tanto a autoridade que determinou a instauração do PAD, quando a autoridade coatora, não indicou qual a conduta praticada pelo impetrante que se amoldasse ao que preceitua o inciso IX do Art. 117 da Lei n. 8.112/1990” (fl. 12, e-STJ).

Aduz ainda que a Comissão constatou que não houve nenhum proveito pecuniário ao impetrante, não houve dano ao erário e os contratados desempenharam suas atribuições com eficiência. Esses fatos não teriam sido levados em consideração pela autoridade coatora, que teria, ao aplicar a pena combatida, praticado nítida arbitrariedade, à margem da legalidade.

Sustenta também a ausência de ilicitude da conduta. Quando muito, admite mera irregularidade desprovida de tipicidade para a aplicação de tão drástica penalidade. Sustenta ademais que “a Súmula Vinculante n. 13, editada pelo Supremo Tribunal Federal e que tratou da questão do nepotismo na administração pública direta ou indireta não dispôs sobre proibição de servidor público informar ou até mesmo indicar funcionário para ser contratado por entidade privada” (fl. 29, e-STJ).

Por derradeiro, menciona que o ato administrativo que culminou com a destituição do impetrante do cargo em comissão está desprovido de motivação porque “a ilustre autoridade coatora, sem qualquer fundamentação e com afronta ao preceito constante do Art. 128 da Lei n. 8.112/1990, entendeu por bem não acatar a proposta da comissão processante e aplicar ao Impetrante a penalidade de destituição do cargo” (fls. 37-38, e-STJ).

Pediu a concessão de medida liminar para obter a suspensão dos efeitos do ato coator. Quanto ao mérito, pleiteou a declaração de nulidade do ato coator e, por outro lado, a declaração de validade do pedido de dispensa da função que efetuou em 25.7.2011.

A medida liminar foi indeferida nos termos da seguinte ementa (fl. 294, e-STJ):

*Direito Processual e Administrativo. Mandado de segurança. Apuração de responsabilidade feita por intermédio de processo administrativo disciplinar. Destituição de cargo em comissão. Inexistências do fumus boni iuris e do periculum in mora. Liminar negada.*

Prestadas as informações (fls. 306-383, e-STJ), defendeu a autoridade coatora o seguinte:

(a) a legalidade do ato coator porque “fundamentado em decisão devidamente motivada e baseada em escoreito PAD, que lhe garantiu ampla defesa e contraditório, não havendo, por conseguinte, violação de direito líquido do autor” (fl. 308, e-STJ);

(b) o impetrante “valeu-se do cargo de Coordenador-Geral de Apoio Técnico da ASCOF em proveito próprio e para beneficiar terceiros, pois viabilizou a admissão e manutenção de seu irmão, sua nora, um genro, dois sobrinhos e outras pessoas em contrato de prestação de serviços terceirizados realizado pelo MCTI com a empresa Enhanced Value Soluções e Softwares (EVSS) e, após, com a empresa Visual Locação Serviço Construção Civil e Mineração Ltda (VISUAL), ambos decorrentes de convênio celebrado entre o MCTI e a Associação Brasileira das Instituições de Pesquisa Tecnológica (ABIPTI)” (fl. 308, e-STJ);

(c) “a decisão de destituir o impetrante do cargo comissionado que ocupava nessa Pasta (fls. 88-89) embasou-se no próprio relatório do Colegiado, em Parecer da Consultoria Jurídica do MCTI, no interrogatório do acusado e em outros documentos existentes no PAD, notadamente os emitidos pela Controladoria-Geral da União (CGU) e pelo Ministério Público Federal (MPF), que foram suficientes, para justificar a aplicação da pena capital ao ora impetrante” (fl. 308, e-STJ);

(d) o MPF moveu ação de improbidade administrativa contra o impetrante perante a 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, tombada sob o número 2009.34.00.036868-3, por conta das indicações ilícitas de parentes e outras pessoas de seu relacionamento pessoal para possibilitar a contratação de todos no período de 2003 a 2008;

(e) o impetrante privilegiou interesses particulares e se valeu da sua graduada posição na Administração do MCTI em benefício próprio e de terceiros, em prejuízo do interesse público primário;

(f) os atos praticados pelo impetrante violaram o princípio da moralidade porque possibilitou que terceiros lograssem proveito pessoal em detrimento da dignidade da função pública;

(g) a aplicação da penalidade pela autoridade coatora não está adstrita à sugestão da Comissão que conduz o procedimento administrativo disciplinar,

pelo que pode aplicar outra penalidade, nos termos do art. 168 da Lei n. 8.112/1990;

(h) a Administração Pública, constatando a prática de infração, está vinculada à aplicação da penalidade, que, no caso, foi a destituição do cargo em comissão, porque o impetrante estava aposentado do cargo público.

O Ministério Público Federal, ouvido a respeito da controvérsia, opinou pela denegação da segurança (fls. 388-393, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Eis os fundamentos da Lei n. 8.112/1990 evocados pela autoridade coatora para aplicar a pena de destituição do cargo em comissão exercido pelo impetrante (fl. 169, e-STJ):

Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

(...)

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

(...)

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

(...)

Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.

(...)

Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

(...)

Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.

Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

Para o impetrante, esses fundamentos legais do ato coator não se sustentam porque:

(a) está desprovido de fundamentação, violando o art. 128 da Lei n. 8.112/1990 e malferindo ainda os postulados da legalidade, moralidade, motivação, rezoabilidade, proporcionalidade e impessoabilidade;

(b) não houve proveito pecuniário ao impetrante nem dano ao erário, e os contratados desempenharam as atividades para as quais foram designados;

(c) não há ilicitude na conduta, havendo, quando muito, mera irregularidade.

Em suma, são essas as alegações do impetrante que buscam desconstituir a pena aplicada pela autoridade coatora.

Analiso cada qual, *de per si*.

#### **(a) ausência de fundamentação do ato coator**

Não procede a alegação de que o ato coator está desprovido de fundamentação.

A Portaria n. 617, de 9 de agosto de 2011, menciona expressamente o conteúdo do Procedimento Administrativo Disciplinar n. 01200.004030/2010-81 como fundamento para a aplicação da penalidade de destituição do cargo em comissão.

Por sua vez, antes de expedir o ato indigitado coator, a autoridade coatora exarou circunstanciada decisão em que consigna expressamente o seguinte (fls. 171-172, e-STJ):

Sob o argumento de que a conduta do indiciado “não teria gerado qualquer prejuízo ao erário ou serviço público federal”, a Comissão propôs a aplicação da pena de advertência.

Ocorre, todavia, que a pena proposta pela Comissão contraria a prova por ela própria produzida nos autos, por isso, com fundamento no art. 168 da Lei n. 8.112/1990 e no entendimento contido no Parecer n. 251/2011, da Consultoria Jurídica, e nos Pareceres n. QG 149/98, QG-156/98, QG-176/98, QG-139/98, QG-141/98, QG-167/98, QG-177/98, QG-183/98, GM-03/2000 e GM-05/2000, da Advocacia-Geral da União, que possuem caráter vinculante para a Administração Pública (art. 40 da LC n. 73/1993), decido não acatar a proposta da Comissão de inflição da pena de advertência, mas aplicar ao servidor *Aldo Pinheiro da Fonseca* a pena de destituição do cargo em comissão de Coordenador-Geral de Apoio Técnico, Código DAS 101.4, da Secretaria-Executiva deste Ministério, prevista no art. 132, XIII, combinado com o art. 135 e 137, *caput*, da Lei n. 8.112/1990,

por violação ao disposto no inciso IX do art. 117 da mesma Lei, uma vez que o indiciado exerce cargo em comissão, sem vínculo efetivo por estar aposentado.

Publique-se este Despacho e a portaria, ora assinada, no Boletim de Pessoal e, em seguida, encaminhe-se o processo ao Coordenador do Sistema CGU - PAD neste Ministério, para fins do disposto nos arts. 3º e 4º, do Anexo aprovado pela Portaria-MCT n. 111/08.

O Ministério Público Federal, ao opinar sobre essa alegação do impetrante, foi enfático (fl. 390, e-STJ):

Assim, verifica-se que a alegação do impetrante de ausência de fundamentação da decisão que o destituiu do cargo em comissão que ocupava não prospera, eis que a autoridade impetrada divergiu, fundamentadamente, da conclusão da comissão processante quanto à penalidade a ser aplicada, considerando, segundo deflui da leitura do ato que o impetrante quer anular, a natureza e a gravidade do ato - o nepotismo - bem como a agravante de sua reiteração, contaminando os antecedentes funcionais do servidor.

A jurisprudência desta Corte considera que a autoridade coatora pode discordar das conclusões da Comissão processante, desde que devidamente fundamentada. Confira-se:

Constitucional. Administrativo. Processual Civil. Servidor público federal. Processo disciplinar. Demissão. Fiscalização de obras. Omissão no dever funcional. Prejuízo ao erário. Ministro de Estado do Controle e Transparência. Avocação. Possibilidade. Previsão legal. Modificação do julgamento pela autoridade. Possibilidade. Improbidade. Possível aplicação nos feitos disciplinares. Devido processo legal. Observado. Ausência de direito líquido e certo.

1. Designado para fiscalizar a execução de três obras de reforma e de ampliação da sede da repartição, o impetrante foi demitido do serviço público federal, após procedimento administrativo disciplinar, por se omitir na fiscalização e atestar a realização do serviço, causando ao erário prejuízo de elevada monta, porquanto diversos pagamentos foram realizados indevidamente.

2. A avocação do procedimento administrativo disciplinar pelo Ministério do Controle e da Transparência possui fundamento na Lei n. 10.683/2003 e no Decreto n. 5.480/2005, razão pela qual não há falar em malferimento do direito à ampla defesa. Precedentes: AgRg no MS n. 14.123-DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 25.5.2009; MS n. 14.534-DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 4.2.2010.

3. O art. 168 da Lei n. 8.112/1990 permite que a autoridade contrarie as conclusões da comissão processante, desde que o faça com a devida motivação, para retificação do julgamento em atenção aos fatos e provas. Precedente: MS n. 16.174-DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 17.2.2012.

4. A improbidade administrativa pode ser evocada pela Administração Pública federal como fundamento para aplicar a pena de demissão, não se exigindo que o Poder Judiciário se pronuncie previamente sobre a sua caracterização. Precedentes: MS n. 14.140-DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 8.11.2012; REsp n. 981.542-PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 9.12.2008.

5. Como demonstrado nos autos, a observância da garantia ao silêncio foi respeitada pela comissão processante, não se justificando, portanto, a alegação de violação ao devido processo legal.

6. Caracterizada a desídia do servidor público e, em razão disso, a ocorrência de prejuízo de elevada monta ao erário, mostra-se adequada a aplicação da pena de demissão, cuja previsão expressa está contemplada nos arts. 117, XV, e 132, XIII, da Lei n. 8.112/1990, do qual a autoridade não pode se afastar. Precedente.

Segurança denegada.

(MS n. 15.826-DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 22.5.2013, DJe 31.5.2013)

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Processo disciplinar. Relatório da comissão processante. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Infração capitulada como passível de demissão. Encaminhamento dos autos ao Ministro de Estado da Justiça. Ilegalidade. Inexistência. Mandado de segurança denegado.

1. Na esfera do Poder Executivo Federal, a competência para aplicar a pena de demissão é do Ministro de Estado a que se vincula o servidor indiciado, por força do que dispõe o art. 1º do Decreto n. 3.035/1999.

2. A mera remessa e o recebimento dos autos de processo administrativo disciplinar não é suficiente para embasar a impetração preventiva, eis que não se pode presumir que a autoridade ora impetrada haveria de praticar ato ilegal ou abusivo que poderia vulnerar direito líquido e certo do servidor ora impetrante.

3. Ademais, não há ilegalidade no ato da Corregedoria-Geral da Polícia Rodoviária Federal que, mesmo reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva, encaminhou os autos do processo disciplinar ao Ministro de Estado da Justiça, a quem compete julgá-lo, já que a infração atribuída ao impetrante é punida, em tese, com a pena de demissão.

4. A comissão que preside o inquérito administrativo não pode se sobrepor à autoridade julgadora, aplicando de imediato as conclusões propostas em seu relatório, ao reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, pois não ostenta função julgante.

5. A autoridade julgadora não está atrelada às conclusões propostas pela comissão, podendo delas discordar, motivadamente, quando o relatório contrariar a prova dos autos, nos termos do art. 168 da Lei n. 8.112/1990.

6. Mandado de segurança denegado.

(MS n. 16.174-DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 14.12.2011, DJe 17.2.2012)

Constato que, ao contrário do que defende o impetrante, o ato coator sobeja em fundamentos e motivos para aplicar a pena de demissão ao servidor público.

**(b) ausência de proveito pecuniário ao impetrante, inexistência de dano ao erário e realização dos serviços contratados**

O impetrante considera que a viabilização da contratação de terceiros (irmão, nora, genro, sobrinhos) não ocasionou prejuízo algum ao erário porque os contratados desempenharam suas atribuições com eficiência.

Não procede a alegação do impetrante.

Primeiro, um dos fundamentos utilizados pela autoridade coatora para a aplicação da penalidade recai no art. 117, IX, da Lei n. 8.112/1990, que proíbe o servidor público de *valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública*. O dispositivo claramente não elege o dano ao erário como razão suficiente para estabelecer referida proibição ao servidor público, como pretende o impetrante.

Além disso, considero desnecessária a constatação de eventual prejuízo porque, como já decidiu esta Corte, “o ilícito administrativo de valer-se do cargo para obter para si vantagem pessoal em detrimento da dignidade da função pública, nos termos do art. 117, IX da Lei n. 8.112/1990 é de natureza formal, de sorte que é desinfluyente, para sua configuração, que os valores tenham sido posteriormente restituídos aos cofres públicos após a indicição do impetrante; a norma penaliza o desvio de conduta do agente, o que independe dos resultados” (MS n. 14.621-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 30.6.2010).

Segundo, a Controladoria-Geral da União, por intermédio de investigação preliminar, concluiu que o impetrante realmente valeu-se do cargo para indicar irmão, nora, genro e sobrinhos para executar serviços pagos pelo erário. Se não, veja-se (fl. 367, e-STJ):

148. Diante de todo o exposto, há indícios de que várias pessoas foram contratadas, com recursos dos convênios, sem a devida impessoalidade no

processo de seleção, bem como de que algumas dessas pessoas podem ter desempenhado atividades estranhas ao objeto do convênio. *Tais contratações teriam sido realizadas por determinação do coordenador da SETEF/ASCOF à época, senhor Aldo Pinheiro da Fonseca, cuja conduta e enquadramento legal correspondente serão objeto de detalhamento no tópico IV deste Relatório Final.*

Terceiro, embora o impetrante tenha negado em depoimento a indicação de parentes para serem contratados, a Controladoria-Geral da União constatou o oposto, como se infere da seguinte passagem (fl. 364, e-STJ):

137. Ao realizar fiscalização nos Convênios n. 10.05.0027.00 e 01.06.0325.00, a SFC/CGU constatou que "(...) 41 (quarenta e uma) pessoas foram contratadas [no Convênio n. 01.06.0325.00] em decorrência de ofícios expedidos pelo Coordenador da Secretaria Técnica dos Fundos Setoriais [Aldo Pinheiro da Fonseca] à ABIPTI, constando o nome da pessoa a ser contratada, bem como o salário a ser pago" (fl. 8, grifo nosso).

Ressai evidente a participação direta do impetrante no processo de escolha das pessoas que deveriam ser contratadas por empresas remuneradas com verba pública, embora tenha ele negado tal fato, como se infere da fl. 111, e-STJ.

Quarto, considero que essa conduta do impetrante amolda-se ao nepotismo, afrontando a moralidade e a impessoalidade da Administração Pública.

Nesse sentido, precedentes desta Corte:

Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Nepotismo. Violação a princípios da Administração Pública. Ofensa ao art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Desnecessidade de dano material ao erário.

1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em razão da nomeação da mulher do Presidente da Câmara de Vereadores, para ocupar cargo de assessora parlamentar desse da mesma Câmara Municipal.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o ato de improbidade por lesão aos princípios administrativos (art. 11 da Lei n. 8.249/1992), independe de dano ou lesão material ao erário.

3. Hipótese em que o Tribunal de Justiça, não obstante reconheça textualmente a ocorrência de ato de nepotismo, conclui pela inexistência de improbidade administrativa, sob o argumento de que os serviços foram prestados com "dedicação e eficiência".

4. O Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12-DF, ajuizada em defesa do ato normativo do Conselho

*Nacional de Justiça (Resolução n. 7/2005), se pronunciou expressamente no sentido de que o nepotismo afronta a moralidade e a impessoalidade da Administração Pública.*

5. O fato de a Resolução n. 7/2005 - CNJ restringir-se objetivamente ao âmbito do Poder Judiciário, não impede – e nem deveria – que toda a Administração Pública respeite os mesmos princípios constitucionais norteadores (moralidade e impessoalidade) da formulação desse ato normativo.

6. A prática de nepotismo encerra grave ofensa aos princípios da Administração Pública e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei n. 8.429/1992.

7. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.009.926-SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.12.2009, DJe 10.2.2010)

Processual Civil e Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Nepotismo. Princípio da moralidade administrativa. Princípio da impessoalidade. Violação dos princípios do contraditório e da ampla-defesa. Inexistência. Manutenção da pena de censura aplicada a Juiz de Direito por nomear o pai de sua companheira para o múnus de perito. Art. 41 da Loman. Art. 125, I e III do CPC.

1. Hipótese em que Juiz de Direito impetrou, na origem, Mandado de Segurança, objetivando invalidar a pena de censura que lhe foi aplicada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por ter nomeado o pai de sua companheira para oficial em diversas perícias médicas em processos de sua responsabilidade, na Vara onde é Titular.

2. A sindicância administrativa prescinde da observância ampla dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, anterior e preparatório à acusação e ao processo administrativo disciplinar, ainda sem a presença obrigatória do investigado.

3. Inexiste nulidade sem prejuízo. Se é assim no processo penal, com maior razão no âmbito administrativo.

4. Na arguição de nulidade, a parte deve indicar claramente o prejuízo que sofreu, bem como a vinculação entre o ato ou omissão impugnados e a ofensa à apuração da verdade substancial, daí decorrendo inequívoco reflexo na decisão da causa (CPP, art. 566). Além disso, cabe observar que, como regra geral, as nulidades consideram-se sanadas se não arguidas em tempo oportuno, por inércia do prejudicado.

5. Juízes auxiliares podem participar da fase instrutória, desde que norma do Tribunal preveja expressamente a possibilidade de o Relator ou o Presidente da Corte Julgadora (*in casu*, o Corregedor-Geral de Justiça) designar Magistrado de categoria igual ou superior à do interessado.

6. É certo que a Loman dispõe que o magistrado não pode ser punido ou prejudicado “pelo teor das decisões que proferir” (art. 41), mas implícita nessa norma está a exigência de que essas mesmas decisões não infrinjam os valores primordiais da ordem jurídica e os deveres de conduta impostos ao juiz com o desiderato de assegurar a sua imparcialidade.

7. A Loman não se presta a acobertar, legitimar ou proteger atos judiciais que violem o princípio da moralidade administrativa, o princípio da impessoalidade ou as regras de boa conduta que se esperam do juiz.

8. A independência dos juízes não pode transmudar-se em privilégio para a prática de atos imorais. A garantia é conferida ao Poder Judiciário como instituição, em favor da coletividade, e deve ser por ele mesmo fiscalizada.

9. O fato de os despachos saneadores que nomearam o pai da companheira do recorrente serem de natureza judicial e, na hipótese, não terem recebido impugnação por recurso, em nada impede a abertura de processo disciplinar e, ao final, a punição do infrator.

10. *O nepotismo e o compadrio são práticas violadoras dos mais comezinhos fundamentos do Estado Democrático de Direito e, por isso mesmo, exigíveis não só do Executivo e do Legislativo, mas, com maior razão, também do Judiciário.*

11. É aberrante a nomeação, pelo juiz, de parente, cônjuge, consanguíneo ou afim, bem como de amigo íntimo, como perito do juízo, comportamento esse que macula a imagem do Poder Judiciário, corrói a sua credibilidade social e viola frontalmente os deveres de “assegurar às partes igualdade de tratamento” e “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça” (CPC, art. 125, I e III).

12. Nos termos da Constituição Federal, a união estável é reconhecida como unidade familiar (art. 226, § 3º).

13. Recurso Ordinário não provido.

(RMS n. 15.316-SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1º.9.2009, DJe 30.9.2009)

Quinto e último, fere a moralidade administrativa e até o senso comum médio imaginar que a Administração Pública possa ser transformada em *negócio de família*, como, aliás, adverte Emerson Garcia (Improbidade Administrativa, 4ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 401-407).

### **(c) alegação de ausência de ilicitude**

Registro ainda que não se pode defender, como de fato defende a inicial, a ausência de ilicitude, porque o nepotismo acarreta ofensa grave aos postulados da Administração Pública. Como decidiu o STF, “A vedação do nepotismo

não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal” (Rcl n. 6.702 MC-AgR-PR, relator Min. *Ricardo Lewandowski*).

Por derradeiro, os antecedentes funcionais do impetrante não são suficientes para impedir a aplicação da penalidade porque “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.

Não identifico o direito líquido e certo evocado pelo impetrante.

Ante o exposto, denego a segurança.

É como penso. É como voto.

---

### **MANDADO DE SEGURANÇA N. 19.827-DF (2013/0051873-2)**

---

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Impetrante: Romildo Antonio Ribeiro

Advogado: Rarisio Rodrigues Pereira

Impetrado: Ministro de Estado da Justiça

Interessado: União

---

#### **EMENTA**

Mandado de segurança. Anistia. Ato de revisão da portaria concessória. Possibilidade. Inexistência de direito líquido e certo. Denegação da ordem.

1. A redação do art. 53 da Lei n. 9.784/1999 não proíbe – antes, impõe – à administração o dever de rever seus próprios atos. Logo, nula

seria uma eventual decisão no sentido de cercear a legítima atividade administrativa revisora, nas hipóteses – como a ora examinada – em que não existe um ato concreto capaz de causar efetiva lesão a direito adquirido.

2. O direito sujeito à decadência, por força do que dispõe essa norma, é o de anulação de atos dos quais decorram efeitos favoráveis para os administrados de boa fé, mas não o direito-dever de instaurar o procedimento administrativo de revisão que, acaso obstado, impediria até mesmo a eventual comprovação da má-fé a que se refere o artigo 54 da Lei n. 9.784/1999.

3. Não há direito líquido e certo, a ser protegido pela via mandamental, o que afasta, de imediato, a incidência do art. 1º da Lei n. 12.016/2009, impondo-se, em decorrência, a denegação da segurança.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Eliana Calmon, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de agosto de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

---

DJe 3.9.2013

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Romildo Antônio Ribeiro, militar reformado, apontando como autoridade coatora o Ministro de Estado da Justiça e como ato coator o Despacho n. 2.251, publicado no DOU de 19.12.2012, que autorizou a abertura de processo administrativo de anulação da Portaria MJ n. 1.784, de 29 de setembro de 2006, instrumento este pelo qual lhe foi reconhecida a qualidade de anistiado político.

Alega, em síntese, a impossibilidade de instauração de qualquer procedimento tendente à anulação da portaria de concessão da anistia, pois alcançada pela decadência de que trata o artigo 54 da Lei n. 9.784/1999.

Requeru o benefício da assistência judiciária gratuita e, ainda, a concessão de liminar para garantir a manutenção da prestação mensal continuada, por seu caráter alimentar.

O pedido de gratuidade foi deferido pela presidência (fl. 39) e a liminar indeferida, nos termos da decisão às fls. 56.

O Ministério Público Federal, pelo parecer de fls. 874 a 876, manifestou-se pela denegação da segurança.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): A pretensão ora veiculada, matéria muitas vezes já debatida nesta Primeira Seção, não comporta acolhimento, pois não configurado, na espécie, o direito líquido e certo que a via mandamental requer.

A propósito:

Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança. Anistia política. Portaria Interministerial MJ/AGU n. 134/2011. Revisão dos atos de anistia. Súmula n. 266-STF. Fato superveniente. Alteração do pedido e causa de pedir. Impossibilidade. Precedentes da Primeira Seção.

1. A Primeira Seção firmou entendimento de que a revisão determinada pela Portaria Interministerial MJ-AGU n. 134/2011, por consubstanciar-se em simples fase de estudos acerca de eventuais irregularidades nas concessões das anistias com base na Portaria n. 1.104/GM3/1964, não afeta a esfera individual de direitos dos impetrantes. Incidência, por analogia, da Súmula n. 266-STF.

2. Hipótese em que a impetração se dirige contra a própria autorização do Ministro de Estado da Justiça de que fosse instaurado processo de anulação da anistia, mediante o Grupo de Trabalho Interministerial criado pela Portaria MJ-AGU n. 134/2011.

[...]

5. Agravo regimental da União contra decisão concessiva da liminar prejudicado.

6. Mandado de segurança denegado.

(MS n. 17.639-ES, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 5.11.2012)

Na mesma linha, veja-se também o *MS n. 8.691-DF*, DJe de 7.12.2009, da relatoria do Ministro Mauro Campbel Marques, aprovado à unanimidade dos votos da Primeira Seção.

Ademais, a redação do art. 53 da Lei n. 9.784/1999, na verdade, não proíbe – antes, impõe – à administração o dever de rever seus próprios atos.

Logo, nula seria uma eventual decisão no sentido de cercear a legítima atividade administrativa revisora, nas hipóteses – como a ora examinada – em que não existe um ato concreto capaz de causar efetiva lesão a direito adquirido.

Por sua vez, o art. 54 da referida norma – dispositivo invocado para fundamentar a tese de impossibilidade de revisão do ato anistiador – encontra-se assim redigido:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Tem-se, daí, que o direito sujeito à decadência, por força do que dispõe essa norma, é o de *anulação* de atos dos quais decorram efeitos favoráveis para os administrados de boa fé, mas não o direito-dever de instaurar o procedimento administrativo de revisão que, acaso obstado, impediria até mesmo a eventual comprovação da má-fé a que se refere o mencionado artigo.

Em tempo, registro que questão idêntica foi recentemente submetida ao exame da Primeira Seção desta Corte, restando o acórdão, unânime, assim ementado:

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Anistia política. Despacho que, com base na Portaria Interministerial n. 134/2011, autoriza instauração de procedimento tendente a rever as anistias concedidas com amparo na Portaria n. 1.104/64. Ausência de ameaça de lesão a direito. Manifestação do poder de autotutela.

1. A impetração insurge-se contra despacho do Ministro de Estado da Justiça que, com base na Portaria Interministerial n. 134, de 15.2.2011, determinou instauração de procedimento de revisão de anistias concedidas com fulcro na Portaria GM3 n. 1.104/64.

2. A Portaria Interministerial n. 134/2011 limita-se a: a) determinar que se proceda à revisão das anistias concedidas com fulcro na Portaria n. 1.104-GM3/1964 (art. 1º); b) instituir Grupo de Trabalho para promover a averiguação individual das anistias sujeitas à revisão (art. 2º) - o qual funcionará na Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça (art. 6º) -, conferindo-lhe competência para

deflagrar procedimento contraditório e decidir sobre as questões de mérito relativas às suas atribuições (art. 7º); e c) indicar que, após a revisão, será aberto novo procedimento para anulação das portarias concessivas de anistia, nos casos em que se verificar que o afastamento das Forças Armadas não decorreu de perseguição política (art. 5º).

3. Para que, eventualmente, seja anulada a portaria que concedeu a anistia, será necessário instalar procedimento próprio, conforme o art. 5º da Portaria Interministerial n. 134/2011.

4. Nesse contexto, fica claro que o despacho emitido pela autoridade impetrada, por si, é incapaz de atingir diretamente qualquer direito. Não há sequer ameaça de cassação de anistia ou suspensão dos pagamentos da reparação mensal.

5. Ademais, o reexame das anistias concedidas constitui legítima manifestação do poder de autotutela da Administração, consubstanciado no direito de rever seus próprios atos. Saliente-se novamente que a própria Portaria Interministerial n. 134 evidencia que, tanto na revisão como em eventual procedimento de cassação das anistias, haverá oportunidade de manifestação dos interessados, permitindo o contraditório e a ampla defesa.

6. A Primeira Seção firmou entendimento de que “a análise da tese de decadência administrativa somente terá relevância naquelas hipóteses em que, após realizada a primeira fase de estudos, a Administração vier a instaurar os processos de cassação previstos no art. 5º da Portaria Interministerial n. 134, de 15.2.2011, mormente se considerado que apenas após realizados tais estudos será possível aferir a possibilidade de aplicação da primeira parte do art. 54 da Lei n. 9.784/1999, ou, até mesmo, eventualmente, a exceção prevista em sua parte final, que afasta a decadência nas hipóteses de ‘comprovada má-fé’” (AgRg no MS n. 16.219-DF).

7. Posição adotada pela Primeira Seção do STJ, em 8.6.2011, no julgamento dos Mandados de Segurança n. 16.425-DF e 16.543-DF, de relatoria do e. Min. Arnaldo Esteves Lima.

8. Mandado de Segurança denegado.

(MS n. 17.576-DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 1º.2.2013)

Não há, pois, direito líquido e certo, a ser protegido pela via mandamental, o que afasta, de imediato, a incidência do art. 1º da Lei n. 12.016/2009, impondo-se, em decorrência, a *denegação* da segurança.

Sem honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n. 12.016/2009 e Súmula n. 105-STJ.

Recolhimento das custas, pelo impetrante, dispensado em função da concessão do benefício da assistência judiciária (art. 3º, II, da Lei n. 1.060/1950).

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.217.234-PB (2010/0181699-2)**

---

Relator: Ministro Ari Pargendler

Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama

Procurador: André de Souza Melo Teixeira e outro(s)

Recorrido: Município de Pitimbu

Advogado: Said Abel da Cunha

Recorrido: Maria Joserlane Dantas de Oliveira

Advogado: Sem representação nos Autos

---

**EMENTA**

Administrativo. Auto-executoriedade dos atos de polícia.

Os atos de polícia são executados pela própria autoridade administrativa, independentemente de autorização judicial.

Se, todavia, o ato de polícia tiver como objeto a demolição de uma casa habitada, a respectiva execução deve ser autorizada judicialmente e acompanhada por oficiais de justiça.

Recurso especial conhecido e provido.

---

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Decidiu, ainda, cancelar a submissão do recurso ao rito do art. 543-C do CPC, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Compareceu à sessão, o Dr. Cleiton Cursino Cruz, pelo recorrente.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2013 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

---

DJe 21.8.2013

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

*“Ação civil pública. Ambiental. Interesse de agir. Provimento em parte. I - O embargo de obra irregular por violação a norma ambiental, bem como a sua demolição, constitui sanção de natureza administrativa, cuja competência para sua aplicação é privativa da Administração, descabendo a sua substituição pelo Judiciário. II - Ainda que a demolição se cuidasse de prerrogativa inserida no campo da exigibilidade, seria necessária a sua aplicação em procedimento administrativo regular, o que não restou aqui demonstrado, para, em havendo resistência do particular, ser ativada a jurisdição para a sua execução. III - Diversamente, a imposição da obrigação de reparar possível dano ambiental se situa na alçada do Poder Judiciário. IV - Apelação provida em parte”* (e-stj, fl. 55).

Opostos embargos de declaração (e-stj, fl. 64-68), foram rejeitados (e-stj, fl. 110-115).

As razões do recurso especial dizem violado o art. 535 do Código de Processo Civil, o art. 150 do Código Penal e o art. 72, VIII, da Lei n. 9.605, de 1998 alegando “o interesse de agir do Ibama para ação civil pública e para o pedido de demolição nela formulado” (e-stj, fl. 128).

O Ministro Francisco Falcão decidiu submeter o presente recurso ao julgamento da Primeira Seção, como representativo da controvérsia, *in verbis*:

“Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no qual se discutiu acerca da auto-executoriedade de ato administrativo emanado pela autarquia ambiental que determina o embargo de obra irregular e sua respectiva demolição, a afastar a atuação do Judiciário” (e-stj, fl. 181).

Vieram-me os autos conclusos, por atribuição (e-stj, fl. 195).

O Ministério Público Federal na pessoa da Subprocuradora-Geral da República, Dra. Maria Caetana Cintra Santos, opinou pelo provimento do recurso (e-stj, fl. 188-194).

### VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): As noções de exequibilidade e de auto-executoriedade expostas na sentença e no acórdão estão de acordo com a melhor doutrina.

“A exequibilidade ou operatividade” - leciona Hely Lopes Meirelles - “é a possibilidade presente no ato administrativo de ser posto imediatamente em execução” (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, São Paulo, 35ª edição, p. 162).

“A auto-executoriedade” - segundo o mesmo jurista - “consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial.

Os autores mais modernos não se cansam de apontar esse atributo nos atos administrativos que o possuem. Entretanto, as nossas Administrações se mostram tímidas na sua utilização e a nossa Justiça, nem sempre atualizada com o Direito Público, em pronunciamentos felizmente raros, tem pretendido condicionar a execução de atos tipicamente auto-executórios a prévia apreciação judicial. Mas, em contraposição a esses julgados esporádicos e errôneos, firma-se cada vez mais a jurisprudência na boa doutrina, reconhecendo à Administração - especialmente quanto aos atos de polícia - o poder de executar direta e imediatamente seus atos imperativos, independentemente de pedido cominatório ou mandado judicial” (*op. cit.*, p. 164).

Essa crítica vale para os nossos dias tumultuados em que as autoridades administrativas aguardam decisão judicial para desfazer o bloqueio de estradas. Atos de polícia, como esse, não dependem de intervenção judicial.

*Quid*, como no caso, em que a demolição de uma casa edificada em área vedada legislação ambiental está habitada?

Para situações tais, o art. 112, § 3º, do Decreto n. 6.514, de 12 de julho de 2008, dispõe:

“Art. 112 - A demolição de obra, edificação ou construção não habitada e utilizada diretamente para a infração ambiental dar-se-á excepcionalmente no

ato da fiscalização nos casos em que se constatar que a ausência da demolição importa em iminente risco de agravamento do dano ambiental ou de graves riscos à saúde.

§ 3º - A demolição de que trata o *caput* não será realizada em edificações residenciais”.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para que a ação seja processada e julgada nos termos da petição inicial.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 1.369.832-SP (2013/0063165-9)**

---

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Advogado: Procuradoria-Geral Federal - PGF

Recorrido: Henrique Monte do Nascimento

Advogado: Jose Wagner Correia de Sampaio

---

#### **EMENTA**

Previdenciário. Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Omissão do Tribunal *a quo*. Não ocorrência. Pensão por morte. Lei em vigor por ocasião do fato gerador. Observância. Súmula n. 340-STJ. Manutenção a filho maior de 21 anos e não inválido. Vedação legal. Recurso provido.

1. Não se verifica negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem examina a questão supostamente omitida “de forma criteriosa e percuciente, não havendo falar em provimento jurisdicional faltoso, senão em provimento jurisdicional que desampara a pretensão da embargante” (REsp n. 1.124.595-RS, Rel. Min. *Eliana Calmon*, Segunda Turma, DJe de 20.11.2009).

2. A concessão de benefício previdenciário rege-se pela norma vigente ao tempo em que o beneficiário preenchia as condições

exigidas para tanto. Inteligência da Súmula n. 340-STJ, segundo a qual “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

3. Caso em que o óbito dos instituidores da pensão ocorreu, respectivamente, em 23.12.1994 e 5.10.2001, durante a vigência do inc. I do art. 16 da Lei n. 8.213/1991, o qual, desde a sua redação original, admite, como dependentes, além do cônjuge ou companheiro (a), os filhos menores de 21 anos, os inválidos ou aqueles que tenham deficiência mental ou intelectual.

4. Não há falar em restabelecimento da pensão por morte ao beneficiário, maior de 21 anos e não inválido, diante da taxatividade da lei previdenciária, porquanto não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo. Precedentes.

5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Compareceu à sessão, a Dra. Karina Teixeira de Azevedo, pelo recorrente.

Brasília (DF), 12 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

---

DJe 7.8.2013

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial manifestado pelo *Instituto Nacional do Seguro Social - INSS*, com base no art.

105, III, a e c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim ementado (fls. 97-99e):

Previdenciário. Pensão por morte. Legislação aplicável. Presentes todos os requisitos. Consectários. Apelação da parte autora parcialmente conhecida e, na parte conhecida, provida.

- Não conhecida parte da apelação do autor em que requer a condenação do INSS à concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, por não se tratar do objeto da demanda.

- A legislação aplicada na concessão do benefício pensão por morte é aquela vigente na época do evento morte. Assim, a fruição da pensão por morte, em análise, tem como pressupostos a implementação de todos os requisitos previstos na legislação previdenciária para a concessão do benefício, quais sejam, a existência de um vínculo jurídico entre o segurado mantenedor do dependente e a instituição previdenciária, a dependência econômica entre a pessoa beneficiária e o segurado e a morte do segurado.

- Neste caso, versam os autos acerca de estudante universitário que percebia os benefícios de pensão por morte em razão do falecimento de seus genitores, havendo sido estes cancelados por ter alcançado a maioridade. Com efeito, a Lei Previdenciária não prevê a manutenção do benefício de pensão por morte para aqueles que completam 21 anos de idade, à exceção para os que são inválidos (Lei n. 8.213/1991, art. 77, § 2º). No entanto, entendo que ao decidir a demanda posta em Juízo, o julgador não deve se ater tão-somente à interpretação literal da lei, mas, antes de tudo, deve buscar a sua aplicação de forma que possa atender às aspirações da Justiça e do bem comum, atendendo aos fins sociais a que ela se dirige.

- Por fim, se por um lado a maioridade civil implica na habilitação do indivíduo para a prática de todos os atos da vida civil, ela não implica, de outra parte e necessariamente, na sua independência no âmbito econômico, sendo certo que, na grande maioria dos casos, os filhos permanecem economicamente dependentes dos pais quando alcançam a maioridade e estão cursando, com *in casu*, o curso universitário. Destarte, suspender o benefício de pensão por morte neste momento, para se ater tão-somente à interpretação literal, da lei, não se coaduna com os princípios constitucionais que resguardam o direito à educação.

Assim, entendo que o filho de segurado da Previdência Social faz jus à pensão por morte até os 24 anos de idade, desde que comprovados o ingresso em universidade à época em que completou a maioridade e a dependência econômica.

- Restou comprovado que o autor era filho de Sinval do Nascimento e de Cássia Helena Monte do Nascimento, consoante certidão de nascimento. E sua condição de estudante universitário restou amplamente demonstrada pelo demonstrativo de pagamento de mensalidade da universidade e pelo atestado emitido pela instituição de ensino, pelo que se verifica que o autor deixou o curso em 31.12.2004.

- Do extrato trimestral de benefício e da consulta ao Sistema CNIS, verifica-se que o autor recebeu os benefícios de pensão por morte - NB 0683702467 (a partir de 23.12.1994) e NB 1213248156 (a partir de 5.10.2001). Destarte, restou comprovado que os falecidos, no tempo de seu óbito, possuíam qualidade de segurado.

- Quanto ao termo inicial do benefício, fixo-o na data em que foi cessado indevidamente (9.7.2003), e determino, quanto ao termo final do benefício, que ele será devido apenas até o momento em que o autor comprovou estar devidamente matriculado em curso universitário (31.12.2004).

- A correção monetária das parcelas vencidas se dará, nos termos da legislação previdenciária, das Súmulas n. 8 desta Corte e 148 do C. STJ, bem como da Resolução n. 561/2007 do Conselho da Justiça Federal, da data em que se tomou devido o benefício.

- Os juros de mora são devidos no percentual de 1% ao mês, a partir da citação, na forma do art. 406 da Lei n. 10.406/2002 - Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença, conforme orientação desta Turma e observando-se os termos dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC e o disposto na Súmula n. 111 do C. Superior Tribunal de Justiça.

- Apelação da parte autora parcialmente conhecida e, na parte conhecida, provida.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 109-115e).

Sustenta o recorrente, em preliminar, afronta ao art. 535 do CPC, na medida em que os embargos de declaração objetivavam o esclarecimento acerca dos dispositivos legais infra.

No mérito, alega violação aos arts. 16, I, e 77, § 2º, II, ambos da Lei n. 8.213/1991, e 4º e 5º do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (LINDB), por considerar indevida a manutenção de pensão por morte a filho maior de 21 anos e não inválido. Aduz, ainda, que “não há lacuna no sistema normativo a permitir a aplicação de quaisquer das formas de integração da norma” (fl. 122e). Por fim, em reforço de sua tese, aponta dissídio jurisprudencial com o REsp n. 639.487-RS.

Sem contrarrazões (fl. 177e).

Embora tenha sido dada vista ao Ministério Público Federal, a Coordenadoria da Primeira Seção certifica que não houve apresentação de parecer (fl. 197e).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Narram os autos que o recorrido ajuizou ação ordinária em 14.7.2003, postulando o restabelecimento de seus benefícios de pensão por morte, deferidos em 23.12.1994 e 5.10.2001, respectivamente pelo falecimento de seu pai e de sua mãe, cessados em 9.7.2003 devido ao implemento de seus 21 anos de idade.

Sustentou, na exordial, que, por não exercer atividade remunerada, e diante da sua condição de órfão e estudante universitário, faz jus ao benefício até completar seus estudos. Contudo, o pedido foi julgado improcedente, ante a falta a vedação legal prevista no art. 16 da Lei n. 8.213/1991.

Em grau de apelação, a sentença foi reformada sob o fundamento de que, embora na lei previdenciária não haja previsão de continuidade do benefício para os não inválidos que completam 21 anos de idade, a decisão deve ser norteada pelo princípio da razoabilidade. E, dessa forma, considerou razoável o limite de 24 anos para a percepção da pensão, de forma a permitir a conclusão do nível superior.

Irresignada, a autarquia insurge-se neste recurso especial, defendendo que, em momento algum a Lei n. 8.213/1991 excepciona o estudante universitário para prorrogação da idade máxima fixada para o recebimento de pensão por morte.

No tocante à apontada omissão, razão não assiste ao recorrente.

Verifica-se que “o Tribunal de origem examinou a questão supostamente omitida de forma criteriosa e percuciente, não havendo falar em provimento jurisdicional faltoso, senão em provimento jurisdicional que desampara a pretensão da embargante” (REsp n. 1.124.595-RS, Rel. Min. *Eliana Calmon*, Segunda Turma, DJe de 20.11.2009).

No mérito, entretanto, razão assiste ao recorrente.

É cediço que a concessão de benefício previdenciário rege-se pela norma vigente ao tempo em que o beneficiário preenchia as condições exigidas para tanto. Na esteira desse raciocínio, a Terceira Seção desta Corte fez editar a Súmula n. 340-STJ, segundo a qual “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

No caso concreto, como visto, o óbito dos instituidores da pensão ocorreu, respectivamente, em 23.12.1994 e 5.10.2001, durante a vigência do inc. I do

art. 16 da Lei n. 8.213/1991, o qual, desde a sua redação original, admite, como dependentes, além do cônjuge ou companheiro (a), os filhos *menores de 21 anos*, os inválidos ou aqueles que tenham deficiência mental ou intelectual.

Impende ressaltar, apenas a título de registro, que, na legislação anterior, a Consolidação das Leis da Previdência Social - CLPS, expedida pelo Decreto n. 89.312/1984, fazia distinção etária, garantindo a condição de dependente da filha, se solteira, até os 21 anos, enquanto ao filho, somente até os 18 anos, excetuada a invalidez.

A referida diferenciação foi corrigida a partir do advento da Constituição Federal, que, no § 6º do art. 227, determinou que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Dessa forma, a extinção da relação jurídica previdenciária ocorreu, consoante art. 77, II, da Lei n. 8.213/1991, com a maioria do recorrido. Nesse sentido, transcrevo o ensinamento de Raimundo Nonato Bezerra Cruz (*Pensão por Morte do Direito Positivo Brasileiro*, 1ª ed., São Paulo: Livraria Paulista, 2005, p. 133):

A perda da qualidade de dependente faz desaparecer o *status* de beneficiário e, via de consequência, perece seu direito a qualquer prestação. Temos, neste caso, a perda da vinculação que coloca o dependente fora da incidência da proteção social inerente aos benefícios. A qualidade jurídica de dependente é condição para integrar a relação jurídica de proteção para fazer jus ao benefício da pensão por morte.

Não há falar, portanto, em restabelecimento da pensão por morte ao beneficiário, maior de 21 anos e não inválido diante da taxatividade da lei previdenciária, porquanto não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo.

A propósito, confirmam-se os precedentes transcritos a seguir:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Fundamentos insuficientes para reformar a decisão agravada. Análise de ofensa a dispositivos constitucionais. Competência exclusiva do STF. Direito Previdenciário. Pensão por morte. Filho maior de 21 anos. Estudante universitário. Prorrogação do benefício até a idade de 24 anos. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Súmula n. 83 do STJ.

1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. A análise de suposta ofensa a dispositivos constitucionais compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso III, da Constituição da República, sendo defeso o seu exame em âmbito de recurso especial.

3. *A jurisprudência do STJ pacificou o entendimento de que a pensão por morte rege-se pela lei vigente à época do óbito do segurado. Na hipótese dos autos, o falecimento do pai do agravante ocorreu em 16.2.1997, na vigência da Lei n. 8.213/1991, que prevê em seu artigo 77, § 2º, inciso II, a cessação da pensão por morte ao filho, quando completar 21 anos de idade, salvo se for inválido.*

4. A perfeita harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência dominante desta Corte Superior impõe a aplicação, à hipótese dos autos, do Enunciado n. 83 da Súmula do STJ.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag n. 1.076.512-BA, Rel. Min. *Vasco Della Giustina* (Des. conv. TJ-RS), Sexta Turma, DJe 3.8.2011, grifo nosso)

Recurso especial. Previdenciário. Pensão por morte. Lei n. 8.213/1991. Idade limite. 21 anos. Estudante. Curso universitário.

A pensão pela morte do pai será devida até o limite de vinte e um anos de idade, salvo se inválido, não se podendo estender até os 24 anos para os estudantes universitários, pois não há amparo legal para tanto.

Recurso provido. (REsp n. 639.487-RS, Rel. Min. *José Arnaldo da Fonseca*, Quinta Turma, DJ 1º.2.2006)

Previdenciário e Processual Civil. Ofensa ao art. 535 do CPC. Inexistência. Pensão por morte. Dependente de segurado. Filha maior de 21 anos de idade. Perda da qualidade de beneficiária. Extinção do benefício. Caráter alimentar. Restituição. Impossibilidade. Recurso especial parcialmente provido.

1. O Tribunal *a quo*, ao analisar os embargos declaratórios do INSS, apreciou todas as questões relevantes para o deslinde da controvérsia. Ademais, não há confundir decisão contrária ao interesse da parte com a falta de pronunciamento do órgão julgador.

2. É cediço que a concessão de benefício previdenciário rege-se pela norma vigente ao tempo em que o beneficiário preenchia as condições exigidas para tanto. Na esteira desse raciocínio, vê-se que o fato gerador para a concessão da pensão por morte é o óbito do segurado, instituidor do benefício.

3. O art. 16 da Lei n. 8.213/1991, em sua redação original, não admite, como beneficiários, na condição de dependentes de segurado, indivíduos maiores de 21 anos e menores de 60 anos, exceto se comprovadamente inválidos.

4. Não há falar, portanto, em restabelecimento da pensão por morte à beneficiária, maior de 21 anos e não-inválida, uma vez que, diante da taxatividade

do diploma legal citado, não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Parlamento.

5. A Terceira Seção desta Corte, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, firmou entendimento no sentido da impossibilidade da devolução, em razão do caráter alimentar dos proventos percebidos a título de benefício previdenciário. Aplica-se, *in casu*, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. (REsp n. 771.993-RS, de minha relatoria, Quinta Turma, DJ 23.10.2006)

Registro, ademais, que a pretensão de extensão da pensão devida a dependente de servidor público, de igual modo, já foi afastada na Corte Especial pelos mesmos fundamentos, *verbis*:

Administrativo. Mandado de segurança. Pensão temporária por morte da genitora. Termo final. Prorrogação. Ausência de previsão legal.

1. A Lei n. 8.112/1990 prevê, de forma taxativa, quem são os beneficiários da pensão temporária por morte de servidor público civil, não reconhecendo o benefício a dependente maior de 21 anos, salvo no caso de invalidez. Assim, a ausência de previsão normativa, aliada à jurisprudência em sentido contrário, levam à ausência de direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante, estudante universitário, de estender a concessão do benefício até 24 anos. Precedentes: (v.g., REsp n. 639.487-RS, 5ª T., Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 1º.2.2006; RMS n. 10.261-DF, 5ª T., Min. Felix Fischer, DJ 10.4.2000).

2. Segurança denegada. (MS n. 12.982-DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 31.3.2008)

Ante o exposto, *conheço do recurso especial e dou-lhe provimento* para julgar improcedente o pedido inicial do autor. Deixo de condená-lo nos ônus de sucumbência em razão de ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (fl. 18e). Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil.

É o voto.