



Jurisprudência da Terceira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 50.550-RJ (2005/0087879-0)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Autor: Elmar Oliveira de Mendonça

Advogados: Adilson Martins Gomes e outros

Réu: Fundação Nacional de Saúde

Procuradores: Marcelo Antônio Teixeira e outros

Suscitante: Juízo da 4ª Vara do Trabalho de Niterói-RJ

Suscitado: Juízo Federal da 2ª Vara de Niterói-SJ-RJ

EMENTA

Conflito negativo de competência. Servidor. Contrato temporário. Lei n. 8.745/1993. Vínculo estatutário. Competência da Justiça Federal.

1. Configurada hipótese de contratação temporária disciplinada pela Lei n. 8.745/1993, o vínculo estabelecido entre poder público e o servidor é estatutário, e não celetista, o que exclui a competência da justiça laboral para o julgamento da causa.

2. Presente a Fundação Nacional de Saúde no polo passivo da ação, cabe à justiça comum federal apreciá-la, nos termos do art. 109, I, da Constituição.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara de Niterói-RJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Suscitado, Juízo Federal da 2ª Vara de Niterói-SJ-RJ, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Medina.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de conflito negativo de competência suscitado, nos termos do art. 105, I, **d**, da Constituição Federal, pelo Juízo da 4^a Vara do Trabalho de Niterói-RJ, em face do Juízo Federal da 2^a Vara de Niterói-SJ-RJ, nos autos de ação indenizatória proposta por Elmar Oliveira de Mendonça contra a Fundação Nacional de Saúde, com vistas a ressarcimento material e moral decorrente de doença profissional adquirida durante o período em que exerceu o cargo de agente operacional de endemias.

Na origem, o juízo suscitado, de ofício, reconheceu a incompetência para processar e julgar a lide e determinou a remessa dos autos à justiça trabalhista, pois a relação entre as partes era de natureza contratual, regida pela Consolidação das Leis do Trabalho — CLT.

O juízo suscitante, por sua vez, afirma que não lhe cabe julgar a ação, porquanto o autor estava submetido ao regime da contratação por tempo determinado (art. 37, IX, da Constituição da República), que possui natureza administrativa. Compete, portanto, à Justiça Comum Federal o exame da causa.

Em parecer de fls. 135/137, o Ministério Público Federal manifesta-se pela competência da Justiça Federal.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A leitura dos autos revela que o autor e a Fundação Nacional de Saúde firmaram sucessivos contratos de prestação de serviço por tempo determinado, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da Carta Magna e da Lei n. 8.745/1993.

Conforme entendimento sedimentado nesta Corte, configurada hipótese de contratação temporária disciplinada por lei especial, o vínculo estabelecido entre poder público e o servidor é estatutário, e não celetista, o que exclui a competência da justiça laboral para o julgamento da causa. Nesse sentido, aponto os seguintes precedentes:

“Conflito de competência. Constitucional. Administrativo. Servidor federal. Funasa. Contrato temporário. Guarda de endemias. Excepcional interesse público. Rescisão. Lei n. 8.745/1993.

1. Compete à Justiça Comum Federal processar e julgar pedido indenizatório relativo à contratação efetuada pela Fundação Nacional da



Saúde para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público.

2. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Comum Federal.” (CC n. 40.114-RJ, Relator Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ 09.08.2004)

“Constitucional. Administrativo. Trabalhista. Contrato temporário. Prazo determinado. Rescisão. Competência.

Compete a Justiça Comum processar e julgar ação proposta por servidor público estadual admitido por contrato temporário, nos termos do art. 37, XI, da Constituição.

Conflito conhecido. Competência da Justiça Comum.” (CC n. 24.807-PB, Relator Ministro Vicente Leal, Terceira Seção, DJ 16.08.1999)

“Conflito de competência. Administrativo. Servidor público. Contrato temporário. Vigência do regime jurídico único. Aplicação das regras estatutárias. Competência da justiça comum.

1. A natureza do contrato por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público orienta-se pelas regras previstas para a generalidade do funcionalismo público local.

2. Tratando-se de contrato temporário firmado na vigência das regras estatutárias, impõe-se a competência da Justiça comum.

3. Embora a Emenda Constitucional n. 45 tenha ampliado a competência da Justiça do Trabalho, a hipótese presente não foi abrangida pelas inovações constitucionais.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Santa Quitéria-CE, ora suscitado.” (CC n. 37.027-CE, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJ 26.09.2005)

No caso em apreço, a Fundação Nacional de Saúde, ente federal, está no polo passivo da ação, o que, à luz do art. 109, I, da Constituição da República, determina a competência da Justiça Comum Federal para o exame da lide.

Ante o exposto, conheço do presente conflito negativo, em ordem a reconhecer a competência do Juízo Federal da 2ª Vara de Niterói-SJ-RJ, ora suscitado, para processar e julgar a ação ordinária em tela.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 50.786-MG (2005/0093009-6)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Autor: Justiça Pública

Réu: Sérgio Reinaldo da Rocha

Advogados: Abdalla Daniel Curi e outros

Suscitante: Juízo Auditor da 4ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado de Minas Gerais

Suscitado: Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Juiz de Fora-MG

EMENTA

Conflito negativo de competência. Desacato. Delito praticado por oficial da reserva contra policial militar no exercício da função de sentinela no quartel. Inexistência de crime militar.

1. A teor do disposto no art. 125, § 4º, da Constituição Federal, a Justiça Militar Estadual detém competência para julgar crimes militares praticados apenas por militares dos Estados. Logo, o crime de desacato praticado por oficial da reserva em desfavor de policial militar é da competência da Justiça comum.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juizado Especial Criminal de Juiz de Fora-MG.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Juiz de Fora-MG, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Medina, Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Paulo Gallotti. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves (art. 162, § 2º, RISTJ). Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 9 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Auditor da 4ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado de



Minas Gerais em face do Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Juiz de Fora-MG.

Informam os autos que o Ministério Público do Estadual denunciou Sérgio Reinaldo da Rocha, como incurso no art. 331 do Código de Penal Brasileiro, pois teria desacatado Jorge Augusto dos Santos, cabo da Polícia Militar, no exercício de sua função.

Segundo consta, Sérgio Reinaldo da Rocha, capitão da infantaria do Exército Brasileiro (da reserva) e diretor de defesa civil da prefeitura municipal de Juiz de Fora-MG, agrediu verbalmente a vítima, que estava como sentinela do 27º Batalhão da Polícia Militar.

Os autos foram distribuídos ao Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Juiz de Fora-MG, que designou audiência preliminar, tendo o feito prosseguimento normal.

Em sede de *habeas corpus* impetrado pela defesa, a Turma Recursal do Juizado Especial da Comarca de Juiz de Fora-MG entendeu por conceder a ordem, trancando a ação penal pela incompetência do Juízo, pelos seguintes fundamentos:

“Verifica-se, outrossim, tratar de fato típico previsto no art. 331 do CPB, tendo com autor um capitão da infantaria do Exército Nacional, embora da reserva, e como vítima um cabo da Polícia Militar de Minas Gerais, fato que teria ocorrido após uma discussão entre o capitão e o cabo, no interior do 27º Batalhão da Polícia Militar de Juiz de Fora. (...)”

Vê-se, assim, que pela letra fria da lei estamos diante de um crime militar, pois a vítima teria sido desacatada quando estava na guarda do quartel, no interior deste, momento em que o paciente adentrou na Unidade Militar e, desejando falar com o Comandante, viu-se impedido pelo cabo vítima e então teria desacatado-o.

Desta forma, por entender ser a melhor justiça, concedo a ordem de *habeas corpus* impetrada e determino o trancamento da ação penal em questão, facultando ao Ministério Público do Juizado Especial, ou ao Magistrado daquela Corte, o encaminhamento de peças à Justiça Castrense.” (Fls. 135/136, *sic*)

O Juízo Auditor da 4ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado de Minas Gerais, a quem coube o feito, suscitou o presente conflito, asseverando: “assiste razão ao órgão acusatório em suscitar o presente conflito, vez que entende este juízo que não há adequação típica do fato às hipóteses elencadas no art. 9º do CPM, que delimita a competência *ratione materiae*.” (Fl. 143)

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 148/150 pela competência da Justiça Estadual.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Na hipótese em questão, Sérgio Reinaldo da Rocha, oficial da reserva do Exército Brasileiro, teria desacatado Jorge Augusto dos Santos, cabo da Polícia Militar que estava como sentinela do 27^o Batalhão Militar.

Na sessão de julgamento do dia 14.12.2005, votei no sentido de conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Auditor da 4^a Circunscrição Judiciária Militar do Estado de Minas Gerais, aplicando-se ao caso o disposto no art. 9^o, inciso III, alínea **b**, do Código Penal Militar.

Prosseguindo o julgamento no dia 24.05.2006, o eminente Ministro Felix Fischer preferiu voto-vista, trazendo extensas e percucientes razões, abalizadas na doutrina e jurisprudência, para divergir. Enfatizou Sua Excelência que, a teor do disposto no art. 125, § 4^o, da Constituição Federal, a Justiça Militar Estadual detém competência para julgar crimes militares praticados *apenas* por militares dos Estados, no qual, certamente, não se enquadra a hipótese vertente, em que o agente não pertence ao quadro militar estadual.

Por esse singelo, mas preciso, motivo mostrou-se equivocado o meu voto anteriormente proferido, na medida em que foram indicadas regras pertinentes à Justiça Militar Federal que não guardam o paralelismo com as incidentes sobre a Justiça Militar Estadual, pelas razões já exaustivamente deduzidas pelo atento Ministro Felix Fischer.

Ante o exposto, retificando meu voto, conheço do conflito e declaro competente o Juizado Especial Criminal de Juiz de Fora-MG, o Suscitado.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Felix Fischer: Versam os autos sobre conflito de competência suscitado pelo Juízo Auditor da 4^a Circunscrição Judiciária Militar do Estado de Minas Gerais em face do Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Juiz de Fora-MG.

Eis os fatos.



Sérgio Reinaldo da Rocha, Capitão *de Reserva* do Exército Brasileiro e diretor de defesa civil da prefeitura de Juiz de Fora foi denunciado por suposto desacato praticado em detrimento de Jorge Augusto dos Santos, cabo da polícia militar, que estava em serviço de sentinela da guarda do quartel do 27º Batalhão da *Polícia Militar*.

O feito tramitava no Juizado Especial Criminal. No entanto, a Turma Recursal do Juizado Especial, acolhendo parcialmente *habeas corpus* impetrado pelo réu, reconheceu sua incompetência para o processamento e julgamento da ação e determinou a remessa dos autos à Justiça Castrense, nos termos do art. 9º, III, alínea **b**, do CPM. Esta Justiça, por sua vez, suscitou o presente conflito negativo, ao argumento de que “não há adequação típica do fato às hipóteses elencadas no art. 9º do CPM, que delimita a competência *ratione materiae*.” (Fl. 143)

A Srª. Ministra Laurita Vaz conheceu do conflito e declarou competente o Juízo Auditor da 4ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado de Minas Gerais com os seguintes argumentos, *litteris*:

“Na hipótese em questão, Sérgio Reinaldo da Rocha, oficial da reserva do Exército Brasileiro, teria desacatado Jorge Augusto dos Santos, cabo da Polícia Militar que estava como sentinela do 27º Batalhão Militar.

Cabe transcrever o art. 9º, inciso III, alínea **b**, do Código Penal Militar, *litteris*:

“Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

III - *os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:*

b) *em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo.*”

Evidencia-se, portanto, a possível prática de desacato previsto no art. 298 do Código Penal Militar, pois o crime foi realizado por oficial militar da reserva em desfavor de cabo da Polícia Militar, que estava no exercício de sua função militar como guarda do 27º Batalhão de Juiz de Fora-MG, e dentro de local sujeito à administração militar.

In casu, não há falar em função civil do policial militar como nas hipóteses de patrulhamento ostensivo ou controlador de trânsito, tendo em vista que a vítima estava como sentinela de Unidade Militar”.

Para melhor exame da matéria, pedi vista dos autos.

Inicialmente, impende ressaltar que a competência da *Justiça Militar Federal*, prevista no art. 124, *caput*, da CF (“À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”), é definida basicamente pelo critério da *ratione materiae* (crimes militares). A *Justiça Militar Estadual*, por sua vez, insculpida no art. 125, § 4º, da CF (“Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima foi civil, cabendo ao Tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças”), tem como critérios básicos para a sua determinação a *ratione materiae* (crimes militares) e a *ratione personae* (policiais militares e bombeiros militares). Não se pode olvidar, como bem frisa Denílson Feitoza Pacheco (*in Direito Processual Penal*, 3ª ed., Ímpetus, 2005, p. 470), que o art. 124, *caput*, da CF não especifica o sujeito ativo dos crimes militares. Dessa forma, pode haver crimes militares praticados por militar ou civil que sejam da competência da Justiça Militar Federal. Todavia, o mesmo não sucede com a Justiça Militar Estadual, que tem competência para julgar apenas crimes militares praticados por militares dos Estados, i. e., policiais militares e bombeiros militares (CF art. 125, § 4º, da CF).

Vale conferir, sobre o tema, elucidativo exemplo mencionado por Denílson Feitoza Pacheco (*in Direito Processual Penal*, 3ª ed., Ímpetus, p. 470/471), *in verbis*:

“Suponhamos que um civil subtraia, para si, coisa alheia móvel que esteja sob administração militar.

Se fosse um *objeto do Exército*, sob sua administração, estaríamos diante do crime militar de furto (art. 240 c.c. o art. 9º, III, **a**, 1ª figura, do CPM). O juízo competente para julgar o civil seria uma auditoria de Justiça Militar Federal (a rigor, o órgão jurisdicional é o Conselho de Justiça Militar).

Se fosse um *objeto de uma Polícia Militar estadual*, não teríamos um órgão jurisdicional para julgá-lo.

A *Justiça Militar Federal* não seria competente, por não ter sido atingida qualquer instituição militar das Forças Armadas.

A *Justiça Militar Estadual* não seria competente, pois tal Justiça somente pode julgar policiais militares e bombeiros militares.

A *Justiça Criminal Comum* também não teria competência, pois não há previsão constitucional de que possa julgar crimes militares, salvo, genericamente, nas hipóteses de competência originária por prerrogativa



de função, como ocorre com qualquer Tribunal. No nosso sistema jurídico, a competência para julgar crimes militares é disposta de maneira expressa na Constituição Federal. Portanto, não seria cabível que estivesse na competência residual das Justiças Estaduais criminais.

Então, teríamos a previsão de um crime militar que não poderia ser julgado por ninguém?” (grifei).

E, adiante, conclui:

“Na verdade, o problema não é de competência jurisdicional — definir qual o órgão jurisdicional competente para julgar o que parece ser um crime militar. A redação do art. 125, § 4º, da CR induz a que se pense assim, mas um raciocínio lógico-jurídico nos permite resolver a questão.

Simplesmente o constituinte não quis que se protegessem as instituições militares que são as Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares (estaduais, distrital ou territoriais) por meio da instituição de crimes militares que tenham civis por sujeito ativo.

Portanto, Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares estaduais, distrital e territoriais não são instituições militares para caracterização de crime militar, no caso do art. 9º, III, do Código Penal Militar. Este artigo se refere aos crimes praticados por militar da reserva (equiparado ao civil), por militar reformado (equiparado ao civil) e por civil contra instituições militares.

Voltando ao nosso exemplo, simplesmente não haveria um crime militar de furto praticado por civil (ou por militar da reserva ou reformado) contra um objeto da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiro Militar. Logo, não se trataria de problema de competência jurisdicional, de se encontrar qual o órgão jurisdicional competente para se julgar algo que sequer seria crime militar.

Entretanto, tal conduta é prevista como crime comum e poderia ser julgada por um juízo criminal comum. Não seria um ‘crime militar’ julgado por juízo criminal comum.” (Grifei)

Na mesma linha, tem-se o escólio de Jorge Alberto Romeiro, Ministro aposentado do STM (*in Curso de Direito Penal Militar*, Saraiva, 1994, p. 81/82), que, ao comentar uma decisão do Superior Tribunal Militar, que versava sobre um crime praticado por soldado da aeronáutica em co-autoria contra patrimônio da polícia militar, cujo dispositivo foi no sentido da *competência da Justiça Comum*, tendo em vista que as *Instituições Militares se limitam às Forças Armadas*, assevera:

“Enquanto os crimes contra o patrimônio sob a administração militar das Forças Armadas, praticados por quaisquer pessoas (servidores públicos militares federais e dos Estados, Territórios e Distrito Federal, assemelhados e civis), são sempre crimes militares, processados e julgados pela Justiça Militar Federal, os crimes contra o patrimônio sob a administração militar das instituições militares estaduais só configuram crimes militares, processados e julgados pelas Justiças Militares Estaduais, quando praticados por policiais ou bombeiros militares (art. 125, § 4º, da CF).

Apenas pelo indicado motivo, a nosso ver, *não terem praticado crime militar, mas comum*, não só o sargento da aeronáutica como o civil referidos na acórdão como co-autores da tentativa de furto de objetos pertencentes à carga de um Batalhão da Polícia Militar de Minas Gerais levada a efeito por dois integrantes da mesma.” (Grifei)

E, adiante, citando a Professora e Magistrada militar Sheila Bierrenbach, conclui afirmando que pelo nosso sistema constitucional, “enquanto a Justiça Militar Federal tem por finalidade precípua a tutela dos bens e interesses jurídicos das Forças Armadas, as *Justiças Militares Estaduais* são exclusivamente repressivas, deixando penalmente desprotegidos os bens das instituições militares estaduais, salvo quando lesadas por servidores públicos militares estaduais.” (Grifei)

No mesmo trilha, é o magistério de Jorge Cesar de Assis (*in Comentários ao Código Penal Militar*, 5ª ed., Juruá, 2004, p. 48/50), do qual colho o seguinte excerto, *litteris*:

“Em verdade, não só a condição dos agentes, ativo e passivo, serem militares, e o fato de estar previsto na legislação castrense, são suficientes para firmar a competência da Justiça Militar da União.

Há que se considerar que a Justiça Militar — tanto a estadual quanto a federal —, tem em vista a natureza dos bens juridicamente tutelados.

Quem protege a *instituição policial militar*, nos casos em que ela é ofendida, é a *Justiça Militar estadual*, que tem *competência restrita*, somente julgando *policiais e bombeiros militares* (CF, art. 125, § 4º).

A *Justiça Militar da União*, por sua vez, *tutela as instituições das Forças Armadas*, julgando os crimes contra ela cometidos e dela (*Justiça Militar federal*) *escapando os crimes contra os valores das Corporações estaduais*.

Logo, *é a Justiça comum a competente para julgar militar federal que, de folga, cometa crime contra policial militar em serviço, ou contra a instituição militar estadual, ocasião em que se coloca o agente militar federal na mesma condição do civil.*” (Grifei)



(...)

“É óbvio que não resta qualquer dúvida quanto à situação de militar dos integrantes das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, já que os comandos constitucionais são claros, de aplicação imediata, além de auto-aplicáveis.

Todavia, insisto sobre a necessidade de se considerar, caso a caso, a natureza dos bens juridicamente tutelados, seja em nível federal, seja em nível dos Estados e do Distrito Federal. Daí segue a constatação de que a Justiça Militar da União somente protege os interesses referentes à preservação das Instituições Militares das Forças Armadas, ou seja, em que pese ser ampla, podendo julgar inclusive o civil — e o próprio policial militar, isso só será possível nos casos em que ocorrer ofensa às instituições militares (leia-se Exército, Marinha e Aeronáutica).

Por sua vez, a *Justiça Militar Estadual* é restrita, só julga policiais e bombeiros militares, dela escapando o civil — e os militares federais, estes últimos equiparados aos civis quando cometerem crime militar contra as instituições militares estaduais e do Distrito Federal.” (Grifei)

E arremata sustentando que “cada Justiça Militar deve tutelar os bens e valores que são preciosos para as Instituições Militares que lhe dizem respeito, e dessa forma, militar federal de folga, que pratique crime militar contra policial militar em serviço, a competência será da Justiça comum. *O militar federal que praticar crime militar contra policial militar em serviço, somente responderá perante a Justiça Militar da União se estiver, por ocasião do evento danoso, igualmente em serviço, exercendo atividade de natureza estritamente militar consoante a destinação constitucional do art. 142.*” (Grifei)

Na questão trazida à lume, o que se tem é um suposto crime de desacato, praticado por Sérgio Reinaldo da Rocha, Capitão *de Reserva* do Exército Brasileiro e diretor de defesa civil da prefeitura de Juiz de Fora, em detrimento de Jorge Augusto dos Santos, cabo da polícia militar, que estava em serviço de sentinela da guarda do quartel do 27º Batalhão da *Polícia Militar*. *A bem da verdade, não há crime militar*, uma vez que o delito foi levado a efeito em face da *Instituição da polícia militar estadual*, que, a seu turno, *não é propriamente instituição militar apta a caracterização de crime militar*, da hipótese do art. 9º, inciso III, do CPM. *Este artigo, como visto alhures, se refere aos crimes praticados por militar da reserva, por militar reformado e por civil contra as instituições militares (leia-se: Forças Armadas)*. *Dessa forma, há se falar, no caso em tela, não em crime militar de desacato, mas em crime comum de desacato, a ser julgado pela Justiça Comum.*

É de se salientar, ainda, que o precedente colacionado pela Exm^a. Sr^a. Ministra Laurita Vaz (CC n. 32.135, Terceira Seção, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 04.08.2003) não se aplica ao caso em análise, uma vez que o crime foi praticado por um civil contra um soldado do Corpo de Fuzileiros Navais, que se encontrava em situação de atividade, enquadrando-se, portanto, a hipótese, ao conceito de Instituição Militar (restrito, insisto, às Forças Armadas), atraindo, por conseguinte, a competência da Justiça Militar Federal.

Em sentido semelhante ao ora discutido, tem-se os seguintes precedentes do Pretório Excelso:

“Ementa: conflito de competência. Justiça Estadual Comum e Justiça Militar. Crime de lesões corporais leves. Agentes: conscritos do exército brasileiro. Vítima: praça da polícia militar. 1. Praça da Polícia Militar, em serviço, procedendo à revista de dois conscritos do exército, de folga, fora da área de administração militar, veio a ser agredido física e moralmente por estes, resultando lesões corporais leves. 2. A leitura do art. 42 da Constituição Federal não autoriza o intérprete a concluir pela equiparação dos integrantes das Polícias Militares Estaduais aos Componentes das Forças Armadas, para fins de Justiça. 3. Impossibilidade de enquadramento no art. 9º e incisos, do Código Penal Militar, que enumera, taxativamente os crimes de natureza militar. Precedentes da Corte. Conflito conhecido, assegurada a competência da Justiça Comum.” (STF, CC n. 7.051-SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 09.03.2001)

“Crime Militar. Enumeração. Natureza. Os crimes militares situam-se no campo da exceção. As normas em que previstos são exaustivas. Jungidos ao princípio constitucional da reserva legal — inciso XXXIX do art. 5º da Carta de 1988 — não de estar tipificados em dispositivo próprio, a merecer interpretação estrita”.

“Competência. Homicídio. Agente: militar da reserva. Vítima: policial militar em serviço. Ainda que em serviço a vítima — policial militar, e não militar propriamente dito — a competência é da Justiça Comum. Interpretação sistemática e teológica dos preceitos constitucionais e legais regedores da espécie.” (STF, HC n. 72.022-PR, Tribunal Pleno, Relator p/ o acórdão Ministro Marco Aurélio, DJ 28.04.1995)

Ex positis, com a devida vênia, voto no sentido de que seja declarada a competência do Juízo Comum, ora suscitado, para o processamento e julgamento do feito.

É o voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 56.271-RS (2005/0182591-2)

Relator: Ministro Paulo Medina

Autora: Justiça Pública

Réu: Odair da Cunha Parnof

Advogados: Jorge de Marco e outro

Suscitante: Turma Recursal Criminal do Estado do Rio Grande do Sul

Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

Penal. Processual Penal. Conflito entre Tribunal de Justiça e Turma Recursal do juizado especial. Decisões da Turma Recursal não vinculadas aos tribunais estaduais. Competência do STJ. Precedentes. Concurso material. Soma das penas. Limite superior a dois anos.

Nos termos do art. 105, inciso I, alínea **d**, da CF, compete ao STJ dirimir conflito entre Turma Recursal do Juizado Especial e Tribunal de Justiça/Alçada, porque as decisões da Turma Recursal, composta por Juízes de 1º grau, não estão sujeitas à jurisdição dos Tribunais Estaduais. Precedente do STF e desta Corte.

Existindo concurso material de crimes, a pena a ser considerada para a fixação de competência é o resultado da soma das penas máximas cominadas aos delitos, e caso seja superior a dois anos, afastada está a competência do juizado especial.

Apenas o fato de se tratar de infração de menor potencial ofensivo não atrai a competência da Turma Recursal para a análise de recurso interposto contra decisão emanada por juízo comum, pois aquela possui competência para rever decisão proferida por Juizados Especiais, e não por Juízos de Direito.

Conflito conhecido para declarar competente, para o conhecimento do recurso em sentido estrito, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Suscitado, Tribunal

de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Laurita Vaz. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ 25.09.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela Turma Recursal Criminal do Rio Grande do Sul em face do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Extrai-se dos autos que Odair da Cunha Parnof foi condenado pelo Juízo de Direito da Comarca de Guaporé-RS, pelos delitos do art. 16 da Lei n. 6.368/1976 e art. 331 do CP, praticados em concurso material, à pena de 1 ano, 4 meses e 15 dias de detenção em regime semi-aberto.

Interpôs, então, apelação criminal para o Tribunal suscitado. O apelo não foi conhecido, ante a consideração de que trata-se de delito de menor potencial ofensivo, cuja competência pertence à Turma Recursal.

Foi determinada a remessa do feito para aquele órgão.

A Turma Recursal Criminal do Rio Grande do Sul suscitou este conflito negativo de competência, sob a fundamentação de que a soma da pena máxima cominada aos delitos supera dois anos, estando fora da abrangência da Lei n. 10.259/2001.

O Ministério Público Federal opina pela declaração de competência do Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Dispõe o art. 105, inciso I, alínea **d**, da Constituição Federal, que compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, “os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, o, bem como entre Tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;”



De início, reafirmo a competência deste STJ para julgar este conflito de competência, posto que, não havendo vinculação jurisdicional entre Juízes das Turmas Recursais e o Tribunal local, assim compreendido porque as decisões proferidas pelo 2º grau de jurisdição da Justiça Especial não se submetem à revisão por parte do respectivo Tribunal, deverá o conflito de competência ser decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, a teor do art. 105, inciso I, alínea **d**, da Constituição Federal.

No que toca o mérito do conflito, dessume-se que o réu foi condenado pela prática dos delitos capitulados no art. 16 da Lei n. 6.368/1976 e art. 331 do Código Penal, em concurso material, cujas penas máximas cominadas são, para cada um, de 2 anos.

Na presença de concurso material de delitos, a pena a ser considerada para a fixação de competência é o resultado da soma da pena máxima cominada aos delitos — no caso, 4 anos — o que afasta a possibilidade de o processo tramitar no Juizado Especial.

Nesse sentido, colho os seguintes precedentes:

“Imprensa (crimes contra a honra). Ação penal privada (iniciativa). Funcionário público (legitimidade). Procedimento.

1. O funcionário ofendido é parte legítima para intentar a ação privada, tratando-se, como se trata, de legitimidade concorrente, tanto do ofendido como do Ministério Público, sendo a deste condicionada à representação.

2. O procedimento é o previsto na lei própria — Lei n. 5.250, de 1967.

3. *Em caso de concurso e de crime continuado, não se considera a pena individual para efeito de competência dos juizados especiais.*

4. Improcedência das demais questões.

5. *Habeas corpus* denegado.” (HC n. 37.580-RN; Relator Ministro Nilson Naves; Sexta Turma; DJ 09.02.2005, p. 224)

“Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Crimes contra a honra. Concurso material. Conflito aparente de normas. Princípio da consunção. Competência. Juizado especial criminal.

I - No caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal, será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos. Com efeito, se desse somatório resultar um apenamento superior a

2 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

II - A alegação de que na espécie se teria uma progressão criminosa (conflito aparente de normas a ser dirimido com base no princípio da consunção), e não um concurso material de crimes, ensejaria, inevitavelmente, um aprofundado exame do material fático-probatório, o que é inviável nesta estreita via.

Ordem denegada.” (HC n. 27.734-RJ; Relator Ministro Felix Fischer; Quinta Turma; DJ 14.06.2004, p. 249)

Destarte, sendo o somatório das penas dos delitos praticados em concurso material superior a dois anos, é de ser reconhecida a competência do Tribunal de Justiça para apreciação do recurso de apelação.

De outro bordo, as razões expendidas pelo Juízo suscitado, quando declinou de sua competência, não procedem. Ainda que fossem considerados isoladamente os delitos para considerar a competência do Juizado Especial, verifica-se que a sentença foi proferida pelo juízo comum.

Por tal razão, deve o recurso interposto contra a decisão ser apreciada pelo órgão de hierarquia superior, que, no caso, trata-se do Tribunal de Justiça estadual.

O julgamento do recurso pela Turma Recursal implicaria na atribuição indevida de revisão de ato decisório proferido pela Justiça Comum.

Nesse sentido, recolho os precedentes:

“Penal e Processual Penal. Agravo regimental em conflito de competência. Infração de menor potencial ofensivo. Ação penal proposta no juízo comum. Competência para julgamento do recurso de apelação.

O fato de se tratar de infração de menor potencial ofensivo não previne, necessariamente, a competência da Turma Recursal para a análise de eventual recurso, pois pode ser que a ação esteja (ou tenha), por algum motivo (v.g., direito intertemporal), tramitando (ou tramitado) no Juízo Comum e não no Juizado Especial (Precedentes do STF e desta Corte).” (AgRg no CC n. 56.537-SC; Relator Ministro Felix Fischer; Terceira Seção; DJ 26.06.2006, p. 118)

“Conflito de competência. Tribunal de Justiça e Turma Recursal. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Receptação dolosa. Desclassificação para ilícito de pequeno potencial ofensivo. Recurso de apelação. Competência do Tribunal de justiça.



1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça dirimir conflito entre Tribunal de Justiça e Turma Recursal do Juizado Especial do mesmo Estado.

2. A desclassificação do delito operada na sentença condenatória para ilícito de menor potencial ofensivo não exclui a competência do respectivo Tribunal para conhecer do apelo, especialmente em se tratando de crime originalmente estranho à competência dos Juizados Especiais e prolatada a sentença por Juiz de Direito subordinado ao Tribunal.

3. Conflito conhecido, para declarar competente, para o conhecimento do recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, uma vez extintos, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, os Tribunais de Alçada.” (CC n. 48.566-MG; Relator Ministro Hamilton Carvalhido; Terceira Seção; DJ 28.11.2005, p. 185)

Ressalte-se que apenas o fato de se tratar de infração de menor potencial ofensivo não atrai a competência da Turma Recursal para a análise de recurso interposto contra a decisão que julga a lide, pois esta possui competência para rever decisão proferida por Juizados Especiais, e não por Juízos de Direito.

Assim, considerada a soma das penas dos delitos praticados em concurso material, e ainda, sentenciada a ação penal por Juízo de Direito, é de ser reconhecida a competência do Tribunal de Justiça para apreciação do recurso de apelação.

Posto isso, com fundamento no art. 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, combinado com o art. 3º do Código de Processo Penal, conheço do conflito e Declaro Competente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para o julgamento do recurso de apelação.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL
N. 683.175-RJ (2006/0168765-8)**

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Embargante: União

Embargados: Amauri Bernardes Gomes da Luz e outros

Advogados: Edison Wilson da Cruz Sodre e outros

EMENTA

Embargos de divergência. Recurso especial. Administrativo. Militar temporário. Estabilidade. Tempo prestado sob abrigo de medida cautelar. Contagem. Possibilidade.

1. A Terceira Seção no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 565.638-RJ, Relator p/ o acórdão o Ministro Felix Fischer, DJ 18.09.2006, decidiu que “é assegurado ao praça militar temporário a estabilidade profissional quando ultrapassar o decênio legal de efetivo serviço castrense, ainda que por força de decisão judicial, comprovado nos autos o lapso temporal exigido, a teor do disposto no art. 50, inciso IV, alínea **a** da Lei n. 6.880/1980”.

2. Ressalvado do ponto de vista do Relator.

3. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator a Sr^a. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Nilson Naves, Felix Fischer e Hamilton Carvalhido. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ 11.12.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de embargos de divergência opostos contra acórdão da Quinta Turma assim ementado:

“Processual Civil. Administrativo. Militar temporário. Estabilidade. Reconhecimento. Art. 50 da Lei n. 6.880/1980. Decênio legal cumprido por força de decisão judicial. Recurso especial conhecido e provido.

1. Aos militares temporários que, ainda que por força de decisão judicial, completam dez anos de serviço ativo, é reconhecido o direito à



aquisição de estabilidade, nos termos do art. 50, IV, **a**, da Lei n. 6.880/1980. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e provido.”

A embargante aponta a existência de dissídio com julgados da Sexta Turma sintetizados nos seguintes termos:

A - “Recurso especial. Militar. Praça. Estabilidade. Inexistência. Ausência do tempo de efetivo serviço. Art. 50, inciso IV, alínea **a**, da Lei n. 6.880/1980. Ato administrativo de licenciamento legal. Recurso improvido.

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea **c** do permissivo constitucional requisita, em qualquer caso, a *demonstração* analítica da divergência jurisprudencial invocada, por intermédio da transcrição dos trechos dos acórdãos que configuram o dissídio e da indicação das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, e a *comprovação*, mediante juntada das certidões ou cópias autenticadas dos acórdãos paradigmas, ou pela citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que os mesmos se achem publicados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas ou votos (art. 255, § 2º, do RISTJ).

2. Nos termos do art. 121, § 3º, da Lei n. 6.880/1980, o ato de reengajamento de praça é discricionário da Administração. Precedentes.

3. O art. 50, inciso IV, alínea **a**, da Lei n. 6.880/1980, estabelece que o praça com 10 ou mais anos de tempo de efetivo serviço tem direito à estabilidade.

4. Não aproveita aos recorrentes o fato de, antes do julgamento do recurso especial, já contarem com mais de 10 anos de serviço efetivo, em razão de decisão provisória exarada pelo juízo monocrático, uma vez que de acordo com o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, quando foram licenciados, contavam menos de 10 anos de serviço efetivo.

5. Descabe a invocação do art. 50, inciso IV, alínea **a**, do Estatuto dos Militares, que assegura a estabilidade dos praças quando contarem 10 ou mais anos de tempo de efetivo serviço, bem como do art. 3º da Lei n. 6.924/1981 e arts. 22 e 24 do Decreto n. 86.325/1981, que se refere à estabilidade do Corpo Feminino da Aeronáutica após 8 anos de efetivo serviço, sendo incabível a pretendida isonomia, por se tratarem de quadros diversos com atribuições distintas.

6. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 352.060-RJ, Relator p/ o acórdão o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 1º.09.2003)

B - “Processual Civil. Administrativo. Agravo regimental. Decisão que indeferiu pedido liminar, efeito suspensivo em recurso especial. Militares temporários. Estabilidade. Prazo decenal alcançado mediante decisão cautelar.

1. Os recursos especial e extraordinário, nos termos do art. 542, § 2º, do Código de Processo Civil, somente serão recebidos no efeito devolutivo, inexistindo, portanto, previsão legal a lhes dar eficácia suspensiva em relação às decisões impugnadas. Se há construção jurisprudencial a reconhecer-lhes o citado efeito, tal ocorre, exclusivamente, em hipóteses excepcionalíssimas, presentes o perigo de dano iminente, ante a demora do provimento jurisdicional, e a plausibilidade jurídica do direito alegado;

2. Decênio exigido por lei completado em razão de medida liminar concedida em cautelar preparatória, conforme reconhecido no próprio acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região; a ação principal restou indeferida;

3. A Sexta Turma, mais recentemente, tem se posicionado pela inexistência do direito alegado (MC n. 8.535-RJ, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 05.08.2004);

4. O art. 50, inciso IV, alínea **a**, da Lei n. 6.880/1980 garante a estabilidade, quando praça com dez ou mais anos de tempo de efetivo serviço, não se estendendo o direito a oficiais temporários, como ocorre no caso *sub examine* (Precedentes STJ);

5. Agravo regimental improvido.” (AgRg na MC n. 8.449-CE, Relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 06.12.2004).

Sustenta-se, em síntese, não ser possível considerar o tempo de serviço prestado sob abrigo de decisão proferida em sede de medida cautelar para fins de contagem do prazo necessário para aquisição da estabilidade do militar temporário.

Admitidos os embargos, foi apresentada impugnação. (Fls. 307/317)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): De início, entendo que os embargos não devem ser conhecidos em relação ao paradigma tomado em sede de agravo regimental em medida cautelar, pois a Corte Especial, no julgamento da Pet n. 4.269-GO, Relator o Ministro José Delgado, acabou por assentar a compreensão de não restar configurada a divergência jurisprudencial quando o acórdão padrão não houver sido proferido em sede de recurso especial.



Contudo, tenho como demonstrado o dissídio interpretativo em relação ao REsp n. 352.060-RJ, Relator p/ o acórdão o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 1^a.09.2003, dado que atendidos os requisitos legais e regimentais que regulam a matéria.

Em relação ao mérito, ressalvado ponto de vista em sentido contrário, adoto a orientação que prevaleceu nesta Terceira Seção no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 565.638-RJ, Relator p/ o acórdão o Ministro Felix Fischer, DJ 18.09.2006, no qual se decidiu que “é assegurado ao praça militar temporário a estabilidade profissional quando ultrapassar o decênio legal de efetivo serviço castrense, ainda que por força de decisão judicial, comprovado nos autos o lapso temporal exigido, a teor do disposto no art. 50, inciso IV, alínea **a** da Lei n. 6.880/1980”.

De outro lado, não se mostra possível o exame de questões de índole constitucional em sede de embargos de divergência, ainda que para fins de prequestionamento.

Confirmam-se:

A - “Processual Civil e Tributário. Embargos de divergência. Execução fiscal. Taxa Selic. Aplicabilidade. Súmula n. 168-STJ. Incidência. Exame de matéria constitucional. Competência STF. CF/1988, art 102, III. Precedentes STJ.

Esta egrégia Primeira Seção assentou o entendimento no sentido da aplicabilidade da Taxa Selic sobre débitos e créditos tributários.

Incidência da Súmula n. 168-STJ.

Ressalva do ponto de vista do Relator.

A finalidade dos embargos de divergência é a de unificar a jurisprudência do Tribunal na interpretação do direito federal, escapando da esfera de competência desta Corte a apreciação de questões constitucionais, nem mesmo com o propósito de prequestionamento.

O exame de eventual violação de preceito constitucional cabe ao Pretório Excelso, no âmbito do recurso extraordinário, por expressa determinação da Lei Maior.

Agravo regimental improvido.” (AgRg nos EREsp n. 671.494-RS, Relator o Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 27.03.2006)

B - “Processual Civil. Embargos de declaração. Inexistência de qualquer dos vícios do art. 535 do CPC. Rediscussão de questões de mérito. Impossibilidade. Pquestionamento de matéria constitucional. Descabimento.

1. Revelam-se improcedentes os embargos declaratórios em que as questões levantadas traduzem inconformidade com o teor da decisão embargada, pretendendo rediscutir matérias já decididas, razão pela qual é inteiramente aplicável a orientação segundo a qual não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, a decisão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. Incabíveis embargos de declaração se inexistir omissão relativa à matéria infraconstitucional, não sendo o STJ competente, em sede de recurso especial, para apreciar matéria constitucional, inclusive para fins de prequestionamento.

3. Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl nos EREsp n. 464.645-PR, DJ 17.12.2004, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 17.12.2004)

Ante o exposto, rejeito os embargos.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.026-DF (2004/0143041-5)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Impetrante: Wilson Borlin

Advogados: Josilma Batista Saraiva e outros

Impetrado: Ministro de Estado do Planejamento Orçamento e Gestão

Sustentação oral: Luís Fernando Silva, pelo impetrante

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Demissão. Exercício de gerência de empresa privada. Afastamento dessa atividade antes da abertura da apuração do fato. Irrelevância. Processo administrativo disciplinar. Anulação *ex officio*. Possibilidade. *Bis in idem*. Não-ocorrência. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Não-observância. Ausência de advogado ou de defensor dativo. Cerceamento de defesa. Prejuízo flagrante, na hipótese. Segurança concedida.

1. O fato de ter o impetrante deixado a gerência da empresa privada antes da instauração do processo administrativo disciplinar, por si só, não conduz à impossibilidade de que se aplique a penalidade cabível, à múngua de ocorrência da prescrição.

2. A anulação *ex officio* do anterior processo disciplinar, que resultara em arquivamento, é conduta que encontra respaldo no art. 169 da Lei n. 8.112/1990 e na Súmula n. 473-STF e impede que se configure ofensa à coisa julgada administrativa ou *bis in idem*. Precedentes.

3. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em observância ao princípio da ampla defesa, é indispensável a presença de advogado ou de defensor dativo realizando a defesa de servidor acusado em processo disciplinar. Na hipótese, não houve em nenhum momento tal assistência, configurando flagrante prejuízo para a defesa, conforme consta dos autos.

4. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Laurita Vaz. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Medina (art. 162, § 2º, RISTJ).

Brasília (DF), 9 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 02.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Wilson Borlin contra ato do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão que o demitiu do cargo de Engenheiro do Quadro de Pessoal daquele Ministério, por meio da Portaria n. 134, de 11 de junho de 2004, “por exercer a gerência da empresa privada WB Engenharia ME, concomitantemente com o cargo público efetivo que ocupa, conduta que configura violação do proibitivo constante do art. 117, inciso X, da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.” (Fl. 47)

Sustenta a ocorrência de ilegalidades no processo administrativo disciplinar que conduziu à sua demissão. Argumenta que não foi assistido por advogado e que, conforme a Constituição Federal e as Leis ns. 8.112/1990 e 9.784/1999, mostra-se obrigatória a presença de advogado constituído ou de defensor dativo.

Aduz que as irregularidades apontadas já foram apuradas em outro processo disciplinar que, inclusive, fora arquivado por falta de provas. Argumenta que os arts. 168 e 169 da Lei n. 8.112/1990 impedem a “sucessão de processos administrativos destinados a investigar e julgar o mesmo fato tido por delituoso ou irregular, a exemplo do que faz a legislação processual penal brasileira” (fl. 17). Defende que a pena aplicada não guarda razoabilidade e proporcionalidade com a pretensa irregularidade cometida.

Segue afirmando que o fato determinante para a aplicação da penalidade, qual seja, o de ser sócio-gerente da empresa WB Engenharia, não é verdadeiro, porquanto não mais ostentava mencionada condição quando da instauração do processo disciplinar. Ao final, requer seja reconhecida a ilegalidade do processo administrativo disciplinar e do ato de demissão, assim como seja determinada sua reintegração no cargo que ocupava, com os consectários legais, procedendo-se à retificação das anotações funcionais e “fazendo considerar o período decorrido desde a demissão até a reintegração como efetivo exercício do cargo, para todos os efeitos legais.” (Fl. 29)

Em decisão proferida em 02.08.2005, indeferi a liminar. (Fls. 198/199)

O Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão prestou informações. Defende, em resumo, que: a) o processo administrativo disciplinar transcorreu de acordo com as normas pertinentes; b) houve prova documental de que o impetrante, enquanto no exercício de cargo público, era sócio-gerente da empresa WB Engenharia; c) não existe comprovação de prejuízo pela ausência de advogado ou de defensor dativo e de coisa julgada administrativa; d) remanesce a possibilidade de aplicação da pena ainda que o servidor público tenha se afastado da gerência da empresa antes da abertura do processo disciplinar; e) há proporcionalidade da pena. (Fls. 202/228)

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República José Flaubert Machado Araújo, opinou pela realização de diligência para que fosse juntada aos presentes autos cópia das peças que compõem o processo administrativo disciplinar. (Fls. 230/236)

Em decisão proferida em 23.03.2006, deferi o pedido do Ministério Público Federal. Às fls. 243/1.033, foi juntada cópia do processo disciplinar em referência.



O Ministério Público Federal, novamente intimado para se manifestar, pelo Subprocurador-Geral da República José Flaubert Machado Araújo, opina pela concessão da segurança. (Fls. 1.034/1.043)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Inicialmente, para melhor exame da lide, ressalto, conforme se verifica no relatório, que o impetrante foi demitido por ter exercido a gerência de empresa privada concomitantemente com o cargo de Engenheiro do Quadro de Pessoal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com base nos arts. 117, X, e 132, XIII, da Lei n. 8.112/1990.

O impetrante sustenta que os fatos que conduziram à sua demissão já haviam sido apurados em outro processo administrativo disciplinar, o qual teria sido arquivado em razão da inexistência de provas. Argumenta a existência de coisa julgada administrativa, à asserção de que os arts. 168 e 169 da Lei n. 8.112/1990 impedem a “sucessão de processos administrativos destinados a investigar e julgar o mesmo fato tido por delituoso ou irregular, a exemplo do que faz a legislação processual penal brasileira.” (Fl. 17)

No entanto, verifico dos autos que a instauração do novo processo deu-se em razão de ter a Administração constatado irregularidades no procedimento anterior (fls. 209/210). Essa conduta encontra respaldo na Lei n. 8.112/1990, que dispõe:

“Art. 169. Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração do novo processo.”

Com efeito, não se pode olvidar que constitui direito-dever da Administração — que, em tese, não fere direito líquido e certo do administrado — a anulação e, por conseguinte, a revisão dos atos administrativos supostamente ilegais, conforme a síntese da jurisprudência qualificada do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“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)

Nesse cenário, não se verifica nenhuma ofensa à existência de coisa julgada administrativa ou *bis in idem*, tendo em vista a anulação do processo disciplinar anterior. A respeito, cito o seguinte precedente:

Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Anulação *ex officio*. Possibilidade. *Bis in idem*. Inocorrência. Autoridade. Impedimento.

I - Conforme previsão contida no art. 174 da Lei n. 8.112/1990, não há impedimento à anulação *ex officio* do processo disciplinar, mormente havendo fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inadequação da penalidade aplicada. Precedente: MS n. 6.787-DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 28.08.2000.

II - Não há que se falar em nulidade por *bis in idem* se, para aplicar a pena de demissão, houve prévia anulação do primeiro procedimento disciplinar, o qual resultara na imposição de advertência ao servidor. Precedente do colendo STF: MS n. 23.146-MS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, RTJ n. 171/147.

III - Inexistência de nulidade na punição sofrida pelo impetrante — demissão — pelo fato de ter sido imposta por autoridade no exercício interino do cargo de Ministro de Estado, e que já havia atuado no processo disciplinar anteriormente, determinando a sua instauração.

Segurança denegada. (MS n. 7.056-DF, Relator Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, DJ 11.12.2000, p. 169)

Assim, a anulação *ex officio* do anterior processo disciplinar, que resultara em arquivamento, é conduta que encontra respaldo no art. 169 da Lei n. 8.112/1990 e na Súmula n. 473-STF e impede que se configure ofensa à coisa julgada administrativa ou *bis in idem*.

De outra parte, impõe-se ressaltar que o fato de ter o impetrante deixado a gerência da empresa antes da instauração do processo administrativo disciplinar, por si só, não conduz à impossibilidade de que se aplique a penalidade cabível, à míngua de ocorrência da prescrição.

De fato, como bem ressaltado pela autoridade coatora, em tese, é passível de demissão o servidor que, concomitantemente com o exercício do cargo público, participou da gerência de empresa privada, ainda que posteriormente perca aquele status. O ilícito administrativo não é afastado pelo posterior afastamento da gerência.

Quanto à suscitada nulidade por ausência de advogado ou de defensor dativo na fase instrutória, dispõe a Constituição Federal:



“Art. 5º (...).

IV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Por sua vez, prevê a Lei n. 8.112/1990, que trata do Regime Jurídico do Servidor Público Federal, no tocante ao processo disciplinar:

Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

Art. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.

(...)

§ 2º O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão.”

Na interpretação de referidos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, firmou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em observância ao princípio da ampla defesa, é indispensável a presença de advogado ou de defensor dativo em processo administrativo disciplinar, inclusive na fase instrutória. Nesse sentido, transcrevo as seguintes ementas:

“Mandado de segurança. Administrativo. Processo disciplinar. Cerceamento de defesa ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo. Precedentes desta corte. Exoneração *ex officio*. Substituição da pena de demissão reconhecidamente prescrita. Desvio de finalidade. Ordem parcialmente concedida.

1. Somente após a fase instrutória se mostra necessária a descrição pormenorizada do fato ilícito, bem como a sua devida tipificação, procedendo-se, conforme o caso, o indiciamento do servidor, na forma do art. 161, *caput*, da Lei n. 8.112/1990. Precedentes desta Corte.

2. Na hipótese, durante a instrução do Processo Administrativo Disciplinar, o Impetrante não contou com a presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, circunstância, que, à luz dos precedentes desta Corte de Justiça, é elementar à garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.

3. A exoneração *ex officio*, de que trata o art. 34 da Lei n. 8.112/1990, não se destina a resolver os casos em que não se pode aplicar a demissão, em virtude de se ter reconhecida pela Administração a prescrição da pretensão punitiva estatal. Desse modo, eivado de nulidade o ato exoneratório, por evidente ofensa ao princípio da legalidade. Precedentes.

4. A teor das Súmulas ns. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, o mandado de segurança é distinto da ação de cobrança, não se prestando, portanto, para vindicar a concessão de efeitos patrimoniais pretéritos.

5. *Writ* parcialmente concedido.” (MS n. 7.239-DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJ 13.12.2004, p. 212)

“Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo.

1. A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.

2. Ordem concedida.” (MS n. 7.078-DF, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJ 09.12.2003, p. 206)

Com efeito, a Constituição Federal não faz distinção quanto à observância da ampla defesa e do contraditório para os acusados tanto na esfera judicial quanto na administrativa. A doutrina também tem destacado esse entendimento. A propósito, transcrevo a lição de Léo da Silva Alves (*Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas*, Brasília, Brasília Jurídica, 2005, p. 32):

“A Constituição Federal de 1988 equiparou os processos administrativos aos processos judiciais, como se observa na clara redação do art. 5º, IV. Por conseguinte, não há diferença entre funcionário e réu. As mesmas garantias que tem o réu no processo penal, tem o funcionário no processo disciplinar.”



Com fundamento nessa compreensão doutrinária e jurisprudencial, no tocante à nulidade de processo disciplinar por cerceamento de defesa, deve-se, por conseguinte, ater-se à orientação sumulada do Supremo Tribunal Federal em relação ao acusado em processo penal, *verbis*:

“No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”
(Súmula n. 523-STF)

Desse modo, em outras palavras, inexistindo defesa do servidor público em processo disciplinar, há nulidade absoluta. Se houve defesa, mas que se deu de forma deficiente, a nulidade dar-se-á se houver demonstração de prejuízo.

No caso em exame, verifico dos autos que o impetrante não se viu acompanhado de advogado ou de defensor dativo em nenhum momento. Nessa hipótese, a nulidade é absoluta porque o prejuízo é presumido. Nesse sentido: EDcl no MS n. 7.078-DF, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJ 22.03.2004.

Ressalto que a própria Administração reconhece que a defesa escrita apresentada pelo próprio impetrante mostrou-se sucinta (em duas laudas) e limitada à afirmação de que houve coisa julgada administrativa, consoante se pode observar no seguinte excerto das informações prestadas pela autoridade impetrada (fl. 212):

“Em razão do seu indiciamento, o servidor Wilson Borlin, citado, fl. 487, ofereceu sua defesa escrita, fls. 488/489, na qual, de forma sucinta, com base no julgamento proferido no bojo do Processo Administrativo Disciplinar n. 04905.00190/2002-01, arquivado por insuficiência de provas, argúi a ocorrência de coisa julgada administrativa.”

Diante do transcurso da fase instrutória sem a presença de advogado ou de defensor dativo e da apresentação de defesa escrita de forma sucinta e adstrita a um único argumento, de acordo com o entendimento do próprio servidor, ocupante do cargo de Engenheiro, ou seja, não-vinculado à área jurídica, o prejuízo não é presumido, mas flagrante.

Por fim, não obstante as afirmações do impetrante quanto à inobservância do princípio da proporcionalidade — que deve ser examinado no caso concreto, frise-se —, entendo que remanesce prejudicada sua análise na hipótese, tendo em vista a ocorrência de cerceamento de defesa no processo disciplinar, conforme acima exposto.

Com esses fundamentos, *concedo a segurança* para anular a Portaria n. 134, de 11.06.2004, do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, que demitiu o impetrante, e determinar sua reintegração ao cargo que ocupava. Custas *ex lege*. Sem con-

denação ao pagamento de honorários (Súmula n. 105-STJ). Efeitos patrimoniais pretéritos a partir da data do ajuizamento deste — Súmulas ns. 269 e 271-STF e art. 1º da Lei n. 5.021/1966. Sem prejuízo, ademais, da instauração de novo procedimento, se for o caso, observado em toda sua contextura o devido processo legal.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Wilson Borlin contra ato do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão que, por meio da Portaria n. 134, de 11 de junho de 2004, publicada no DJ 14.06.2004, o demitiu do cargo de Engenheiro do Quadro de Pessoal daquela pasta, com fundamento na vedação prevista no art. 117, X, da Lei n. 8.112/1990 (exercício de gerência de empresa privada concomitante ao desempenho de funções de cargo público efetivo).

A impetração, conforme o bem lançado relatório do Ministro Arnaldo Esteves, está calcada nas seguintes teses: nulidade insanável do processo administrativo disciplinar em razão do impetrante não ter sido assistido por advogado constituído ou defensor dativo; ocorrência de coisa julgada, pois o procedimento administrativo aqui impugnado seria mera reiteração de anterior processo disciplinar arquivado por falta de provas; a pena aplicada não guarda razoabilidade e proporcionalidade com a irregularidade pretensamente cometida; quando da instauração do processo administrativo disciplinar o impetrante já havia se desligado da gerência da Empresa WB Engenharia.

O Relator, após afastar a existência de coisa julgada administrativa, assim como ter afirmado a irrelevância do impetrante haver se desligado da empresa privada antes da instauração do procedimento disciplinar, concede a ordem por reconhecer ter ocorrido nulidade absoluta em razão da falta de atuação de advogado constituído ou defensor dativo durante a tramitação do processo administrativo.

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

No julgamento do Mandado de Segurança n. 10.837-DF, sustentei, com apoio em precedentes do Supremo Tribunal Federal, que o rito da Lei n. 8.112/1990 não prevê como obrigatória a participação de advogado constituído durante a fase de instrução do processo administrativo disciplinar, enfatizando que a nomeação de defensor dativo somente se mostra obrigatória na hipótese de revelia do servidor indiciado.

A tese por mim defendida, contudo, não foi abrigada pelos demais integrantes da Terceira Seção, que entenderam por ratificar anterior compreensão sobre o tema, valendo destacar os seguintes precedentes:



A - “Mandado de segurança. Processo Administrativo Disciplinar. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo.

1. A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.

2. Ordem concedida.” (MS n. 7.078-DF, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 09.12.2003)

B - “Mandado de segurança. Processo Administrativo Disciplinar. Ausência de defesa por advogado e defensor dativo. Cerceamento de defesa. Ocorrência.

I - ‘A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas litigantes, mas também os acusados em geral’ (Precedentes).

II - Independentemente de defesa pessoal, é indispensável a nomeação de defensor dativo, em respeito à ampla defesa.

III - Ordem concedida.” (MS n. 10.565-DF, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ 13.03.2006)

Assim, embora ressaltando ponto de vista em sentido contrário, acompanho o Relator para conceder a segurança, declarando a nulidade do processo administrativo disciplinar desde a instauração, sem prejuízo de sua renovação.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.468-DF (2005/0030834-5)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Luiz Carlos de Mello Azevedo

Advogado: João Paulo da Silva

Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda

EMENTA

Mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Produção de prova oral requerida em defesa escrita pelo investigado. Recusa pela comissão processante. Fundamentação insuficiente. Cerceamento de defesa configurado.

Conforme entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no processo administrativo disciplinar, o presidente da comissão deve fundamentar adequadamente a rejeição de pedido de oitiva de testemunhas formulado pelo servidor (art. 156, § 1º, da Lei n. 8.112/1990), em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

No caso, a autoridade administrativa indeferiu os depoimentos requeridos na defesa escrita, pois não trariam maiores esclarecimentos para o desfecho da investigação. Deveria, contudo, ter explicitado o motivo porque tais testemunhos seriam desnecessários, e não fazer mera repetição da regra do citado art. 156, § 1º, da Lei n. 8.112/1990.

A insuficiente fundamentação da recusa ao pleito do impetrante configura cerceamento de defesa, o que importa na declaração de nulidade do processo administrativo disciplinar desde tal ato.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, concedeu a segurança, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Medina.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJ 30.10.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de mandado de segurança, impetrado por Luiz Carlos de Mello Azevedo, contra ato do Ministro de Estado da Fazenda que, por meio da Portaria n. 436, de 29.12.2004, demitiu-o do quadro de servidores do Ministério da Fazenda.

Consta dos autos que, em 18.12.2000, a revista eletrônica “No Ponto” publicou reportagem jornalística em que denunciou a venda de informações fiscais sigilosas no âmbito da Secretaria da Receita Federal no Rio de Janeiro, o que levou a Administração a instaurar sindicância para apurar os fatos noticiados. A comissão instalada apurou que o acesso aos dados se deu mediante o uso da senha do impetrante. Encerradas as investigações, abriu-se processo disciplinar, no qual ele constava como indiciado, concluindo pela sua responsabilidade na prática da conduta ilícita perquirida, com a aplicação da pena de suspensão pelo prazo de 60 (sessenta) dias. O processo administrativo foi remetido para exame da autoridade superior, que alterou a pena sugerida pela comissão disciplinar para demissão, por infringência ao art. 117, IX, da Lei n. 8.112/1990, assim como pela prática de ato de improbidade administrativa (art. 132, IV, da Lei n. 8.112/1990 c.c. o art. 11, *caput* e incisos I e III da Lei n. 8.429/1992).

Afirma o impetrante que não acessou indevidamente a base de dados da Secretaria da Receita Federal, tampouco forneceu sua senha para que outros o fizessem. Argumenta, outrossim, que teve seu direito de defesa cerceado durante o processo disciplinar, uma vez que não foram ouvidas pela comissão 4 (quatro) testemunhas por ele indicadas. Aponta, por fim, a desproporcionalidade da pena de demissão com os fatos apurados.

Ante a ausência de pedido de medida liminar, o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa solicitou informações à autoridade coatora, que as prestou às fls. 86/91. O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 95/98, opinou pela denegação da segurança.

Às fls. 107/114, o impetrante reitera os termos da petição inicial e requer a concessão de medida cautelar, em caráter liminar, em ordem a suspender os efeitos da Portaria n. 436/2004, do Ministro de Estado da Fazenda.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Em primeiro lugar, no que toca ao pedido de concessão de liminar (fls. 107/114), cumpre sa-

liantar que foi formulado no momento em que o presente mandado de segurança encontrava-se suficientemente instruído para julgamento de mérito. Assim, em vez de apreciar o pleito cautelar, determinei a inclusão do processo em pauta, a fim de dar solução definitiva ao caso da forma mais breve possível.

O impetrante busca, com o ajuizamento deste mandado de segurança, anular processo administrativo que culminou na sua demissão, efetivada pela Portaria n. 436/2004, do Ministro de Estado da Fazenda. Para tanto, afirma que o indeferimento, pela comissão disciplinar, da oitiva das testemunhas arroladas na defesa escrita, constituiu ofensa à ampla defesa e ao contraditório, assegurados no art. 5º, IV, da Constituição da República.

Considerados os elementos constantes dos autos, tenho que assiste razão ao impetrante, na parte em que aponta a ocorrência de cerceamento de defesa.

Com efeito, a fim de demonstrar que não acessou de forma indevida a base de dados da Secretaria da Receita Federal e que tampouco forneceu sua senha para terceiros, o impetrante, ao ofertar defesa escrita perante a comissão disciplinar, pugnou pela oitiva de quatro servidores lotados juntamente com ele, além de todos os funcionários que operavam os terminais de computador investigados durante a sindicância. A comissão processante, todavia, não acolheu a postulação, ao argumento de que tais depoimentos “não trariam maiores esclarecimentos para o deslinde dos fatos ora sob investigação.”

De modo a resguardar a plena observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o art. 156, *caput*, da Lei n. 8.112/1990 confere ao servidor investigado algumas garantias, dentre elas a de arrolar e reinquirir testemunhas. É certo, todavia, que o § 1º do mencionado artigo permite ao presidente da comissão “denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos”.

Por se tratar de norma que, em princípio, pode vir a restringir o acesso do funcionário sob investigação à ampla defesa, o referido § 1º do art. 156 da Lei n. 8.112/1990 tem recebido exegese desta Terceira Seção, no sentido de exigir da autoridade processante suficiente fundamentação para a recusa dos pedidos formulados com base no *caput* do dispositivo legal. Nesse sentido, aponto os seguintes precedentes:

“Mandado de segurança. Processo Administrativo Disciplinar.

Indeferimento da oitiva de algumas testemunhas arroladas pelo servidor. Ausência de motivação do ato. Nulidade. Ordem concedida.



1. “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (inciso LV do art. 5º da Constituição da República).

2. “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” (art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.784/1999)

3. Em havendo a comissão processante indeferido a oitiva das testemunhas arroladas pelo impetrante, à consideração de que se tratava de medida protelatória, sem qualquer fundamentação outra, escolhendo duas dentre as dez testemunhas arroladas, é de se reconhecer a ocorrência de cerceamento de defesa.

4. O mandado de segurança impetrado na Justiça Federal de 1ª instância não constitui qualquer óbice ao reconhecimento da violação do direito líquido e certo do impetrante, haja vista que a homologação do pedido de desistência do *mandamus* não obsta sua reiteração por intermédio de nova impetração, nem faz coisa julgada.

5. Ordem concedida.” (MS n. 8.431-DF, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJ 23.06.2003)

“Mandado de segurança. Administrativo. Ministro do estado da previdência e assistência social. Ato demissório. Oitiva de testemunha de defesa não cumprida. Cerceamento de defesa.

A despeito das outras alegações da impetrante, caracterizado o cerceamento de defesa pelo fato de não ter sido ouvida testemunha de defesa por ela indicada, o respectivo procedimento administrativo deve ser anulado.

Ordem concedida, com a anulação da Portaria que culminou com a demissão da impetrante, e a sua conseqüente reintegração ao cargo anteriormente por ela ocupado.” (MS n. 9.231-DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Terceira Seção, DJ 15.12.2003)

“Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público. Processo disciplinar. Acumulação de cargos. Incompatibilidade de horários não comprovada. Conclusões de relatório e de pareceres antagônicos entre si. Indeferimento não fundamentado de ouvida de testemunha de defesa. Cerceamento caracterizado.

1. O antagonismo existente entre os diversos relatórios e pareceres constantes dos autos evidenciam não estar devidamente comprovada a

alegada incompatibilidade de horários no exercício dos cargos públicos acumulados pelo impetrante.

2. A falta de fundamentação no indeferimento de ouvida de testemunha caracteriza cerceamento de defesa.

3. Ordem concedida.” (MS n. 7.469-DF, Relator Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, DJ 28.10.2002)

Considerada a orientação deste colegiado sobre o tema, tenho que, no caso em exame, a comissão processante não fundamentou apropriadamente a rejeição ao pedido de produção de prova testemunhal feito pelo impetrante. De fato, era dever da autoridade administrativa, em obediência aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, explicitar o motivo porque os depoimentos requeridos pelo servidor eram prescindíveis à conclusão da investigação.

Ora, afirmar de forma simplória que os depoimentos não trariam maiores esclarecimentos ao desfecho do caso constitui mera repetição do texto legal (art. 156, § 1º, da Lei n. 8.112/1990) e não basta à observância ao requisito da adequada justificação da recusa à postulação do servidor, que, na hipótese, teve seu direito de defesa cerceado.

Necessário destacar, por fim, que o acolhimento das razões atinentes ao cerceamento de defesa prejudica o exame dos demais fundamentos trazidos pelo impetrante, relativos à autoria dos fatos investigados e à desproporcionalidade da pena de demissão aplicada.

Diante do exposto, concedo a segurança, em ordem a declarar a nulidade do Processo n. 10768.013694/2002-05, da Comissão de Processo Disciplinar da Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado do Rio de Janeiro, a partir do ato que indeferiu o pedido de oitiva de testemunhas formulado na defesa escrita do servidor, e, conseqüentemente, anular a Portaria n. 436, de 29.12.2004, do Ministro de Estado da Fazenda, devendo o impetrante ser reintegrado ao cargo que antes ocupava. Custas na forma da lei. Sem honorários, em face da Súmula n. 105-STJ e da Súmula n. 512-STF

É como voto.

