



Jurisprudência da Terceira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 34.101 — RS (2001/0181265-0)

Relator: Ministro Fontes de Alencar

Autor: Justiça Pública

Réu: Saulo Cerentini

Advogado: Heitor Araujo Carvalho Bernardes

Suscitante: Juízo Federal da 2ª Vara de Uruguaiana — SJ/RS

Suscitado: Juízo de Direito de Cachoeira do Sul — RS

EMENTA

Competência. Conflito positivo.

— Em se tratando de cumprimento da pena de limitação de fim de semana “em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado,” afirma-se a competência do Juízo Estadual, o suscitado.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o suscitado, Juízo de Direito de Cachoeira do Sul — RS. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Laurita Vaz e Paulo Medina. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 22 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Fontes de Alencar, Relator

Publicado no DJ de 17.11.2003

EXPOSIÇÃO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Trata-se de conflito positivo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 2ª Vara de Uruguaiana — SJ/RS tendo como suscitado o Juízo de Direito de Cachoeira do Sul — RS relativo à competência para a execução de pena imposta pela Justiça Federal.

Consta que o réu foi denunciado pelos crimes de descaminho e tráfico de entorpecentes e condenado a três anos e quatro meses de reclusão, em regime inte-

gralmente fechado, e ao pagamento de cinqüenta dias-multa, à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, por sentença prolatada pelo Juízo Federal da 2ª Vara de Uruguaiana — SJ/RS (fls. 3/11).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu provimento à apelação do réu para declarar prescrito o crime de contrabando e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a saber, uma de prestação de serviços à comunidade e outra de limitação de fim de semana (fls. 13/24).

Transitado em julgado o acórdão (fl. 26), o Juízo Federal deprecou ao suscitado o cumprimento e fiscalização das penas aplicadas ao condenado (fl. 27), uma vez que possui domicílio na cidade de Cachoeira do Sul.

O Juízo de Direito de Cachoeira do Sul determinou a devolução da precatória, solicitando ao Juízo Federal a remessa do processo de execução criminal (fl. 28).

O Juízo Federal suscitou o presente conflito alegando que a competência para a execução das penas restritivas de direito é definida pelo órgão jurisdicional da respectiva condenação (fls. 29/30). E acrescentou:

“A circunstância de o apenado ter domicílio em cidade diversa não é suficiente para alterar a competência deste juízo de execução criminal, afigurando-se admissível por conseguinte, deprecar a fiscalização de seu cumprimento ao Juízo Estadual respectivo.”

O parecer do Ministério Público Federal foi pela competência da Justiça Estadual, expondo sua manifestação a seguinte ementa:

“Conflito positivo de competência. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, pelo Tribunal **a quo**. Execução da reprimenda restritiva de direito de limitação de fim de semana em estabelecimento penal estadual. Competência da Justiça Estadual para o processo de execução penal, a teor da Súmula n. 192/STJ. Parecer pelo conhecimento do conflito, decidindo-se pela competência do Juízo Estadual, suscitado” (fl. 36).

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): A questão é da competência para a execução das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana impostas pela Justiça Federal.

A pena de limitação de fim de semana deverá ser cumprida em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado (fl. 27), sujeito à Administração Estadual.

Tem incidência, na hipótese, a Súmula de n. 192 deste Tribunal, que encerra este enunciado:

“Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à Administração Estadual.”

Confira-se, a propósito, os seguintes precedentes da colenda Terceira Seção:

“Conflito de competência. Juízos federal e estadual. Processual Penal. Execução provisória. Preso em presídio sob Administração Estadual. Foragido.

Ainda que o preso esteja foragido, e que a sentença penal condenatória não tenha transitado em julgado, compete ao Juízo Estadual da Comarca do respectivo presídio onde o réu deverá cumprir a pena, proceder à execução da mesma.

Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Joaçaba — SC.” (CC n. 30.680/SC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 08.10.2001, p. 161).

“Processual Penal. Conflito de competência. Execução penal. Juízo Federal e Juízo de Direito. Súmula n. 192/STJ.

Compete à Justiça Estadual a execução das sanções impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à Administração Estadual.

Conflito conhecido, competente juízo suscitante” (CC n. 26.935/RN, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 16.11.1999, p. 179).

Posto isso, conheço do conflito e declaro competente o Juízo de Direito de Cachoeira do Sul — RS.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 37.834 — DF (2002/0175265-7)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Autora: Justiça Pública

Réus: Neilor Rolien Alves Guimarães e Ana Mota Guedes

Suscitante: Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal de Brasília — DF

Suscitado: Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal

EMENTA

Criminal. Conflito de competência. Parcelamento irregular de solo urbano. Fraude contra a União. Esbulho de terra da União. Condomínio

Nova Colina II — Fazenda Sálvia. Delito dirigido ao ordenamento urbanístico dos Municípios e do Distrito Federal como crime-meio. Fraude contra a União e esbulho como crimes fins, se for o caso. Princípio da consunção. Configuração de ofensa a bens e interesses da União. Competência da Justiça Federal.

I - Compete à Justiça Federal o processo e julgamento de feito que visa à apuração de possível crime de fraude decorrente da alienação de área integrante do patrimônio da União como se fosse própria.

II - O delito de loteamento clandestino é crime-meio para a possível alienação de coisa alheia como própria e para eventual esbulho de bem pertencente à União.

III - A fraude contra a União e o esbulho podem absorver, se for o caso, a desobediência a regramento administrativo para a feita de loteamentos irregulares, de acordo com o princípio da consunção.

IV - Configurada a ofensa a bens, serviços e interesses da União sobressai a competência da Justiça Federal para o julgamento do feito.

V - Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o Suscitado.

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, conhecer do conflito e declarou competente o Suscitado, Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezini, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Paulo Medina, Fontes de Alencar e Felix Fischer.

Brasília (DF), 11 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

Publicado no DJ de 29.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de conflito negativo de competência entre a Justiça Federal e a Justiça do Distrito Federal, nos autos de procedimento penal

instaurado para a apuração de possível crime de parcelamento irregular de solo urbano, conduta descrita no art. 50, I, parágrafo único, I e II da Lei n. 6.766/1979 e art. 171, **caput**, do Código Penal, em concurso material, praticados, em tese, no Condomínio Nova Colina II, Região Administrativa de Sobradinho — DF, que se encontra localizado dentro dos limites da Fazenda Sálvia.

Instaurado o feito perante à Justiça Federal, o Juízo Federal, acolhendo manifestação do Ministério Público Federal, declinou da competência em favor da Justiça Comum, sob o argumento de que o bem jurídico tutelado atine a interesse exclusivo da municipalidade da situação do imóvel, mesmo que o terreno parcelado seja de propriedade da União.

A Juíza de Direito Substituta da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária Especial de Brasília — DF suscitou o presente conflito, considerando-se incompetente para o processo e julgamento do feito, tendo em vista a mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, e salientando não restar qualquer dúvida de que as terras onde se procedeu ao loteamento irregular pertencem à União.

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pela competência da Justiça Federal.

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de conflito negativo de competência entre a Justiça Federal e a Justiça do Distrito Federal, em ação penal instaurada para a apuração de possível crime de parcelamento irregular de solo urbano, cometido em terras pertencentes à União.

Consta dos autos que foi instaurado Inquérito Policial para apurar a prática, em tese, do crime previsto no art. 50 e seguintes da Lei n. 6.766/1979, cometido no Condomínio Nova Colina II, Região Administrativa de Sobradinho — DF, que se encontra localizado dentro dos limites da Fazenda Sálvia.

Entretanto, a Juíza de Direito Substituta da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária Especial de Brasília — DF suscitou o presente conflito, considerando-se incompetente para o processo e julgamento do feito, tendo em vista a mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, e salientando não restar qualquer dúvida de que as terras onde se procedeu ao loteamento irregular pertencem à União.

Passo ao exame de mérito.

De fato, a Lei n. 6.766/1979 regula o parcelamento do solo urbano, deixando-o a cargo dos Municípios e do Distrito Federal, e tendo como objeto jurídico o ordenamento urbanístico e ecológico municipal. Deve ser ressaltado que a referida Lei dispõe sobre a ocupação ordenada do solo e, não, sobre a sua propriedade.

Contudo, no presente caso, trata-se de possível parcelamento em terras per-tinentes à União Federal.

Extrai-se, dos autos (fl. 193), a informação, remetida pela Secretaria do Patrimônio da União, que “o Condomínio Nova Colina II, Região Administrativa de Sobradinho – DF, encontra-se irregularmente localizado dentro dos limites da Fazenda Sálvia, de propriedade da União”.

Assim, penso que procede a argumentação trazida pela Subprocuradoria Geral da República (fl. 477), no sentido de que o loteamento clandestino (art. 50, incisos I e II, da Lei n. 6.766/1979) pode ser considerado como crime-meio para eventual alienação de coisa alheia como própria (art. 171, inciso I, do Código Penal) e esbulho de bem da União (art. 20 da Lei n. 4.947/1966). Estes últimos — como crimes fins — podem, se for o caso, absorver o primeiro (loteamento clandestino), por força do princípio da consunção, configurando, ao fim e ao cabo, a efetiva lesão ao patrimônio da União.

Não se pode ignorar que a conduta incriminada não teve, como objetivo final, a mera desobediência a regramento administrativo, ou seja, à Lei de Registros Públicos (art. 50 da Lei n. 6.766/1979). Parece que o objetivo final pode ser a fraude decorrente da alienação de área integrante do patrimônio da União como se fosse própria.

As conseqüências para a União seriam evidentes: perda da posse, obrigação de indenizar adquirente de boa-fé, definitiva perda do patrimônio público etc.

Importante, ainda, salientar a consideração feita pelo e. Subprocurador Wagner Gonçalves, no Conflito de Competência n. 35.582/DF:

“Não há esbulho ou expropriação de terreno da União mediante fraude e venda a terceiros sem a posse ilícita e a desobediência a regramentos administrativos. Estes são crimes meios para retirar do patrimônio da União a posse e, no final, a propriedade do terreno, tudo mediante fraude.

Como, portanto, não se reconhecer, nesta hipótese, o interesse da União? Seria o mesmo que afirmar não ter o particular interesse na questão, porque quem ocupa seu terreno (e o vende parcelado) está simplesmente cometendo uma falta administrativa” (fls. 332/333).

Esta Corte, inclusive, já se pronunciou em caso idêntico ao dos autos:

“Penal. Conflito de competência. Imóvel sálvia. Sobradinho (DF). Disposição de coisa alheia como própria. Esbulho de bem da União. Loteamento clandestino. Princípio da consunção. Ilícito cometido em detrimento de bem da União. Competência da Justiça Federal.

I - Os delitos de alienação de coisa alheia como própria (CP art. 171, I) e esbulho de bem da União (Lei n. 4.947/1966, art. 20) absorvem, a teor do princípio da consunção, o crime de loteamento clandestino (Lei n. 6.766/1979, art. 50, I, parágrafo único, I e II), pois este se constitui em fase de preparação das infrações anteriores.

II - Configurada a prática de delito em detrimento de bem da União, compete à Justiça Federal, **ex vi** art. 109, IV, da CF, o processo e julgamento da respectiva ação penal.

Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.”(CC n. 36.122/DF, DJ de 19.12.2002, Rel. Min. Felix Fischer).

Configurada, portanto, a ofensa a bens e interesses da União, deve ser aplicada a regra do art. 109, inciso I, da Constituição Federal, sobressaindo a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do feito.

Diante do exposto, conheço do conflito e declaro competente para apreciar e julgar a causa principal o Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o Suscitado.

É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL
N. 429.581 — RJ (2002/0161660-5)**

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Anna Flávia Nobrega Cavalcanti e outros

Embargados: Adeildo Ramos Magalhães e outro

Advogados: Juliana Rodrigues Duarte Nogueira e outros

EMENTA

Previdenciário e Processual Civil. Revisional de benefícios. Previ-Banerj. Ilegitimidade ativa. Créditos previdenciários. Cessão. Impossibi-

lidade. Segurado. Representação processual. Inexistência. Embargos acolhidos.

1. É nula a cláusula do mandato judicial outorgado pelo beneficiário à Previ-Banerj, segundo a qual o produto da ação revisional de benefícios, caso seja julgada procedente, reverterá à entidade de previdência privada, porquanto tem como objeto créditos previdenciários, cuja cessão é expressamente vedada pelo art. 114 da Lei n. 8.213/1991.

2. Tão-somente o segurado tem legitimidade para buscar o pagamento das diferenças resultantes de erro de cálculo da renda mensal inicial, ainda que tenham sido supridas pela entidade de previdência privada, uma vez que esta não possui vínculo jurídico com a autarquia previdenciária.

3. O segurado, malgrado conste no pólo ativo da ação, não está devidamente representado, porquanto, embora tenha outorgado mandato judicial à Previ-Banerj, esta não lhe constituiu advogado.

4. Embargos de divergência acolhidos.

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, acolher os embargos de divergência, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros Paulo Medina, Fontes de Alencar, Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini e Paulo Gallotti. Presidiu a sessão o Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília (DF), 11 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

Publicado no DJ de 30.06.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de embargos de divergência opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS em face do acórdão proferido pela egrégia Sexta Turma no julgamento do REsp n. 429.581/RJ, Relator Ministro Vicente Leal, assim ementado, **in verbis**:

“Processual Civil. Previdenciário. Nulidade do instrumento de mandato. Interesse. Inexistência.

— O INSS não possui interesse legítimo para postular a anulação de contrato firmado entre segurado e entidade de previdência privada.

— Recurso especial não conhecido.” (Fl. 188)

Argúi a existência de dissenso com aresto da egrégia Quinta Turma, prolatado nos autos do REsp n. 422.145/RJ, cuja ementa, da lavra do Min. Gilson Dipp, restou assim redigida, **litteris**:

“Processual Civil e Previdenciário. Ação revisional de benefício. Inércia da representação. Cessão de direitos de proventos à Previ-Banerj. Proibição. Art. 114 da Lei n. 8.213/1991.

I - Mostra-se inepta a procuração outorgada pelos Autores-segurados à Previ-Banerj, com cláusula de cessão de direitos de proventos, em face da proibição do art. 114 da Lei n. 8.213/1991.

II - Ainda que se admitisse a sub-rogação do art. 985, inciso III, do Código Civil, os Autores-segurados careceriam de interesse para está em Juízo, buscando direito já cedido.

III - Por não manter relação jurídica com a Autarquia, a Previ-Banerj carece de legitimidade para a ação.

IV - Recurso conhecido e provido.” (Fl. 200)

Admitidos os embargos (fls. 208/209), foi oferecida resposta (fls. 219/224). É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De início, mister tecer algumas considerações relativas à situação retratada nos presentes autos.

O Autor, detentor de aposentadoria concedida pelo INSS e filiado à Previ-Banerj, outorgou mandato judicial a esta entidade de previdência privada para que propusesse ação revisional, visando ao recálculo da renda mensal inicial de seu benefício previdenciário.

Na procuração acima referida, restou acordado que, caso fosse julgada procedente a demanda, o produto da condenação reverteria em favor da Previ-Banerj.

O cerne da divergência diz respeito à nulidade da cláusula constante do mandato outorgado pelo segurado, na qual ficou estabelecido que o produto da conde-

nação reverterá em favor da Previ-Banerj, em face do art. 114 da Lei n. 8.213/1991, cuja redação é a seguinte, **in verbis**:

“Salvo quanto a valor devido à Previdência Social e a desconto autorizado por esta Lei, ou derivado da obrigação de prestar alimentos reconhecida em sentença judicial, o benefício não pode ser objeto de penhora, arresto ou seqüestro, sendo nula de pleno direito a sua venda ou cessão, ou a constituição de qualquer ônus sobre ele, bem como a outorga de poderes irrevogáveis ou em causa própria para o seu recebimento.”

A entidade de previdência privada assevera que o INSS não tem legitimidade para postular a nulidade de contrato firmado entre ela e seus filiados, porquanto “o vínculo jurídico existente é completamente independente” daquele com a Previdência Social. (Fl. 220)

Tem razão a Embargada quando afirma a independência das relações jurídicas existentes, pois, conquanto ambas tenham como início a inativação do empregado e mantenham sempre um paralelismo, não há comunicação entre elas, especialmente no tocante às normas de regência.

Com efeito, o vínculo existente entre o segurado e o INSS é de direito público, sendo regido, exclusivamente, pela normas do Direito Previdenciário, diferentemente daquele mantido com a Previ-Banerj.

No âmbito do direito privado, segundo o qual é regida a relação existente entre o segurado e a entidade de previdência privada, é plenamente possível a cessão de direitos, hipótese em que se opera a sub-rogação, adquirindo o sub-rogado poderes para agir como se credor fosse.

É nula, contudo, a cláusula do mandato judicial outorgado pelo beneficiário à Previ-Banerj, segundo a qual o produto da ação revisional de benefícios, caso procedente, reverterá à entidade de previdência privada, porquanto tem como objeto créditos previdenciários, cuja cessão é expressamente vedada pelo art. 114 da Lei n. 8.213/1991.

Tão-somente o segurado tem legitimidade para buscar o pagamento das diferenças resultantes de erro de cálculo da renda mensal inicial, ainda que tenham sido supridas pela entidade de previdência privada, uma vez que esta não possui vínculo jurídico com a autarquia previdenciária.

Esse tem sido o entendimento das Turmas que compõem a egrégia Terceira Seção, **in verbis**:

“Recurso especial. Previdenciário. Processo Civil. Procuração outorgada à entidade de previdência privada responsável pela complementação do bene-

fício. Cláusula de cessão de direitos. Contrato de natureza complexa. Artigo 114 da Lei n. 8.213/1991. Nulidade. Reconhecimento.

1. “Salvo quanto a valor devido à Previdência Social e a desconto autorizado por esta Lei, ou derivado da obrigação de prestar alimentos reconhecida em sentença judicial, o benefício não pode ser objeto de penhora, arresto ou seqüestro, sendo nula de pleno direito a sua venda ou cessão, ou a constituição de qualquer ônus sobre ele, bem como a outorga de poderes irrevogáveis ou em causa própria para o seu recebimento.” (Artigo 114 da Lei n. 8.213/1991).

2. O mandato outorgado por segurado à Previ-Banerj, em ação visando à revisão de benefício previdenciário, com cláusula de que o produto total da condenação se reverterá em favor do mandatário, por consequência, é nulo de pleno direito, enquanto contrato de natureza complexa, eis que compreende cessão de direito vedada em norma legal imperativa.

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça pacificou já entendimento no sentido de que a Previ-Banerj, juntamente com o segurado, não tem legitimidade para figurar no pólo ativo de demanda em que se postula a revisão de benefício previdenciário, por inexistente relação material entre ela e a autarquia previdenciária.

4. Admitida, por outro lado, a cessão de direitos, faltaria aos segurados legitimidade para postulá-los em juízo, à falta de autorização legal (artigo 6º do Código de Processo Civil).

5. Sendo o benefício previdenciário complementado por entidade de natureza privada, na hipótese de reajustamento do benefício, preserva-se o interesse de agir em juízo do segurado, contra a autarquia pública, em face da natureza distinta e autônoma dos institutos. Precedente da Terceira Seção.

6. Recurso conhecido e provido parcialmente.” (REsp n. 430.566/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 24.03.2003.)

“Previdenciário e Processual Civil. Revisional de proventos. Procuração outorgada à caixa de assistência dos funcionários do sistema Banerj. Ausência de relação jurídica entre Previ-Banerj e INSS. Inteligência do art. 114 da Lei n. 8.213/1991.

I - Não obstante o interesse dos segurados em receber a complementação de seus proventos, a Previ-Banerj não mantém relação jurídica com a Autarquia previdenciária. Neste contexto, irregular a procuração da Previ-Banerj outorgada para Advogado, mesmo com o subterfúgio da cláusula de cessão de direitos, pois o mandato não é hábil a legitimar a propositura de ação revisional. Inteligência do art. 114 da Lei n. 8.213/1991.

II - Agravo desprovido.” (AgRg no REsp n. 475.470/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 24.03.2003.)

Outrossim, é pacífico que, “malgrado a Previ-Banerj detenha poderes de representação judicial dos autores, não possui capacidade postulatória, pelo que mister se faz a outorga de procuração a profissional habilitado. Contudo, ao fazê-lo, deve especificar que age em nome daquele que outorgara o mandato, senão a presunção é de que atua em nome próprio.” (REsp n. 311.396/RJ, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 18.06.2001).

No caso, o advogado não foi constituído em nome do segurado, mas representa a Previ-Banerj.

Ante o exposto, acolho os embargos de divergência para que prevaleça o entendimento firmado no acórdão paradigma, declarando extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, incisos IV e VI, do Código de Processo Civil.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 7.152 — DF (2000/0091346-4)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Impetrante: Sandra Regina Rossoni Trai

Advogados: Artemio Antoninho Miola e outros

Impetrado: Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social

EMENTA

Processo Civil — Administrativo — Mandado de segurança — Agente Administrativa do quadro de pessoal do INSS/RS — Processo Administrativo Disciplinar — Testemunha indiciada como sindicada no curso do processo — Demissão por improbidade administrativa — Ampla defesa e contraditório inexistentes — Cerceamento — Segurança concedida.

1. Se à impetrante, arrolada como testemunha em procedimento administrativo instaurado contra outras servidoras, não é garantido o direito a ser interrogada, após sua indicição, agora na condição também de acusada, sendo-lhe facultada, apenas, a apresentação de defesa

escrita após ter vista dos autos, configura-se violação à ampla defesa e ao contraditório, constitucionalmente assegurados.

2. Ademais, consoante arts. 156 a 159, da Lei n. 8.112/1990, na fase instrutória do inquérito administrativo, é garantido ao servidor, que figura como acusado, o direito de acompanhar o processo, pessoalmente ou por meio de seu procurador, desde o início, para que tenha oportunidade de produzir contraprovas, reinquirir testemunhas e, em seguida, ser interrogado.

3. Segurança concedida para determinar que seja anulado o ato que impôs a pena de demissão à impetrante (Portaria n. 7.510/2000), com a conseqüente reintegração da mesma no cargo que ocupava, sem prejuízo de que, em novo e regular procedimento, observados os preceitos constitucionais acima aventados, a Administração Pública aplique a penalidade adequada a eventual infração administrativa apurada.

4. Custas **ex lege**. Sem honorários advocatícios a teor das Súmulas ns. 105/STJ e 512/STF.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Paulo Medina, Fontes de Alencar, José Arnaldo da Fonseca e Hamilton Carvalhido. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

Publicado no DJ de 06.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por Sandra Regina Rossoni Trai, contra ato do Sr. Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, objetivando a anulação do Processo Administrativo n. 35.365.000835/97-20, bem como dos efeitos da Portaria n. 7.510, de 08.08.2000, publicada no Diário Oficial da União em 09.08.2000, que resultou em sua demissão, determinando-se, de imediato, sua reintegração no cargo de Agente Administrativo do quadro de pessoal do Instituto Nacional de Seguro Social — INSS/RS.

Alega, em síntese, que não lhe foi assegurada a ampla defesa e o contraditório no referido procedimento disciplinar, porquanto esta sequer figurou como acusada e, sim, foi arrolada durante a oitiva de testemunhas. Outrossim, explana que não foi interrogada e que não participou de toda a fase instrutória (fls. 02/30).

A liminar foi indeferida às fls. 746/747, determinando-se a citação litisconsorcial.

Em suas informações (fls. 752/765), a autoridade coatora sustenta, preliminarmente, em síntese, a impossibilidade jurídica do pedido tendo em vista a inadequação da via eleita para rediscussão de provas. No mérito, pugna pela denegação da segurança ao entendimento de que todos os fatos imputados à ora impetrante foram devidamente comprovados.

Na qualidade de litisconsorte passivo necessário, o INSS apresentou suas contra-razões, sustentando a inadequação da via mandamental para questionar a validade do processo administrativo disciplinar, pois foram observados os princípios do devido processo legal e ampla defesa (fls. 1.517/1.521).

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 1.503/1.506, opina pela concessão da segurança.

Após, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o presente **mandamus** merece prosperar.

Conforme assinalado no relatório retro, trata-se de pedido objetivando a reintegração da impetrante aos quadros do Instituto Nacional do Seguro Social — INSS/RS, do qual foi demitida pela autoridade acoimada de coatora “por se valer do cargo para lograr proveito de outrem em detrimento da dignidade da função pública e por atuar como intermediário junto a repartições públicas, aplicando-se, em consequência, no que couber, as disposições do **caput** do art. 137 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990”, conforme a Portaria n. 7.510, de 08 de agosto de 2000, apurado e configurado no Processo Administrativo Disciplinar n. 35.365.000835/97-20.

Sustenta, em síntese, que, no referido procedimento, não lhe foi assegurada a ampla defesa e o contraditório porquanto sequer figurou como acusada na fase instrutória, vindo a ser indiciada quando do relatório final da Comissão Processante como incurso nas sanções do art. 117, incisos II e IX, da Lei n. 8.112/1990, em

flagrante afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, aos arts. 153, 156 e 159, do mesmo diploma legal.

Primeiramente, anoto que, conforme entendimento desta Corte, o controle jurisdicional dos procedimentos administrativos restringe-se à regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem examinar o mérito do ato administrativo (cf. MS n. 6.861/DF, 6.911/DF, 7.074/DF entre outros).

Compulsando os autos, verifico que foi instaurado procedimento administrativo disciplinar visando apurar irregularidades constatadas na concessão de aposentadorias, na cidade de Videira — SC, figurando como acusadas as servidoras Arlete Santos Schaitel, Ivete Picolli e Isabel Luíza Lazzari. No decorrer de seu processamento normal, a ora impetrante, Sandra Regina Rossoni Trai, na qualidade de testemunha, foi intimada a “prestar declarações sobre fatos e irregularidades, objeto de apuração constante do Processo acima referenciado” (fl. 312). A referida oitiva deu-se em 04.04.2000.

Entretanto, em 28 de abril do mesmo ano, de testemunha, passou à condição de indiciada, sendo citada (fl. 521) “haja vista existirem elementos que nos levam a crer na sua participação nas irregularidades encontradas no Processo Disciplinar em epígrafe”. Ademais, após a indicição, não foi garantida à impetrante o direito a ser interrogada, agora na condição de acusada, sendo-lhe facultada, apenas, a apresentação de defesa escrita após ter vista dos autos. Demonstrada, portanto, a violação ao art. 159 da Lei n. 8.112/1990, que preceitua:

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

§ 1^a (omissis)

§ 2^a 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.”

Outrossim, a maioria dos depoimentos das testemunhas que embasaram a demissão da ora impetrante foi realizada anteriormente ao indiciamento da mesma, sem sua presença ou de seu advogado, inclusive porque contra ela ainda não pesava nenhuma acusação, configurando violação ao seu direito à ampla defesa.

Neste sentido, precedentes desta Terceira Seção:

“Mandado de segurança. Processo Administrativo Disciplinar. Cerceamento de defesa e inobservância do devido processo legal. Ocorrência. Inquérito administrativo. Ausência de contraditório.

1. No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo.

2. *Na fase instrutória do inquérito administrativo, o servidor figura como acusado e, nessa situação, terá o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador; produzir contraprovas, reinquirir testemunhas, devendo, logo após, ser interrogado (artigos 156 a 159 da Lei n. 8.112/1990).*

3. *Somente depois de concluída a fase instrutória, onde o acusado terá direito à ampla defesa, é que, se for o caso, será tipificada a infração disciplinar, formulando-se a indicição do servidor; com a especificação dos fatos e das respectivas provas, sendo, então, na condição de indiciado, citado para apresentar defesa (artigo 161 da Lei n. 8.112/1990).*

4. A “citação prévia” do impetrante supriu qualquer eventual irregularidade da portaria instauradora do processo administrativo disciplinar, já que lhe possibilitou o exercício de defesa, identificando o acusado e os fatos a serem apurados, sendo certo, ainda, que a descrição minuciosa dos fatos, com a tipificação da falta cometida, tem momento próprio, qual seja, o do indiciamento do servidor.

5. Da formalização tardia da acusação não restou inviabilizado o direito de ampla defesa do acusado, uma vez que teve ele vista dos autos, bem como lhe foi oportunizado o direito de arrolar testemunhas e assistir aos depoimentos da única testemunha e dos outros três acusados, não lhe advindo qualquer prejuízo.

6. A Assessoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social, invocando contraditoriamente o Relatório Final elaborado pela Comissão Processante, reconheceu praticadas pelo impetrante as condutas tipificadas no artigo 117, incisos IX e XV, da Lei n. 8.112/1990, sem qualquer consideração, contudo, da defesa do paciente, das circunstâncias atenuantes e dos antecedentes funcionais expressamente consignados no relatório, inobservando, de forma manifesta, o artigo 128 da Lei n. 8.112/1990.

7. Corolário do princípio da ampla defesa, é obrigatória a presença de advogado constituído ou defensor dativo na instrução do processo administrativo-disciplinar.

8. Ordem concedida.” (MS 7.074/DF, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 07.10.2002)

Administrativo. Servidor público. Processo disciplinar. Demissão. Cerceamento de defesa. Nulidade. Lei n. 8.112/1990.

No processo administrativo disciplinar, é indispensável que se proporcione ao servidor processado, esteja ele já indiciado (art. 161, § 1º, da Lei n. 8.112/1990) ou ainda como simples acusado (na fase de instrução do inquérito administrativo), o direito à ampla defesa e ao contraditório, *devendo-se chamar o acusado ao feito desde o seu início, para que tenha oportunidade de acompanhar a instrução.*

Precedentes do colendo STF

Segurança concedida.” (MS n. 6.896/DF, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, DJ de 05.08.2002) — negritei.

Corroborando todo o exposto, parecer do *Parquet* federal, opinando pela concessão da ordem, da lavra da eminente Subprocuradora-Geral da República, Dra. Gilda Pereira de Carvalho, **verbis**:

“No caso dos autos, não só não houve interrogatório, como boa parte das provas embasadoras da demissão da impetrante foram produzidas após a mesma depor, como testemunha, repita-se, de forma que não foram devidamente contraditadas. Por fim, é importante não esquecer, a maioria esmagadora das provas foram produzidas quando a requerente sequer era acusada, de modo que, até por falta de legitimidade, não esteve a mesma presente à produção dos testemunhos e interrogatórios (não foi intimada a comparecer a tais atos), não teve oportunidade de reinquirir e de solicitar provas que entendesse favoráveis a seu interesse, de maneira que evidente a violação ao devido processo legal e ao princípio da ampla defesa.”

Por fim, acerca da ampla defesa e do contraditório no Processo Administrativo, válida as sempre judiciosas lições do saudoso **Hely Lopes Meirelles**, que com precisão assevera:

“Por *garantia de defesa* deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis. A cientificação deve ser pessoal,

sendo admitida a feita mediante publicação oficial (Diário Oficial) nas hipóteses em que a parte interessada estiver em lugar incerto e não sabido (art. 26, § 4º, da Lei n. 9.784/1999), sob pena de lesão ao contraditório.

Daí a justa observação de **Gordillo** de que: “*El principio constitucional de la defensa en juicio, en el debido proceso, es por supuesto aplicable en el procedimiento administrativo, y con criterio amplo, no restrictivo*”. O que coincide com esta advertência de **Frederico Marques**: “Se o poder administrativo, no exercício de suas atividades, vai criar limitações patrimoniais imediatas ao administrado, inadmissível seria que assim atuasse fora das fronteiras do *due process of law*. Se o contrário fosse permitido, ter-se-ia de concluir que será lícito atingir alguém em sua fazenda ou bens, sem o devido processo legal”. E remata o mesmo jurista: “*Isto posto, evidente se torna que a Administração Pública, ainda que exercendo seus poderes de autotutela, não tem o direito de impor aos administrados gravames e sanções que atinjam, direta ou indiretamente, seu patrimônio sem ouvi-los adequadamente, preservando-lhes o direito de defesa*”.

Processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nossos Tribunais judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo legal, ou, mais especificamente, da garantia de defesa.” (In, “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros Editores, 27ª edição, p. 656) — negritei.

Mais não há que se perquirir.

Por tais fundamentos, *concedo a segurança para determinar que seja anulado o ato que impôs a pena de demissão à impetrante (Portaria n. 7.510/2000), com a conseqüente reintegração da mesma no cargo que ocupava, sem prejuízo de que, em novo e regular procedimento, observados os preceitos constitucionais acima aventados, a Administração Pública aplique a penalidade adequada à eventual infração administrativa apurada.*

Custas **ex lege**. Incabíveis honorários advocatícios, nos termos das Súmulas ns. 512/STF e 105/STJ.

É como voto.