



Jurisprudência da **Terceira Seção**

MANDADO DE SEGURANÇA N. 12.523-DF (2006/0284250-6)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Selma Simionato

Advogado: Soraia Aparecida Escoura

Impetrado: Advogado Geral da União

EMENTA

Mandado de segurança. Servidor público civil. Estabilidade. Art. 41 da CF. EC n. 19/1998. Prazo. Alteração. Estágio probatório. Observância.

I. Estágio probatório é o período compreendido entre a nomeação e a aquisição de estabilidade no serviço público, no qual são avaliadas a aptidão, a eficiência e a capacidade do servidor para o efetivo exercício do cargo respectivo.

II. Com efeito, o prazo do estágio probatório dos servidores públicos deve observar a alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 19/1998 no art. 41 da Constituição Federal, no tocante ao aumento do lapso temporal para a aquisição da estabilidade no serviço público para 3 (três) anos, visto que, apesar de institutos jurídicos distintos, encontram-se pragmaticamente ligados.

III. Destaque para a redação do artigo 28 da Emenda Constitucional n. 19/1998, que vem a confirmar o raciocínio de que a alteração do prazo para a aquisição da estabilidade repercutiu no prazo do estágio probatório, senão seria de todo desnecessária a menção aos atuais servidores em estágio probatório; bastaria, então, que se determinasse a aplicação do prazo de 3 (três) anos aos novos servidores, sem qualquer explicitação, caso não houvesse conexão entre os institutos da estabilidade e do estágio probatório.

Procurador Federal. Promoção e progressão na carreira. Portaria PGF n. 468/2005. Requisito. Conclusão. Estágio probatório. Direito líquido e certo. Inexistência.

IV. Desatendido o requisito temporal de conclusão do estágio probatório, eis que não verificado o interstício de 3 (três) anos de

efetivo exercício da impetrante no cargo de Procurador Federal, inexistente direito líquido e certo de figurar nas listas de promoção e progressão funcional, regulamentadas pela Portaria PGF n. 468/2005.

Ordem denegada.

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, denegar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator as Sras. Ministras Laurita Vaz e Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 22 de abril de 2009 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 18.08.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de mandado de segurança impetrado por *Selma Simionato*, procuradora federal, contra ato do em. Advogado-Geral da União, que, mediante o indeferimento de recurso administrativo, teria violado o direito líquido e certo da impetrante de compor lista de promoção e progressão funcional, sob o fundamento de que ela não teria atendido ao requisito de conclusão do estágio probatório de 3 (três) anos.

Em informações (fls. 153-187), a autoridade coatora defendeu que a evolução histórica da carreira de Procurador Federal, atrelada à EC n. 19/1998, impediria a pretensão da impetrante, já que para esse cargo o período de estágio probatório seria de três anos, e não de vinte e quatro meses como pretende a impetrante.

A d. Subprocuradoria-Geral da República opinou pela concessão da segurança (fls. 275-282).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Narra a impetrante que, por meio de concurso público, ingressou nos quadros da Advocacia-Geral da União em fevereiro de 2000, no cargo de Procurador do INSS, posteriormente transformado pela Medida Provisória n. 2.048-26/2000, que criou a carreira de Procurador Federal.

Aduz que, em 22 de novembro de 2005, por meio da Portaria PGF n. 468, foi determinada a organização de listas de promoção e progressão retroativas aos exercícios de 2001 e 2002, relativas à carreira de Procurador Federal, nas quais não ficou consignado o seu nome.

Diante dessa constatação, a impetrante formulou pedido de reconsideração à d. Procuradora-Geral Federal, nos moldes do art. 5º da Portaria PGF n. 468/2005, indeferido, sob o fundamento de que, durante o estágio probatório, seria vedada a progressão e promoção daqueles servidores, nos termos do parágrafo único do art. 2º da referida portaria.

Contra essa decisão, a impetrante interpôs recurso administrativo ao em. Advogado-Geral da União, autoridade ora indicada como coatora, que manteve o ato aqui objurgado.

Daí a presente impetração, na qual a impetrante sustenta que estabilidade e estágio probatório são institutos jurídicos distintos, cujos períodos não se vinculam, nem se confundem, razão pela qual teria direito líquido e certo de figurar nas listas de promoção e progressão relativas aos exercícios de 2001 e 2002, reguladas pela Portaria PGF n. 468/2005.

É o que basta narrar dos fatos.

O ponto nodal da discussão cinge-se em saber se deve ser considerado o prazo de 24 (*vinte e quatro*) meses, de acordo com o art. 20 da Lei n. 8.112/1990 (reproduzido em essência no art. 22 da Lei Complementar n. 73/1993 - Lei Orgânica da AGU e outros estatutos de servidores públicos), ou o prazo de 3 (*três*) anos, necessário à aquisição da estabilidade, disposto no art. 41 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998, para a inclusão de Procurador Federal em listas de promoção e progressão na carreira, que tenham como requisito a conclusão do estágio probatório.

Com o intuito de renovar o olhar sobre a questão, proponho aos eminentes pares novas reflexões, a partir da evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial que passarei a expor a respeito do tema.

A Constituição Federal de 1988, secundando os Textos Constitucionais de 1946, 1967 e 1969, manteve o prazo para aquisição da estabilidade do servidor público em 2 (dois) anos (art. 41, *caput*, em sua redação original).

Posteriormente, veio a lume a Lei n. 8.112/1990, que, inspirada na diretriz constitucional, estabeleceu, em seu artigo 20, idêntico prazo de duração para o estágio probatório, fixado, no entanto, em meses, de modo a facilitar a contagem do interstício avaliatório do servidor.

Eis que sobreveio a Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, que, no seu artigo 6º, modificou a redação originalmente conferida ao artigo 41 da Carta Constitucional de 1988, para dilatar o prazo de aquisição da estabilidade, fixando-o em 3 (três) anos.

Sobre esse ponto, surgiu intenso debate com vistas a dirimir controvérsia acerca dos efeitos do alargamento do período de aquisição da estabilidade em face do prazo de duração do estágio probatório.

A doutrina pátria, em peso, entendeu que, com o advento da Emenda n. 19/1998, o artigo 20 da Lei n. 8.112/1990 estaria em descompasso com a Constituição, e por isso, não fora recebido ou recepcionado pela nova ordem constitucional reformadora. Por conseguinte, a duração do estágio probatório deveria observar o interstício de 36 (trinta e seis) meses.

Nessa linha de entendimento, destaco as obras de:

- **Alexandre de Moraes.** *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 1.011;

- **Celso Antônio Bandeira de Mello.** *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 290;

- **Edmir Netto de Araújo.** *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 306;

- **Edimur Ferreira de Faria.** *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 126;

- **Hely Lopes Meirelles.** atual. por **Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho.** *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 451;

- **João Trindade Cavalcante Filho.** *Lei n. 8.112/1990 comentada artigo por artigo.* Brasília: Obscursos, 2008, p. 49;

- **José dos Santos Carvalho Filho.** *Manual de Direito Administrativo.* 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 574;

- **Lúcia Valle Figueiredo.** *Curso de Direito Administrativo.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 604;

- **Maria Sylvia Zanella Di Pietro.** *Direito Administrativo.* 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 563;

- **Odete Medauar.** *Direito Administrativo Moderno.* 10. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 276;

- **Paulo de Matos Ferreira Diniz.** *Lei n. 8.112/1990 Comentada.* 9. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 135;

- **Paulo Modesto.** Estágio probatório: questões controversas. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP.* ano 1. n. 1. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 211;

- **Uadi Lammêgo Bulos.** *Constituição Federal Anotada.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 714;

Em 14 de maio de 2008, quase dez anos após a Emenda Constitucional n. 19/1998, parecia, enfim, que a questão estaria resolvida, mediante a alteração do período de estágio probatório do servidor público federal para 36 (trinta e seis) meses, promovida com a edição da Medida Provisória n. 431.

Tanto é verdade que, em meados de agosto de 2008, o em. Ministro *Gilmar Mendes*, na condição de Presidente do c. *Supremo Tribunal Federal*, deferiu dois pedidos de suspensão de tutela antecipada requeridos pela União, para sustar decisões judiciais que haviam permitido que Advogados da União e Procuradores da Fazenda Nacional fossem promovidos logo após completarem dois anos de carreira, (STA's n. 263 e 264) - casos análogos ao da presente impetração.

Na ocasião, entendeu Sua Excelência que a manutenção das decisões judiciais recorridas acarretaria grave lesão à economia pública, porque a promoção desses servidores implicaria majoração indevida de vencimentos, em franca contrariedade ao disposto no art. 41 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998, vez que não haveria como se dissociar o prazo do estágio probatório do prazo da estabilidade.

Sucedeu que a Medida Provisória n. 431/2008 foi convertida na Lei n. 11.784, de 22 de setembro de 2008, sem, contudo, encampar a alteração prevista para o *caput* do artigo 20 da Lei n. 8.112/1990, no tocante à ampliação do período de estágio probatório para 36 (trinta e seis) meses.

À vista desse esboço histórico, percebe-se que a celeuma retornou ao *status quo ante*, qual seja, pairavam dúvidas sobre a compatibilidade dos prazos estabelecidos pela Lei n. 8.112/1990 para o estágio probatório (24 meses) e o prazo definido pela Constituição Federal para a aquisição da estabilidade (3 anos), tal como verificado quando da edição da Emenda Constitucional n. 19/1998.

Nada obstante, aos 3 dias de março do corrente ano, o em. Ministro *Gilmar Mendes* concedeu mais duas suspensões de tutela antecipada, em casos análogos aos que aqui relatei e com idêntica fundamentação (STA's 310 e 311).

Feita essa incursão preliminar, passo as minhas ponderações.

Observo, inicialmente, que não remanescem dúvidas no âmbito desta e. *Terceira Seção* de que *estágio probatório* e *estabilidade* são institutos jurídicos distintos.

Esse entendimento remonta ao julgamento do Mandado de Segurança n. 9.373-DF, da relatoria da em. Ministra *Laurita Vaz*, no qual esta e. *Terceira Seção*, na assentada de 25 de agosto de 2004, firmou entendimento de que não haveria necessidade de coincidência entre os prazos de duração do estágio probatório e da aquisição de estabilidade.

Nesse vértice, seguiram-se os seguintes julgados: MS n. 12.406-DF, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, DJ de 17.10.2008; MS n. 12.389-DF, Rel. Des. Convocada *Jane Silva*, DJ de 04.08.2008; MS n. 12.397-DF, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, DJ de 16.06.2008; MS n. 12.418-DF, Rel. Min. *Maria Thereza de Assis Moura*, DJ de 08.05.2008.

Constitui, pois, o *estágio probatório* uma *obrigação* a que deve se submeter o servidor público, em homenagem ao princípio da eficiência, para demonstrar, na prática, que tem aptidão para o cargo ao qual foi selecionado em concurso público.

Já a *estabilidade* é um *direito* do servidor público; é uma *garantia* que adquire contra a ingerência de terceiros no seu mister, com vistas ao desenvolvimento dos seus trabalhos de forma independente e permanente, sem perturbações de ordem externa, protegendo-se assim a impessoalidade e a continuidade dos serviços públicos.

Acredito, no entanto, que, apesar de distintos entre si, de fato, não há como dissociar um instituto do outro. Ambos estão pragmaticamente ligados.

Daí, correta a proposição de que “estabilidade e estágio probatório são duas faces da mesma moeda, tanto assim que só ficam sujeitos ao estágio probatório ou confirmatório os servidores titulares de cargos públicos (admitidos por concurso público), ou seja, aqueles que, na forma do art. 41 da Constituição, podem adquirir estabilidade” (Cavalcante Filho, ob. cit, p. 48).

Demais disso, o estágio probatório deve se desenvolver no período compreendido entre o início do efetivo exercício do servidor no cargo e a aquisição de estabilidade no serviço público, visto que “a finalidade do estágio é justamente fornecer subsídios para a estabilização ou não do servidor”. Como já se afirmou: a “estabilidade é no serviço público, mas refere-se a um cargo” (Cavalcante Filho, ob. cit, p. 49 e 55).

Na realidade, não faz sentido nenhum que o servidor seja considerado apto para o cargo num estágio probatório de 24 (vinte e quatro) meses, para, apenas ao cabo do terceiro ano de efetivo exercício, vir a ser estabilizado no mesmo cargo.

Essa preocupação foi objeto de nota na obra de *Hely Lopes Meirelles*:

Com efeito, quando a Constituição Federal fala que os servidores são estáveis após três anos, esse prazo só pode ser de estágio probatório – até porque, tendo por finalidade avaliar aptidão, eficiência e capacidade para o cargo, não seria razoável dar essa avaliação como positiva no prazo de dois anos e mais tarde, antes dos três anos, não lhe reconhecer o direito à estabilidade porque não se revelou apto, eficiente ou capaz para o mesmo cargo (ob. cit., p. 452-453).

Nesse diapasão, em sede de artigo doutrinário, *Inácio Magalhães Filho* também anotou:

... desconhecer o vínculo existente entre estágio probatório e estabilidade consiste em retirar a utilidade do primeiro instituto, pois mantendo-se o prazo de 24 meses para o estágio probatório indaga-se o que seria assegurado ao servidor após a sua aprovação? A resposta logicamente é nada, tendo em vista que o servidor continua sem estabilidade.

Portanto, o estágio probatório é o período compreendido entre o início do exercício do cargo e a aquisição da estabilidade decorridos os três anos estabelecidos pela Constituição Federal. (g.n.)

(In Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal, n. 29, 2003, p. 36).

Como se vê, admitida a hipótese de prazos diferenciados, teríamos que conceber uma espécie de “limbo funcional” de nenhuma utilidade, pois, após a “aprovação” em estágio probatório de 24 (vinte e quatro) meses, o servidor teria que aguardar, *inerte*, por mais um ano, a confirmação da estabilidade. Uma total incongruência do sistema.

Outra situação esdrúxula decorrente desse raciocínio se verificaria, por exemplo, com relação ao instituto da recondução.

Sob a perspectiva de prazos diferenciados, o servidor aprovado para um outro cargo público teria direito à recondução ao cargo anteriormente ocupado tão somente no período de 24 (vinte e quatro) meses, e não em 3 (três) anos ou 36 (trinta e seis meses), eis que o art. 29, inciso I, da Lei n. 8.112/1990 garante esse direito ao servidor estável inabilitado *em estágio probatório*.

Nessa hipótese, apesar de a avaliação especial para a estabilidade estender-se até os três anos de efetivo exercício, a partir do segundo ano perderia o servidor o direito à recondução, pois não poderia mais retornar ao cargo anteriormente ocupado, já que findo o estágio probatório, nem seria mais detentor de estabilidade no serviço público, seja no novo cargo ou no antigo, em total prejuízo aos seus próprios interesses (que, *concessa maxima venia*, foi o entendimento que prevaleceu no Mandado de Segurança n. 24.543-3-DF, *STF, Pleno*, Rel. Min. *Carlos Velloso*, DJ de 12.09.2003, utilizado como referência paradigmática no precedente desta e. *Terceira Seção*, o MS n. 9.373-DF).

Em reforço ao que estou aqui a defender, adoto como razões de decidir e, por oportuno, transcrevo os bem lançados fundamentos das decisões em Suspensão de Tutela Antecipada (STA) de n. 263, 264, 310 e 311, da relatoria do em. Ministro *Gilmar Mendes*, *verbis*:

A nova ordem constitucional do art. 41 é imediatamente aplicável. Logo, as legislações estatutárias que previam prazo inferior a três anos para o estágio probatório restaram em desconformidade com o comando constitucional. Isso porque, não há como se dissociar o prazo do estágio probatório do prazo da estabilidade.

A vinculação lógica entre os dois institutos restou muito bem demonstrada pelo Ministro Maurício Corrêa, ao analisar o Recurso Extraordinário n. 170.665:

3.1 A estabilidade é a garantia constitucional de permanência no serviço público outorgada ao servidor que, nomeado por concurso público em caráter efetivo, tenha transposto o estágio probatório de dois anos (art. 100, EC n. 1/1969; art. 41 da CF/1988). O estágio, pois, é o período de exercício

do funcionário durante o qual é observada e apurada pela Administração a conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade. (RE n. 170.665, Ministro Maurício Corrêa, DJ 29.11.1996)

O art. 28 da Emenda Constitucional n. 19/1998, ao definir o prazo de dois anos para a aquisição da estabilidade pelos servidores que já estavam em estágio probatório quando de sua promulgação reforça esse entendimento:

Art. 28. É assegurado o prazo de dois anos de efetivo exercício para a aquisição da estabilidade aos atuais servidores em estágio probatório, sem prejuízo da avaliação a que se refere o art. 41 da Constituição Federal.

Este, também, foi o entendimento adotado por esta Corte na Resolução n. 200, de 31 de maio de 2000, que, considerando a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998 ao art. 41, caput, § 1º, III e § 4º, da Constituição e o disposto no art. 20 da Lei n. 8.112/1990, dispôs que o estágio probatório compreende o período de três anos:

Art. 1º Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo cumprirá estágio probatório pelo período de trinta e seis meses, durante o qual sua aptidão e sua capacidade para o desempenho das atribuições do cargo serão objeto de avaliação.

Em conformidade com este entendimento, o Conselho Nacional de Justiça, por unanimidade, conheceu a Consulta do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e respondeu que o estágio probatório a ser observado para os servidores do Poder Judiciário foi ampliado de dois para três anos, consoante disposto no art. 41 da Constituição:

Ementa: Pedido de Providências. Consulta sobre a vinculação do estágio probatório (art. 20 da Lei n. 8.112/1990) ao período de três anos exigidos para a aquisição da estabilidade no serviço público (CF, art. 41). Pertinência dos questionamentos e definição do prazo de 03 anos para o estágio probatório, na forma do art. 41 da CF c.c. a Resolução STF n. 200/2000. (Pedido de Providências n. 822/2006, Conselheiro Douglas Alencar Rodrigues, DJ 12.09.2006)

Assim, decisão liminar que permite a participação de Procuradores da Fazenda Nacional com menos de três anos de efetivo exercício no concurso de promoção na carreira contraria a norma do art. 41 da Constituição, acarretando, inclusive, grave lesão à economia pública, uma vez que a promoção desses servidores implicará majoração indevida de seus vencimentos. (g.n).

Dessa fundamentação, merece destaque a redação do artigo 28 da Emenda Constitucional n. 19/1998, *pois tal dispositivo vem a confirmar o raciocínio de que a alteração do prazo para a aquisição da estabilidade repercutiu no prazo do estágio probatório, senão seria de todo desnecessária a menção aos atuais servidores em estágio probatório; bastaria, então, que se determinasse a aplicação do prazo de 3 (três) anos aos novos servidores, sem qualquer explicitação, caso não houvesse conexão entre os institutos da estabilidade e do estágio probatório.*

Noutro prisma, de se ressaltar que, havendo autorização legal, o servidor público poderá avançar no seu quadro de carreira, independentemente de se encontrar em estágio probatório.

Exemplo disso é a nova lei que regulamenta a carreira dos servidores do Poder Judiciário da União, a qual passou a permitir esse tipo de evolução (art. 9º da Lei n. 11.416/2006), vedada expressamente pela legislação anterior (art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.421/1996 e art. 7º, § 3º, da Lei n. 10.475/2002).

Quero dizer: o fato de o servidor encontrar-se em período de prova, por si só, não o impede de galgar promoção ou progressão funcional, a menos que haja restrição normativa nesse sentido.

Na hipótese dos autos, *a Portaria n. 468/2005, da Procuradoria-Geral Federal (fls. 36-38), restringiu a elaboração e edição de listas de promoção e progressão aos Procuradores Federais que houvessem findado o estágio probatório entre 1º de julho de 2000 e 30 de junho de 2002 (art. 2º, parágrafo único; fl. 37).*

Quando da edição da aludida Portaria n. 468/2005, já se encontrava em vigor o Parecer AGU/MC n. 01/2004, aprovado pelo Presidente da República em 12 de julho de 2004, em caráter vinculante para a Administração Federal, no âmbito do Poder Executivo, no qual ficou estabelecido que, em razão das alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 19/1998, o prazo do estágio probatório deveria ser de 3 (três) anos.

A ora impetrante tomou posse e entrou em exercício no dia 04 de fevereiro de 2000 (fls. 34-35), de modo que, no momento da elaboração das listas de promoção e progressão funcional, não atendia o requisito do lapso temporal de efetivo exercício para a conclusão do período de estágio probatório, em atenção ao disposto no artigo 41 da Constituição Federal, com a redação que já lhe havia sido conferida pela Emenda Constitucional n. 19/1998.

Ressalto, por fim, que a questão é de mera incompatibilidade do disposto no artigo 22 da Lei Complementar n. 73/1993 (ou no artigo 20 da Lei n. 8.112/1990) com o novel paradigma de constitucionalidade instituído pela

Emenda Constitucional n. 19/1998. Por conseguinte, desnecessária se mostra a declaração de inconstitucionalidade do aludido dispositivo legal, eis que anterior à alteração promovida no texto do artigo 41 da Carta Maior, operando-se, assim, o fenômeno da não recepção.

Com essas considerações, chamando a atenção dos eminentes colegas para a alteração de entendimento que ora proponho, *denego* a ordem.

É o voto.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Sr. Presidente, reformulando meu entendimento, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Sr. Presidente, votei no sentido que o Sr. Ministro Felix Fischer mencionou, ou seja, pelos dois anos. Efetivamente, estou inteiramente de acordo com o voto do Sr. Ministro Relator com a mudança, até porque, como disse S. Exa., a Emenda Constitucional n. 19/1998 preservou os dois anos para quem ingressou no serviço público antes da emenda.

Evidentemente, quem ingressou posteriormente no serviço público passou a se submeter aos três anos – isso é mais do que lógico. No caso, o ingresso se deu posteriormente à emenda.

É difícil entendermos a respeito dessa distinção sob certo aspecto, porque se fala que uma coisa seria a estabilidade, enquanto a outra seria a efetividade. Então, cumpridos os dois anos, adquirir-se-ia a estabilidade, sendo que a efetividade só viria depois.

Penso que essa questão é sibilina. Entendo que a orientação mais próxima da Constituição e, sobretudo, com os princípios, é a de três anos para todos os que ingressaram no serviço público já sob a mudança resultante da Emenda Constitucional n. 19/1998 e de dois anos para quem já se encontrava no serviço público, como a própria emenda preservou.

Peço vênias para mudar a minha posição e acompanhar o voto do Sr. Ministro Felix Fischer.

Denego a ordem em mandado de segurança.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 12.991-DF (2007/0172075-8)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Impetrante: Ricardo Cantacclaro Marques Rosa

Advogado: Adriano Soares Branquinho e outro(s)

Impetrado: Ministro de Estado da Previdência Social

EMENTA

Direito Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público federal. Médico perito do INSS. Demissão. Preliminar de impropriedade da via eleita. Rejeição. Ausência de defesa técnica. Súmula Vinculante n. 5-STF. Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União. Ilegalidade. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Aplicação. Segurança parcialmente concedida. Agravo regimental prejudicado.

1. Há longa data foi superada, no âmbito jurisprudencial, a questão relativa à possibilidade da impetração de mandado de segurança contra ato de natureza disciplinar, tendo em vista a regra contida no art. 5º, inc. III, da Lei n. 1.533/1951. Preliminar rejeitada.

2. “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” (Súmula Vinculante n. 5-STF).

3. São ilegais os Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União, segundo os quais, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei n. 8.112/1990, se torna compulsória a aplicação da pena de demissão, porquanto contrariam o disposto no art. 128 da Lei n. 8.112/1990, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade, de extrato constitucional.

4. O ideal de justiça não constitui anseio exclusivo da atividade jurisdicional. Deve ser perseguido também pela Administração, principalmente quando procede a julgamento de seus servidores, no exercício do poder disciplinar.

5. A conduta do impetrante, que participava de gerência de empresa privada, embora reprovável, não afasta a possibilidade de aplicação da pena mais branda, diante da natureza e gravidade da infração cometida, dos bons antecedentes funcionais e da lesividade ao erário. Do cotejo entre seu histórico funcional e o ilícito administrativo praticado, impõe-se seja anulada a pena de demissão, sem prejuízo da aplicação de outra, de acordo com juízo da autoridade impetrada, diversa da demissão.

6. Em se tratando de reintegração de servidor público, os efeitos patrimoniais devem ser contados da data publicação do ato impugnado. Inteligência do art. 28 da Lei n. 8.112/1990.

7. Segurança parcialmente concedida. Agravo regimental prejudicado.

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 parcialmente a segurança e julgar prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Nilson Naves e Felix Fischer.

Impedida a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

O Dr. Adriano Soares Branquinho sustentou oralmente pelo impetrante.

Brasília (DF), 27 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJe 03.08.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por *Ricardo Cantaclaro Marques Rosa* em

desfavor do *Ministro de Estado da Previdência Social*, em que se insurge contra o ato que o demitiu do cargo de Médico Perito do Quadro de Pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

O impetrante, que sofreu a sanção porque remanesceu apurado que participava de gerência ou administração de empresa privada, sustenta haver nulidades no processo administrativo disciplinar que culminou na aplicação da penalidade administrativa.

Argumenta que houve cerceamento de defesa, à asserção de que lhe foi negada a nomeação de defensor dativo na fase de instrução, razão pela qual ficou desacompanhado de defesa técnica, em contrariedade à orientação deste Tribunal.

Sustenta que a pena de suspensão por 60 (sessenta) dias, sugerida pela comissão processante, foi agravada pela autoridade impetrada, com base em parecer que contraria o art. 128 da Lei n. 8.112/1990, assim como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Alega que não teriam sido considerados pela Administração os mais de 24 (vinte e quatro) anos de exercício de função pública, a gravidade do ilícito, o dano causado e a circunstância de que se afastou do quadro societário das empresas.

Por decisão proferida em 06.08.2007, deferi a liminar (fls. 590-591). Contra essa decisão a União interpôs agravo regimental.

O Ministro de Estado da Previdência Social prestou informações. Argui preliminar de impropriedade da via eleita por ser impossível o cabimento do *mandamus* contra ato disciplinar. Quanto ao mérito, defende que “a falta de procurador constituído ou de defensor nomeado pela Comissão de Inquérito durante a fase de instrução não configura nulidade, diante da ausência de previsão na Lei n. 8.112/1990, que rege o processo administrativo disciplinar” (fl. 626).

Afirma que a Advocacia-Geral da União, por meio dos Pareceres GQ-177 e GQ-183, de caráter vinculante, firmou entendimento segundo o qual se impõe a aplicação da pena de demissão ou cassação de aposentadoria quando verificadas a autoria e a materialidade de infração disciplinar a que a lei comine uma dessas sanções (fls. 620-635).

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República *José Eduardo de Santana*, opina concessão da segurança (fls. 637-639).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Inicialmente, ressalto que há longa data foi superada, no âmbito jurisprudencial, a questão relativa à possibilidade da impetração de mandado de segurança contra ato de natureza disciplinar, tendo em vista o disposto no art. 5º, inc. III, da Lei n. 1.533/1951. Nesse sentido: AgRg no Ag n. 212.427-AM, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, DJ de 15.05.2000; RMS n. 4.293-MG, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 11.05.1998; RMS n. 2.628-RJ, Rel. Min. Assis Toledo, Quinta Turma, DJ de 18.04.1994.

Desse modo, rejeito a preliminar de impropriedade da via eleita.

O impetrante sustenta que houve cerceamento de defesa, à asserção de que lhe foi negada a nomeação de defensor dativo na fase de instrução, razão pela qual remanesceu desacompanhado de defesa técnica, havendo, assim, ofensa ao devido processo legal e aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão, consolidada no enunciado da Súmula n. 343, segundo a qual: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em sentido diametralmente contrário a esse entendimento, editou a Súmula Vinculante n. 5, que preconiza: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Do julgamento do RE n. 434.059-DF (Rel. Min. *Gilmar Mendes*, Tribunal Pleno, DJe de 11.09.2008), que deu origem à súmula em referência, apresenta-se oportuno transcrever o seguinte excerto do voto da Ministra *Carmém Lúcia*, que, ao registrar a discussão existente por parte considerável da doutrina do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo a respeito da autotutela e do direito à defesa técnica, assentou:

Se analisarmos as obras e as monografias, veremos que este é um capítulo muito especificado hoje. A doutrina tem entendido que só em dois casos o servidor poderia falar: quando alega e comprova que a questão é complexa, exige certo conhecimento que escapa ao que lhe foi imputado, vindo a manifestar-se como inapto para exercer a autodefesa; e nos casos especificados, em que essa facultatividade não seria bastante para não se ter mais do que simulacro de defesa.

O Ministro *Cezar Peluso*, em seu voto, consignou:

O que a Constituição, no inciso LV, assegura é o contraditório, que se traduz na garantia da possibilidade de uma intervenção eficaz e tempestiva, sobretudo, hoje, explicada a título de colaboração na formação do ato-total da decisão. Isto é, quem se vê na condição de acusado, na condição de réu ou em condição análoga, é convidado a participar do processo para colaborar com o processo, que é de formação da decisão. Daí, a justificação conseqüente da garantia da coisa julgada, que pode ser oposta exatamente à pessoa instada, ou, pelo menos, chamada a participar de uma decisão que se revestirá dessa imutabilidade e autoridade próprias da *res iudicata*.

Ora, a oportunidade, como tal, é concedida no processo administrativo. E, não apenas no processo administrativo, mas em todos os processos, e é admitida a título de ônus, não a título de obrigação. Portanto, é comportamento único e necessário para a obtenção de certa vantagem. O interessado o exercerá ou não, segundo suas conveniências pessoais. Por isso, nunca, jamais se cogitou da nulidade eventual de processo civil em que o réu seja revel, de revelia absoluta. Ele é citado, não comparece, porque não lhe convém comparecer, porque não quer, mas nem por isso o processo é nulo por suposta ofensa ao princípio do contraditório.

Ora, esta possibilidade ou esta oportunidade de intervenção só não existe em concreto no procedimento administrativo – conforme também revelou a Ministra *Carmém Lúcia* – em duas hipóteses: naquela em que o servidor se encontre em lugar incerto e, portanto, não tenha ciência senão ficta do processo – e, porque se trata de ficção, é preciso que, de algum modo, essa possibilidade se atualize mediante a nomeação de um defensor ou de destinação do processo à Defensoria Pública –, ou no caso em que o servidor não tenha condições de contratar patrono para defendê-lo. Nesta caso, ele pode invocar outra garantia constitucional, que é aquela pela qual o Estado se obriga a prestar assistência jurídica integral e gratuita – integral no sentido de que apanha também a esfera administração.

A única exceção a essa distinção, que pressupõe exatamente a diferença entre oportunidade de defesa como o contraditório e defesa técnica, que é outra coisa, é o processo criminal, porque nele – também o eminente advogado-geral da União já o demonstrou – está em jogo um direito indisponível, que seria objeto de teórica renúncia, se não fosse assegurada ao réu defesa técnica efetiva. (grifos no original)

Por sua vez, observou a Ministra *Ellen Gracie*:

A Lei n. 8.112 prevê ainda que na hipótese em que haja revelia – portanto, que ele não exercite nem pessoalmente nem indique quem o defenda –, a própria administração encarrega-se de lhe dar um defensor dativo. E o dispositivo é

expresso e preciso ao exigir que esse defensor dativo seja outro servidor ao menos do mesmo nível do acusado, portanto, garantindo, assim, que essa defesa não seja *pro forma*, mas uma defesa qualificada.

Registro, ainda, que, conforme se colhe das discussões havidas por ocasião do julgamento em referência, o Supremo Tribunal Federal entendeu necessária a edição da súmula vinculante, entre outras razões, especialmente em virtude da existência da Súmula n. 343 do Superior Tribunal de Justiça, formulada em sentido contrário.

Por conseguinte, não cabe mais discussão a respeito dessa matéria. Impõe-se a observância da orientação consolidada na Suprema Corte, tendo em vista que a súmula assim aprovada tem efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

No entanto, não posso deixar de consignar, fiel à livre convicção motivada, que a Súmula n. 343-STJ, ao condensar sua jurisprudência, dizendo ser obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar, traduziu interpretação, com a devida vênua, consentânea, coerente, com o propósito constitucional de assegurar ampla defesa aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, com os meios e recursos a ela inerentes, conforme art. 5º, LV.

Habilitado para atender a tal desiderato, em nosso ordenamento jurídico, é o advogado, cujo trabalho é essencial à administração da justiça, conforme art. 133 da Constituição Federal, devendo a essencialidade ali referida ser alargada para compreender hipóteses em que a própria Carta, em cláusula pétrea, assegura a amplitude defensiva, com os meios e recursos a ela inerentes. A interpretação deve partir do texto magno. Caso contrário, a lei ordinária estaria frustrando o seu objetivo garantista.

Não é demais lembrar que, em decorrência de processos administrativos disciplinares, inúmeros servidores, precariamente defendidos, são penalizados, inclusive com a demissão, penalidade gravíssima, sobretudo em nosso contexto social, onde a dificuldade de se obter um cargo público é, a cada dia, mais restrita e difícil. O mau servidor deve, sim, de acordo com a lei, ser punido, inclusive, sendo o caso, com a perda de seu cargo. Antes que tal se consuma, no entanto, é o mesmo Estado que propugna, na sua Lei Maior, que se lhe assegure, tal como dito, defesa, inclusive técnica.

Em síntese, estou convicto que a edição da Súmula n. 343-STJ atendeu ao próprio fim social e ao bem comum, alvos da Constituição Federal, não apenas em decorrência dos específicos dispositivos referidos mas, também, ao albergue do que se contém no seu art. 1º. Há de prevalecer, contudo, a exegese do Supremo Tribunal Federal, compendiada na Súmula Vinculante n. 5, tendo em conta, como dito, o art. 103-A da mesma Lei Fundamental.

O impetrante – demitido do cargo público de Médico do INSS porque participava de gerência de empresa privada e assim violou a regra do art. 117, X, da Lei n. 8.112/1990 – sustenta que não foram observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Alega que a autoridade impetrada, com base em parecer, agravou a sanção sugerida pela comissão processante, ao fundamento único de que a pena de demissão seria obrigatória, tendo em vista que a conduta ilícita estaria prevista no art. 132 da Lei n. 8.112/1990.

Em suas informações, a autoridade reforça esse entendimento e defende a legalidade do ato impugnado, com base nos Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União, segundo os quais, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei n. 8.112/1990, torna-se compulsória a aplicação da pena de demissão.

Referidos pareceres, que têm orientado o julgamento dos processos administrativos disciplinares instaurados no âmbito do Poder Executivo, contrariam frontalmente o art. 128 da Lei n. 8.112/1990, que dispõe:

Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.

Esse dispositivo reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade. É o que se pode extrair dos seguintes acórdãos deste Tribunal:

Embargos de declaração. Mandado de segurança. Contradição. Inexistência. Reexame. Incabimento.

(...)

2. Não há contradição a ser dirimida na decisão que, de modo claro e inequívoco e na esteira da jurisprudência da 3ª Seção desta Corte de Justiça, afirma a nulidade de ato demissional à falta de individualização da sanção

administrativa por inobservância do artigo 128 da Lei n. 8.112/1990 e, mais, de todo o processo disciplinar, por obrigatória a presença de advogado constituído ou do defensor dativo desde o momento da instrução do inquérito administrativo, que é quando deverá ser produzida toda a prova contra o acusado.

(...)

4. Embargos rejeitados. (EDcl no MS n. 7.074-DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJ de 21.08.2006).

Mandado de segurança. Servidora pública federal. Agente administrativo do INSS. Processo administrativo disciplinar. Regularidade formal. Impossibilidade de análise de fato novo em sede mandamental. Comissão processante que opina pela pena de suspensão. Agravamento para a penalidade de demissão pela autoridade coatora. Ausência de adequada fundamentação (art. 168, parágrafo único da Lei n. 8.112/1990). Sanção disciplinar que, no caso concreto, revela-se desproporcional à conduta apurada. Segurança concedida.

(...)

6. Ademais, no exame da razoabilidade e da proporcionalidade da demissão da impetrante, verifica-se que a autoridade coatora se distanciou de tais postulados, pois, consideradas as particularidades da hipótese em apreço, aplicou penalidade desproporcional à conduta apurada, em desobediência ao comando do art. 128 do Regime Jurídico dos Servidores Federais.

7. Segurança concedida. (MS n. 8.693-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe de 08.05.2008)

A noção de compulsoriedade veiculada nos pareceres em tela não se coaduna com o disposto no art. 128 da Lei n. 8.112/1990, segundo o qual na aplicação da sanção devem ser observados a gravidade do ilícito disciplinar, a culpabilidade do servidor, o dano causado ao erário, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Com efeito, na medida em que determinam obrigatoriamente a imposição da pena de demissão nessas circunstâncias, os pareceres impedem que a autoridade julgadora observe o contido em tal norma e formule um juízo adequado à conduta individual de cada servidor público envolvido na prática do ilícito administrativo apurado.

Isso porque, para efeito de cumprimento de tal orientação, pouco importará o ilícito, o dano ao erário, a culpabilidade do servidor público, seus antecedentes funcionais, as agravantes e atenuantes, tendo em vista que a demissão se apresentará obrigatória.

“A imposição de sanção a servidor público requer, para sua devida dosimetria, um juízo de proporcionalidade da pena (princípio da individualização da pena). A culpabilidade, o dano causado e os antecedentes devem ser considerado para tanto” (RMS n. 25.950-PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 08.09.2008).

O Superior Tribunal de Justiça já assentou também que devem ser considerados pela Administração os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade, que são de extrato constitucional, ainda que se trate de demissão, consoante se verifica abaixo:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Militar. Exclusão. Oitiva de testemunhas de defesa e acusação. Inversão. Ausência de prejuízo. Juntada posterior de documentos pela comissão processante. Irrelevância para o resultado do processo administrativo. Nulidade afastada. Comandante-Geral da Polícia Militar. Competência. *Bis in idem*. Inocorrência. Ato demissional. Ausência de motivação. Inovação recursal. Penalidade. Exclusão. Desproporcionalidade.

(...)

VI. Esta c. Corte pacificou entendimento segundo o qual, mesmo quando se tratar de imposição da penalidade de demissão, devem ser observados pela Administração Pública os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e individualização da pena (Precedentes: MS n. 13.716-DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJe de 13.02.2009; MS n. 8.693-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 08.05.2008; MS n. 7.260-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 26.08.2002 e MS n. 7.077-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 11.06.2001).

VII. Na espécie, revela-se desproporcional e inadequada a penalidade de exclusão imposta ao recorrente, tendo em vista os antecedentes funcionais, a ausência de prejuízo ao serviço público, bem como a comprovada boa-fé. Além do mais, quando da aquisição, as irregularidades de que padecia o veículo “clonado” se mostravam de difícil percepção.

Recurso ordinário provido. (RMS n. 28.487-GO, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 30.03.2009).

No tocante ao princípio da proporcionalidade, cabe transcrever os ensinamentos de Suzana de Toledo Barros (*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 3ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 31), que, ao citar Canotilho, assevera:

Como anota *Canotilho*, o princípio considerado significa, no âmbito das leis interventivas na esfera de liberdades dos cidadãos, que qualquer limitação a

direitos feita pela lei deve ser apropriada, exigível e na justa medida, atributos que permitem identificar o conteúdo jurídico do cânone da proporcionalidade em sentido amplo: exigência de *adequação* da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; *necessidade* da restrição para garantir a efetividade do direito e a *proporcionalidade em sentido estrito*, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado (grifos no original).

Quanto ao princípio da proporcionalidade, busca-se eleger a solução necessária, mais coerente, mais adequada, mais prudente, mais apropriada para o caso concreto. Desse modo, pretende-se evitar resultados injustos, baseados em critérios norteados por parâmetros incongruentes ou desmedidos. A proporcionalidade refere-se à quantidade, ou seja, à mensuração quantitativa da relação de correspondência entre falta e pena.

O princípio da razoabilidade, por sua vez, traz consigo a idéia de anseio por uma decisão que se apresente a mais ponderada para solucionar a questão jurídica. Que obedeça a critérios racionais, sensatos, evitando-se a adoção de soluções rígidas, que não guardem relação de pertinência com a finalidade da lei.

Sobre o princípio da razoabilidade, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 108):

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normas de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

A fiel observância dos pareceres em discussão não permite que a autoridade julgadora atue de forma racional, justa, no exercício do poder disciplinar. Impede que a Administração observe os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O ordenamento jurídico pátrio não se alinha com atos administrativos desproporcionais, desprovidos de razoabilidade, que prestigiam soluções incompatíveis com os valores consagrados em nossa legislação e mesmo na Constituição Federal.

Se, conforme estabelecido no âmbito do Poder Executivo, a demissão é compulsória quando caracterizada infração prevista no art. 132 da Lei n. 8.112/1990, parâmetros de valoração equitativa dos atos praticados pelos servidores são desprezados, dando margem ao cometimento de excessos pela Administração.

É oportuno registrar que o princípio da legalidade não se mostra prestigiado quando se busca solução que se harmonize com interpretações isoladas, no caso, do disposto no art. 132 da Lei n. 8.112/1990. A fiel observância da lei reside na busca de soluções coerentes com o sistema normativo como um todo e, no presente caso, há flagrante contrariedade à regra contida no art. 128 da Lei n. 8.112/1990, conforme exposto.

O ideal de justiça não constitui anseio exclusivo da atividade jurisdicional. Deve ser perseguido também pela Administração, principalmente quando procede a julgamento de seus servidores, no exercício do poder disciplinar.

Não se pode esquecer, por seu relevo em nosso arcabouço jurídico, da lapidar regra que se contém no art. 5º LICC, que preconiza a aplicação finalística da lei, buscando sempre atender a seus fins sociais e às exigências do bem comum. A Lei n. 9.784/1999, reproduz, *mutatis mutandis*, igual normatividade, por exemplo, nos incisos II e III do seu art. 2º.

Tais objetivos, todavia, só poderão, tanto quanto possível, serem alcançados, permitindo-se à autoridade competente, ao decidir, que o faça motivadamente, sopesando o contexto fático-jurídico e aplicando ou não, a reprimenda legal adequada, em suma, individualizando-a.

Os pareceres da AGU, no entanto, se opõem a tal desiderato, afrontando, assim, o art. 128 do Estatuto e mesmo a própria Constituição Federal, que abriga, dentre as garantias fundamentais, os princípios já referidos da individualização, proporcionalidade e razoabilidade da pena, inclusive a administrativa, devendo os mesmos permear a decisão sempre em hipóteses como a em julgamento.

Outrossim, no presente caso, os bons antecedentes funcionais – o impetrante exerce o relevante cargo público de Médico Perito do INSS há mais de 24 (vinte e quatro) anos e não há notícia de que fora punido –, aliados à natureza do ilícito administrativo apurado, conforme acima narrado, demonstram que a Administração, de fato, excedeu-se ao aplicar-lhe a pena máxima de demissão.

Sua conduta, embora reprovável, não afasta a possibilidade de aplicação da pena mais branda, diante da natureza e gravidade da infração cometida, dos

bons antecedentes funcionais e da lesividade ao erário. Com efeito, do cotejo entre seu histórico funcional e o ilícito administrativo praticado, impõe-se seja anulada a pena de demissão, sem prejuízo da aplicação de outra, de acordo com o juízo da autoridade impetrada.

Registro que o julgamento do processo disciplinar compete à autoridade administrativa, conforme as regras da Lei n. 8.112/1990. Assim, não há como acolher o pedido no sentido de que seja aplicada, pelo Poder Judiciário, a pena sugerida no relatório final da comissão processante. Tão-somente afasta-se a possibilidade de nova demissão.

No tocante aos efeitos patrimoniais da concessão da ordem em mandado de segurança, o Supremo Tribunal Federal, nos idos de 1963, editou as seguintes súmulas:

Súmula n. 269: O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

Súmula n. 271: Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

Posteriormente, foi promulgada a Lei n. 5.021/1966, que dispõe:

Art. 1º. O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

§ 1º. (*Vetado*).

§ 2º. Na falta de crédito, a autoridade coatora ou a repartição responsável pelo cumprimento da decisão encaminhará, de imediato, a quem de direito, o pedido de suprimento de recursos, de acordo com as normas em vigor.

§ 3º. A sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculo (artigos 906 a 908 do Código de Processo Civil), procedendo-se, em seguida, de acordo com o artigo 204 da Constituição Federal.

§ 4º. Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

Ocorre que os enunciados das Súmulas n. 269-STF e 271-STF devem ser interpretados com temperamentos. Não se pode, efetivamente, deixar de consignar que tal jurisprudência sumulada formou-se há mais de 45 anos.

Houve, em tal interstício de tempo, mudanças jurídicas, sociais e econômicas a recomendar não simplesmente o seu abandono, mas, sim, a sua aplicação de forma consentânea com a nova realidade superveniente.

Outrossim, também deve ser interpretado restritivamente o disposto no art. 1º da Lei n. 5.021, de 09.06.1966, de modo a não albergar a hipótese em que servidores públicos deixaram de auferir legalmente seus vencimentos por ato da Administração Pública.

O Superior Tribunal de Justiça já afastou a incidência das Súmulas n. 269-STF e 271-STF quando o mandado de segurança foi impetrado contra ato que suprimiu verbas remuneratórias, inclusive em virtude de demissão. A propósito:

REsp. Constitucional. Processual Civil. Mandado de segurança. Ação de cobrança. Pagamento. O mandado de segurança não se confunde com a ação de cobrança. Toda ação repousa na – causa de pedir. Não se pode, em mandado de segurança, deduzir fato gerador de direito de crédito para reclamar pagamento. A Lei n. 5.021/1966 veda, no *mandamus* pedir “vencimentos e vantagens pecuniárias”. Diferente, entretanto, se a causa de pedir for ilegalidade da sanção administrativa aplicada. No caso, concedida a segurança, repõe-se a situação jurídica anterior, em consequência, também o pagamento do que fora ilegalmente suspenso. A prestação jurisdicional cumpre ser exaustiva, no sentido de repor, às inteiras, quanto possível, o direito reconhecido. (REsp n. 29.950-SP, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, DJ de 1º.03.1993).

Processual Civil. Recurso especial. Admissibilidade. Dissídio não caracterizado. Art. 255 do RISTJ. Mandado de segurança. Efeitos pretéritos. Súmulas n. 269 e 271-STF.

– Em se tratando de mandado de segurança impetrado contra ato considerado ilegal por ter suprimido reajuste dos vencimentos dos servidores, que consideramos devidos, não há que se falar em aplicação da Súmula n. 269 e 271 do STF. *In casu*, o *mandamus* não foi impetrado como substitutivo de ação de cobrança, tampouco produziu efeitos patrimoniais pretéritos.

(...)

– Recurso especial conhecido pela alínea **a** e desprovido. (REsp n. 206.413-SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 02.08.1999)

De fato, na hipótese em que servidor público deixa de auferir seus vencimentos, parcial ou integralmente, por ato ilegal ou abusivo da autoridade impetrada, os efeitos patrimoniais da concessão da ordem em mandado de segurança devem retroagir à data da prática do ato impugnado, violador de direito líquido e certo. Inaplicabilidade das Súmulas n. 269-STF e 271-STF.

Refoge à lógica do razoável e contraria o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, em seu alcance, obrigar o servidor a ingressar novamente em juízo para cobrar diferenças relativas a período aquém da data do ajuizamento do *mandamus*, se tal pode e deve – *sem menosprezo aos direitos e garantias do devedor*, que deve pagar exatamente o que deve, nem mais, nem menos, como é óbvio, tal como se apurar –, inclusive, se necessário for, nos mesmos autos do *writ*, conforme, por exemplo, preconizado na Lei n. 11.232/2005, que alterou o CPC, arts. 475-A e seguintes. Em geral, administrativamente, o próprio órgão ao qual vinculado funcionalmente o servidor tem como fazer e disponibilizar os cálculos dos valores atrasados, efetuando o seu pagamento, independentemente de precatório.

Como sabemos, é uma constante a busca de soluções, as mais prontas e efetivas, nas resoluções dos conflitos judiciais. É a permanente luta contra a morosidade, mal maior, talvez, da prestação jurisdicional, de difícil superação. Assim, sempre que possível – sem violar as normas de regência e muito menos os princípios jurídicos –, mas, ao contrário, atribuindo-lhes racional inteligência, devemos buscar soluções que se harmonizem com tal propósito, em favor do próprio interesse público, da cidadania, destinatária final e única, a rigor, dos serviços públicos, inclusive daqueles, como cediço, prestados pelo Judiciário.

Ademais, em se tratando especificamente de reintegração de servidor público, os efeitos patrimoniais devem ser contados da data do ato impugnado. Inteligência do art. 28 da Lei n. 8.112/1990, segundo o qual a reinvestidura se dará com ressarcimento de todas as vantagens. Hipótese em que não se aplica a regra geral consolidada no enunciado da Súmula n. 271-STF.

Com efeito, a própria Lei n. 8.112/1990, ao definir reintegração do servidor, em seu art. 28, *in fine*, determina que isso se dará “com ressarcimento de todas as vantagens”. Tal pressupõe, logicamente, que se restaure, materialmente, pecuniariamente, tudo o que se perdeu em razão da demissão que veio a ser invalidada judicial ou administrativamente. Para se alcançar esse objetivo legalmente expresso, a decisão deve retrotrair-se à data a partir da qual ocorreu a lesão ao direito, resultando no dano cuja reparação veio a ser determinada, por uma de tais instâncias, não se coadunando com o propósito expresso da norma de que, caso tal decorra de decisão judicial em mandado de segurança, os efeitos patrimoniais o sejam só a partir da data em que o *mandamus* tenha sido impetrado, restando os atrasados para cobrança em lide diversa.

Necessariamente, o “ressarcimento de todas as vantagens” presume, logicamente, a retroatividade material da decisão à data em que ocorreu a lesão

ao direito, judicialmente corrigida. É mais uma razão que milita a favor do abrandamento das referidas Súmulas do STF e mesmo da Lei n. 5.021/1966, pois o contexto jurídico é bastante diverso daquele sob o qual tais precedentes sumulares e referido diploma normativo vieram a lume.

Além disso, diante da circunstância de que o art. 18 da Lei n. 1.533/1951 confere o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência do ato impugnado, para a impetração do *mandamus*, e a parte interessada dele se utiliza, a repercussão financeira retroativa na hipótese é mera consequência do reconhecimento da prática do ato ilegal ou abusivo violador do direito líquido e certo do impetrante.

No atual estágio em que se encontra o Direito Processual Civil, seria um evidente retrocesso, que violaria os princípios da celeridade e da economia processual, remeter às vias ordinárias o servidor público ao qual foi concedida a segurança tão-somente para executar parcelas, em regra, de valor não muito expressivo, relativas a um curto período de tempo, de no máximo 120 (cento e vinte) dias, e decorrentes do próprio vínculo funcional.

Nesse contexto, cabe registrar que a alteração no texto da Constituição Federal que excluiu do regime de precatório o pagamento de obrigações definidas em lei como de pequeno valor aponta para a necessidade de revisão do alcance das Súmulas n. 269-STF e 271-STF e, por conseguinte, do art. 1º da Lei n. 5.021/1966, principalmente em se tratando de débitos de natureza alimentar, tal como no caso em exame, que envolve verbas remuneratórias de servidor público.

Com inteira pertinência, ao votar, como relator, no Mandado de Segurança n. 2003.010937-4, o Desembargador *Newton Trisotto*, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em pronunciamento que nos chegou às mãos pelo Ministro *Paulo Gallotti*, dentre outras ponderáveis razões, consignou:

Parece-me evidente a razão do veto contido na Lei n. 5.021: preservar as finanças públicas, submetidas a orçamentos. Reforçam essa conclusão as regras do § 2º do seu art. 1º (“Na falta de crédito, a autoridade coatora ou a repartição responsável pelo cumprimento da decisão, encaminhará, de imediato, a quem de direito, o pedido de suprimento de recursos, de acordo com as normas em vigor”) e do art. 100 da Constituição Federal (“A exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos

adicionais abertos para este fim”). Se não houvesse a vedação do *caput* do art. 100, a Fazenda Pública poderia ser compelida a pagar vultosas quantias sem previsão orçamentária. Porém, não deixaram os legisladores de se preocupar com os credores de alimentos, dispensados da observância da ordem cronológica dos precatórios (CF, art. 100, *caput*), e, depois, com os titulares dos créditos de valor inexpressivo, cuja liquidação imediata não abalaria as finanças públicas. Com a promulgação da Emenda n. 20, em 1998, introduziram o § 3º ao art. 100, que assim prescreve: “O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado”.

A Emenda n. 37, de 2002, inseriu o art. 87 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, definindo, provisoriamente, as obrigações de “pequeno valor”:

Art 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a:

I. quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal.

II. trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.

Parágrafo único. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultada à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º do art. 100.

E, com proficiência, conclui:

Se o pagamento das dívidas da Fazenda Pública de natureza alimentar – como o são também aquelas de que trata a Lei n. 5.021 – e as de “pequeno valor” não mais se submetem ao procedimento do precatório, é forçoso concluir que a regra do art. 1º da referida Lei não incidirá quando o efeito patrimonial da sentença deferitória da segurança não exceder os limites estabelecidos no art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Acrescenta-se que, no âmbito federal, pela Lei n. 10.259/2001, art. 17, § 1º, c.c. art. 3º, o valor para pagamento das obrigações definidas em lei como de pequeno valor, independentemente de precatório, corresponde a 60 (sessenta) salários mínimos.

Em casos como o presente, a concessão da segurança com efeitos pecuniários pretéritos harmoniza-se inteiramente com a obstinada luta do Poder Judiciário em atender, da forma mais expedita, mais efetiva possível, os pleitos que lhes são trazidos, sem se descurar, em absoluto, das garantias constitucionais e legais das partes.

O mandado de segurança constitui direito fundamental – art. 5º, LXIX, da Constituição Federal. É doutrina bastante sedimentada, antiga e constante, aquela segundo a qual, por sua supremacia, na aplicação dos preceitos constitucionais, deve-se extrair o máximo de sua eficácia normativa, o que se alcança adotando-se, com a devida vênia, o posicionamento aqui sustentado, o qual se robustece ainda mais com a garantia inscrita no inciso LXXVIII do mesmo artigo, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que preconiza: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Ante o exposto, *concedo em parte a segurança* para anular o ato de demissão do impetrante e determinar sua reintegração, sem prejuízo da aplicação de outra penalidade disciplinar, diversa da demissão. Efeitos patrimoniais contados da data da publicação do ato impugnado. Custas *ex lege*. Sem condenação ao pagamento de honorários (Súmula n. 105-STJ). *Julgo prejudicado* o agravo regimental.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Sr. Presidente, o voto do eminente Relator, na minha percepção, foi antológico e pedagógico. Antológico porque põe no cenário devido a cautela que a Administração tem de ter ao exercer esse terrível poder de punir. Pedagógico porque ensinou como deve ser aplicada a sanção pela autoridade administrativa. Gostaria de ter escrito este voto.

2. Acompanho integralmente o voto do Sr. Ministro Relator, concedendo parcialmente a ordem em mandado de segurança e julgou prejudicado o agravo regimental.