

Jurisprudência da Sexta Turma

## **HABEAS CORPUS N. 76.496-BA (2007/0024246-0)**

Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG)

Impetrante: Fabiano Almeida Resende

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Paciente: José Antônio Correia de Sousa

### **EMENTA**

Processual Penal. *Habeas corpus*. Penas restritivas de direitos. Execução provisória. Impossibilidade. Vedação legal. Ordem concedida.

1. É cabível *habeas corpus* para sanar constrangimento decorrente de execução provisória de penas restritivas de direitos, cuja potencialidade lesiva ao direito de locomoção está representada pela sua conversibilidade em pena privativa de liberdade.

2. É expressamente vedada a execução provisória de pena restritiva de direitos, o que deve ocorrer apenas após o trânsito em julgado da decisão condenatória. (Precedentes deste STJ).

3. Ordem concedida, ratificada a liminar.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ-MG), Relatora

---

DJe 10.11.2008

### **RELATÓRIO**

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado contra decisão exarada pelo

Tribunal *a quo*, em favor de paciente condenado à pena privativa de liberdade, substituída por restritiva de direitos.

Após a interposição de recurso em 2ª instância, foi determinada a extração de carta de sentença para a provisória execução da pena.

Comprovada a interposição de Recurso a Tribunal Superior.

Daí o *writ*.

O paciente alega sofrer constrangimento ilegal em virtude de a decisão que determinou a execução provisória ser ilegal, pois em divergência com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que não admite o cumprimento antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sob pena de afronta ao princípio da presunção de inocência.

Requereu, liminarmente, a suspensão do cumprimento das penas restritivas de direito aplicadas ao paciente até a decisão de mérito deste *writ*, e, no mérito, sua confirmação, para que fiquem suspensas até o trânsito em julgado da condenação.

A medida de urgência foi deferida pelo então relator, o eminente Ministro Paulo Medina, com a seguinte fundamentação (fls. 88/89):

Pretende o Impetrante obter aqui o deferimento da liminar para que seja sobrestado o cumprimento das penas alternativas impostas pelo Magistrado de 1º grau.

A concessão de liminar em *habeas corpus* é medida excepcional, porque não prevista em lei, cabível apenas na hipótese de flagrante ilegalidade, desde que presente a possibilidade de lesão grave e de difícil ou impossível reparação e, ainda, a plausibilidade do direito subjetivo deduzido.

O Impetrante demonstrou, *prima facie*, os dois pressupostos para a concessão de liminar em *habeas corpus*, quais sejam, o *periculum in mora* - retratado na probabilidade de ocorrência de lesão grave e de difícil ou impossível reparação antes do julgamento de mérito do *writ* - e o *fumus boni iuris* - traduzido na plausibilidade do direito subjetivo deduzido.

As alegações estão revestidas, a meu sentir, de plausibilidade jurídica, a recomendar cautela para que não pratique contra o paciente nenhum ato que resulte em desnecessária coação, sobretudo ilegal.

Posto isso, *defiro* a liminar para suspender o cumprimento das penas até o julgamento do mérito deste *writ*.



Foram requisitadas e prestadas informações por parte da autoridade apontada coatora, a qual esclareceu que o processo referente à apelação criminal n. 2001.33.01.001446-0 está sobrestado, em face da interposição de agravos de instrumento contra as decisões que não admitiram os recursos especial e extraordinário.

O Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento deste *writ*.

Os autos vieram conclusos, após ter aceitado a proposta de prevenção efetuada pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em face do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 16.705-BA, já julgado, de minha relatoria.

*É o relatório.*

*Em mesa para julgamento.*

#### VOTO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) (Relatora): Examinei cuidadosamente os argumentos do impetrante à luz de toda a documentação juntada nestes autos e entendo que a ordem deve ser concedida.

A decisão guerreada foi proferida nos seguintes termos (fl. 84):

Despacho

Defiro, como requerido à fls. 361/362.

Nos termos do artigo 590 do CPC c.c. artigo 3º do CPP, expeça-se carta de sentença, enviando as cópias necessárias ao MM. Juízo da Execução, competente para deliberar sobre o pedido de execução provisória da pena.

Em primeiro lugar, cumpre-nos esclarecer que, se não há uma imediata possibilidade de restrição à liberdade de locomoção do paciente, há uma ameaça mediata, pois o artigo 44, § 4º, 1ª parte do Código Penal diz o seguinte:

A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.

Então, caso o paciente não venha a cumprir as restrições impostas, haverá a possibilidade de ele sofrer uma lesão direta à sua liberdade de locomoção, em face de sua conversibilidade em pena privativa de liberdade, motivo pelo qual entendo cabível o presente *habeas corpus* com a finalidade de sanar constrangimento decorrente de possível execução antecipada das referidas penas restritivas de direitos.

E, no que se refere à questão atentada pelo ilustre advogado na impetração, na impossibilidade de se proceder à execução da pena restritiva de direitos,

entendo que ele está com a mais absoluta razão, pois o artigo 147 da Lei de Execução Penal dispõe expressamente que:

*Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. (Grifos nossos).*

Logo, há, neste caso, um texto legal que profbe expressamente a execução da pena restritiva de direitos antes do surgimento da coisa julgada.

Assim, se promovêssemos a execução dessa pena, estaríamos atentando contra a presunção de não-culpabilidade e, ao mesmo tempo, desobedecendo a texto expresso de lei federal, sabendo-se, ainda, que a defesa interpôs recurso especial neste Superior Tribunal de Justiça, o qual ainda não foi julgado.

Neste mesmo sentido, temos os seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

Habeas Corpus n. 80.297-SP (2007/0071551-7)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Wladimir Valler

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Tânia Regina de Souza Fróes Anghinoni

*Decisão*

*Habeas corpus* contra a 14ª Câmara Criminal do 7º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que julgou prejudicado o *writ* impetrado em favor de Tânia Regina de Souza Fróes Anghinoni, em que se visava suspender a execução provisória da pena substitutiva imposta pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Serra Negra (Ação Penal n. 160/01).

Aduz-se, em suma, que "O presente *habeas corpus* substitutivo do Recurso Ordinário está sendo impetrado com o objetivo de invalidar, por absoluta ilegalidade, o ato judicial impugnado e especialmente o v. acórdão da Corte Estadual, que o manteve, ao entender 'prejudicada a análise do pedido', em virtude de ter a paciente iniciado o cumprimento da pena em regime de prisão albergue domiciliar, como foi determinado no curso do processo de execução, instaurado irregularmente, com a indevida conversão da pena restritiva de direito por pena privativa de liberdade, sem que haja trânsito em julgado da sentença condenatória, em flagrante violação à norma do art. 147, da Lei n. 7.210/1984." (fl. 12).

Informações prestadas às fls. 156/158 dos autos.



O Ministério Público Federal veio pela concessão da ordem, em parecer assim sumariado: "*Habeas corpus*. Crime contra a Administração Pública. Peculato. Pena restritiva de direitos. Conversão. Execução provisória.

1. Conforme determina o art. 147 da Lei n. 7.210/1984, a execução de pena restritiva de direitos só é possível após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

2. Pendente julgamento de recurso especial interposto pelo paciente, inviável a execução provisória de pena restritiva de direitos convertida em privativa de liberdade. Precedentes do STJ e do STF.

3. Parecer pela concessão da ordem." (fl. 272).

Tudo visto e examinado.

*Decido.*

Esta, a motivação do acórdão impugnado: "Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor da paciente, alegando constrangimento ilegal por parte da digna autoridade apontada como coatora, que determinou a execução provisória da pena restritiva de direitos imposta à paciente, sem qualquer fundamentação legal.

A presente impetração é de ser denegada.

Pelas informações prestadas pela digna autoridade apontada como coatora, a paciente foi condenada como incurso nas penas dos arts. 312, *caput* e 327, § 2º, ambos do Código Penal, ao cumprimento da pena de três anos, um mês e dez dias de reclusão, em regime aberto e ao pagamento de catorze dias-multa, nos autos da Ação Penal n. 160/01, que tramita por aquele Juízo, cujos autos estão em fase de recurso.

Informa que a pena privativa de liberdade imposta à paciente, foi substituída por prestação pecuniária no valor de quarenta salários mínimos, a ser efetuada perante entidade beneficente da Comarca de Serra Negra-SP estando os autos principais nesse Egrégio Tribunal, em razão de recurso interposto pela paciente, no qual foi mantida a decisão do Juízo tido como autoridade coatora.

Informa ainda que, no dia 22 de junho de 2006, o representante do Ministério Público requereu o prosseguimento do feito em razão do julgamento do recurso interposto pela paciente, informando que a mesma ingressou com recurso especial junto a este Tribunal.

Acrescenta que, apesar da interposição do recurso especial, não há óbice ao andamento do processo, determinando-se assim, o cumprimento do v. acórdão com a expedição da guia de recolhimento, havendo a paciente requerido a suspensão da execução provisória, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o que

foi deferido, suspendendo-se a execução provisória, até que houvesse o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Acrescenta finalmente que em razão de cassação da liminar concedida nos autos da Ação Penal n. 297/99 da 2ª Vara local, situação idêntica ao caso em tela, a execução provisória referente aos autos n. 160/01, da 1ª Vara Criminal de Serra Negra retomou seu curso.

Em contato telefônico com a Serventia da 1ª Vara Criminal da Comarca de Serra Negra-SP no dia 23 de janeiro de 2007, pelo Sr. Wellington Cardoso Nunes, matrícula 318.277-4, Escrevente Técnico Judiciário, que até aquela data, a paciente não efetuou nenhum pagamento, havendo sua pena sido convertida em prisão albergue domiciliar, cujo mandado de prisão foi cumprido no dia 27 de dezembro de 2006, oportunidade em que foi realizada audiência de advertência, e que há nos autos pedido do representante do Ministério Público no sentido de que seja a paciente regredida ao regime semi-aberto em razão da soma das penas a ela impostas, que ultrapassa o máximo para o seu cumprimento em regime aberto, estando os autos aguardando manifestação do seu Defensor.

Em que pese as alegações do combativo impetrante, firmou-se o entendimento de que a incoerência do trânsito em julgado da sentença condenatória não é óbice à prisão do condenado quando existente apenas, pendente de julgamento, o recurso especial e/ou recurso extraordinário, por não possuírem efeito suspensivo.

Contudo, conforme informações prestadas pela digna autoridade coatora, a pena da paciente já foi convertida em prisão albergue domiciliar, cujo mandado de prisão já foi cumprido no dia 27 de dezembro de 2006, oportunidade em que foi realizada audiência de advertência.

Assim, temos que, considerando a perda do objeto, resta prejudicada a análise do pedido contido no presente *habeas corpus* interposto pelo advogado Wladimir Valler em favor de Tânia Regina de Souza Fróes Anghiononi." (fls. 136/139).

E estas, as informações prestadas, no que interessa à espécie: "(...) Nesta Casa, aos 14 de outubro de 2006, esta Presidência proferiu decisão indeferindo o processamento do recurso especial. Interposto agravo de instrumento, presentemente, aos autos aguardam a remessa a esse Colendo Sodalício.

(...)" (fl. 158).

Em se tratando de condenação criminal, imposta que foi à paciente pena restritiva de direito, a sua execução depende do trânsito em julgado do *decisum*, como é das normas dos artigos 669 e 686 do Código de Processo Penal, 147 e 164 da Lei de Execuções Penais, que se ajustam ao mandamento do inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República, *verbis*: "LVII - ninguém será considerado culpado até



o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." Nesse sentido, confirmam-se, por todos: "*Habeas corpus*. Processual Penal. Apropriação indébita de contribuição previdenciária. Execução provisória das penas restritivas de direitos e de multa. Impossibilidade. Ordem concedida.

1. As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte, na linha dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, têm entendido que as penas restritivas de direitos não podem ser executadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2. Não é admissível a execução provisória da pena de multa, consoante dispõem os arts. 50 do Código Penal e 164 da Lei de Execuções Penais.

3. Ordem concedida para obstar a execução das penas restritivas de direitos e de multa impostas ao paciente (Execução Provisória n. 2005.72.05.004221-3), até o trânsito em julgado da sentença condenatória." (HC n. 53.192-SC, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, *in* DJ 11.12.2006 - nossos os grifos).

Agravo Regimental. *Habeas corpus*. Pena restritiva de direito. Execução. Trânsito em julgado. Inocorrência. Ilegalidade. Recurso provido.

1. O trânsito em julgado da sentença é condição necessária à execução da pena restritiva de direito, como é da letra do artigo 147 da Lei de Execução Penal, que bem se ajusta à presunção de não-culpabilidade, insculpida na Constituição da República (artigo 5º, inciso LVII).

2. Agravo regimental provido." (AgRgHC n. 42.481-RS, da minha Relatoria, *in* DJ 14.08.2006 - nossos os grifos).

Não é demais anotar, à luz da nova ordem constitucional, que a própria prisão, efeito da condenação recorrível, é de natureza cautelar, embora de necessidade presumida *juris tantum*.

De resto, não há falar em prejudicialidade do *writ*, porque pressuposto da reconversão da pena a deflagração indevida da execução provisória.

Cumpra registrar, em remate, além do parecer ministerial no sentido da concessão da ordem, o deferimento da Medida Cautelar n. 12.528-SP para "suspender, até o julgamento do recurso especial, a eficácia da sentença condenatória proferida nos autos do processo da Ação Penal n. 297/99, da 2ª Vara da Comarca de Serra Negra, e também da decisão do Juízo da 1ª Vara Criminal e Execuções Criminais da Comarca de Serra Negra que determinou a unificação de penas da requerente Tânia Regina de Souza Fróes Anghinoni (Execução n. 686.790)", sendo que a outra pena unificada é justamente a que decorre da Ação Penal n. 160/01.

Pelo exposto, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 3º do Código de Processo Penal, concedo a ordem,

para suspender a execução da pena restritiva de direito imposta à paciente, até o trânsito em julgado da condenação.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 16 de agosto de 2007.

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

(Ministro Hamilton Carvalhido, 30.08.2007)

Habeas Corpus n. 60.498-BA (2006/0122376-9)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Djalma Eutímio de Carvalho

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Paciente: Eliana Gomes da Silva kruschewsky

Decisão

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Eliana Gomes da Silva Kruschewsky, apontada como autoridade coatora o Tribunal Federal da 1ª Região.

Colhe-se dos autos que a paciente restou condenada, em primeiro grau, como incurso no artigo 171, § 3º, do Código Penal, à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão e multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por prestação de serviços à comunidade. Contra o acórdão da apelação que manteve a sentença condenatória, a defesa interpôs recurso especial, determinando a Corte de origem, na oportunidade, a expedição de carta de sentença para a execução do julgado.

Daí o presente *writ* em que se busca seja afastado o cumprimento antecipado da pena, sob pena de afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Deferida a liminar, fls. 439/440, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem.

Realmente, o *habeas corpus* deve ser deferido.

Com efeito, esta Corte tem proclamado que, a teor do art. 147 da Lei de Execução Penal, a execução das penas restritivas de direitos depende do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Vejam-se: A - "Penal e Processual Penal. *Habeas Corpus*. Cabimento. Acórdão condenatório. Privação da liberdade substituída por restrição de direitos. Recursos especial e extraordinário. Execução das penas substitutivas. Incidência de efeitos extra-penais da condenação: Perda do cargo e suspensão dos direitos políticos. Trânsito em julgado da decisão condenatória.



- Cabimento do *habeas corpus* para sanar constrangimento decorrente de execução antecipada de penas restritivas de direitos, cuja potencialidade lesiva ao direito de locomoção está representada pela sua conversibilidade em pena privativa de liberdade (precedente do STF).

- A sujeição do condenado à pena como decorrência da condenação definitiva é 'regra' e não 'exceção'.

- Antes do trânsito em julgado da condenação, as penas substitutivas são inexecutáveis (precedente deste STJ).

- Os efeitos extra-penais da condenação não incidem antes do seu trânsito em julgado (precedente deste STJ).

- A incidência do efeito extra-penal específico disposto no artigo 92, I, **a**, do CP nada tem a ver com a efetiva execução de pena privativa de liberdade, mas com sua 'aplicação' por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes ali definidos, subsistindo, assim, a perda do cargo, ainda que tenha havido substituição da pena corporal.

- O § 2º do artigo 27 da Lei n. 8.038/1990 não tem aplicação face ao disposto no artigo 15, inciso III, da Constituição da República.

- Ordem parcialmente concedida, apenas para suspender a execução das penas restritivas de direitos e a incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado do acórdão condenatório." (HC n. 35.427-MG, Relator o Ministro Paulo Medina, DJU de 20.11.2006) B - "*Habeas Corpus*. Processual Penal. Crime contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural. Lei n. 9.605/1998. Execução provisória de pena restritiva de direitos. Impossibilidade.

1. As penas restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal, somente podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

3. Ordem concedida para determinar a sustação da execução provisória da pena restritiva de direitos imposta ao ora Paciente, até o trânsito em julgado de sua condenação." (HC n. 60.759-SC, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJU de 20.11.2006) c - "Agravamento Regimento. *Habeas Corpus*. Pena restritiva de direito.

Execução. Trânsito em julgado. Inocorrência. Ilegalidade. Recurso provido.

1. O trânsito em julgado da sentença é condição necessária à execução da pena restritiva de direito, como é da letra do artigo 147 da Lei de Execução Penal, que bem se ajusta à presunção de não-culpabilidade, insculpida na Constituição da República (artigo 5º, inciso LVII).

2. Agravo regimental provido." (AgRg no HC n. 42.481-RS, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJU de 14.8.2006) Assim, estando pendente o julgamento do Agravo de Instrumento n. 861.100-DF, não se justifica a execução provisória da sanção imposta na ação de que aqui se cuida.

Ante o exposto, confirmando a liminar, concedo o *habeas corpus*, para condicionar a execução da pena imposta à paciente na Ação Penal n. 2000.33.01.001340-0/BA ao trânsito em julgado do decreto condenatório.

Dê-se imediata ciência ao Tribunal de origem e ao Juízo de primeiro grau.

Publique-se.

Brasília (DF), 30 de março de 2007.

Ministro Paulo Gallotti, Relator

(Ministro Paulo Gallotti, 12.04.2007)

Medida Cautelar n. 13.210-PR (2007/0208507-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Requerente: Fábio Ciuffi

Advogado: Homero Flesch e outro(s)

Requerido: Ministério Público Federal

Processual Penal. Medida Cautelar. Efeito suspensivo a Agravo de Instrumento. Superveniência de julgamento do recurso. Perda de objeto. Pedido prejudicado. Pena restritiva de direitos. Execução provisória. Impossibilidade. Concessão de *habeas corpus* de ofício.

1. Resta esvaziado o objeto da ação cautelar, com o superveniente julgamento do agravo de instrumento ao qual se pretendia emprestar efeito suspensivo.

2. Medida cautelar prejudicada. *Habeas corpus* concedido de ofício para determinar o sobrestamento da execução provisória da pena restritiva de direitos, que só pode ser efetivada após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Decisão Vistos etc.

Trata-se de medida cautelar, com pedido liminar, ajuizada por Fábio Ciuffi, visando emprestar efeito suspensivo ao agravo regimental interposto contra decisão monocrática de minha lavra, que negou provimento ao Agravo de Instrumento n. 825.650-PR, manifestado contra a decisão proferida pela Ilustre Vice Presidente do Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região, que negou seguimento ao recurso especial interposto.



Segundo consta dos autos, o ora Requerente foi condenado pela prática do crime tipificado no art. 168-A, c.c. o art. 51, ambos do Código Penal, à pena de 02 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 26 dias-multa, no valor de 1/2 salário mínimo, tendo havido a substituição por duas penas restritivas de direitos nas modalidades de prestação de serviços à comunidade, junto à entidade assistencial, e de prestação pecuniária, no valor de 02 salários mínimos, por 02 anos e 10 meses.

Inconformado, interpôs recurso de apelação, que restou desprovido (fls. 38/51), ocasião em que foram opostos embargos declaratórios, que também foram rejeitados (fls. 64/69).

Seguiu-se a interposição de recurso especial, alegando ter havido contrariedade aos arts. 1º e 2º, do Código Penal, e arts. 41 e 386, do Código de Processo Penal, o qual não foi admitido pelo Tribunal de origem (fls. 148/149), dando ensejo à interposição de agravo de instrumento para esta Corte (Ag n. 825.650-PR).

O referido recurso foi desprovido em decisão monocrática de minha lavra (fls. 89/92), o que acarretou a interposição de agravo regimental.

Diante de tais circunstâncias, o ora Requerente ajuizou a presente medida cautelar, com pedido de liminar, visando emprestar efeito suspensivo ao recurso ainda pendente, de modo a sustar o início da execução provisória das penas substitutivas aplicadas ao ora Requerente (Execução Penal Provisória n. 2007.70.00.002802-0).

Relatei. Decido.

A medida cautelar encontra-se prejudicada.

A presente controvérsia restou superada com o desprovidimento do Agravo de Instrumento n. 825.650-PR, interposto em face de decisão que não admitiu o recurso especial, bem como pelo julgamento do agravo regimental, na Sessão de Julgamento da Quinta Turma desta Corte, realizada no dia 26 de junho de 2008.

Nesse contexto, tendo sido julgado o recurso pendente neste Superior Tribunal de Justiça, no qual se pretendia emprestar efeito suspensivo, resta esvaziado o objeto da presente medida cautelar.

No mesmo diapasão: "Medida Cautelar. Efeito suspensivo a Agravo de Instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial. Impossibilidade. Recurso prejudicado.

- Em tendo sido julgado o recurso a que se visava atribuir efeito suspensivo, por intermédio de medida cautelar, julga-se extinta a mesma, por falta de objeto.

- Medida cautelar extinta." (MC n. 940-RJ, 6ª Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 1º.08.2000). Não obstante, o caso enseja a concessão de *habeas*

*corpus* de ofício, porquanto a jurisprudência uníssona deste Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a do Supremo Tribunal Federal, é no sentido de que as penas restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 147, da Lei de Execução Penal, somente podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A propósito: "*Habeas corpus*. Processual Penal. Crime contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural. Lei n. 9.605/1998. Execução provisória de pena restritiva de direitos. Impossibilidade.

1. As penas restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 147, da Lei de Execução Penal, somente podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

3. Ordem concedida para determinar a sustação da execução provisória da pena restritiva de direitos imposta ao ora Paciente, até o trânsito em julgado de sua condenação." (HC n. 60.759-SC, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 20.11.2006). "*Habeas Corpus*. Pena restritiva de direitos. Execução provisória. Impossibilidade. Vedação legal. Ordem concedida.

I- É expressamente vedada a execução provisória de pena restritiva de direitos, o que deve ocorrer apenas após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

II- Ordem concedida." (HC n. 77.547-SP, 5ª Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relatora p/ Acórdão Ministra Jane Silva, Desembargadora Convocada do TJMG, DJ 17.09.2007). Ante o exposto, *julgo prejudicada* a presente medida cautelar.

Concedo *Habeas Corpus* de ofício para determinar o sobrestamento da execução provisória das penas restritivas de direitos, que só podem ser efetivadas após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de agosto de 2008 Ministra Laurita Vaz Relatora (Ministra Laurita Vaz, 13.08.2008)

*Posto isso, ratificando a liminar, concedo a ordem para suspender a execução das penas restritivas de direitos impostas ao paciente, até o trânsito em julgado da condenação.*

É como voto.



**RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 21.921-MG (2007/0201441-4)**

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Maria Augusta Vilela Tavares

Advogado: Maria Augusta Vilela Tavares (em causa própria)

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

**EMENTA**

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Calúnia. Pedido de trancamento da ação. Inépcia formal. Falta de justa causa não evidenciada. Imunidade judiciária. Advogado. Impossibilidade.

1 - Não é inepta a denúncia que, em conformidade com o artigo 41 do Código de Processo Penal, narra conduta delituosa que configura, em tese, o crime de denúncia caluniosa, possibilitando o exercício regular do direito de defesa.

2 - Reconhecido que não se trata de hipótese de atipicidade da conduta, de inexistência absoluta de indícios de autoria ou de extinção da punibilidade, não é de se falar em falta de justa causa para a ação penal.

3 - Não se aplica ao crime de calúnia a imunidade judiciária prevista nos arts. 133 da Constituição Federal, 142, I, do Código Penal e 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994.

4 - Recurso improvido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 04 de novembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso ordinário interposto por Maria Augusta Vilela Tavares contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, buscando o trancamento da Ação Penal n. 0620.07.022152-3, em trâmite na 1ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo do Sapucaí, naquele Estado, a que responde pela prática de calúnia.

Alega-se ser inepta a peça acusatória, assim como faltar justa causa para a ação penal, acentuando que a recorrente é, na verdade, vítima de perseguição dos magistrados e promotores que atuam na Comarca de São Gonçalo do Sapucaí. Aduz-se, ainda, ser nulo o processo por cerceamento do direito de exercício da advocacia.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Esta a denúncia formulada contra a recorrente, que a deu como incurso no art. 138, c.c. 141, II, do Código Penal:

Consta do presente caderno apuratório que no mês de março de 2007, no município de São Gonçalo do Sapucaí-MG, a denunciada por vontade livre e consciente, caluniou funcionário público, em razão de suas funções, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.

Extrai-se do inquérito policial que a denunciada, advogada constituída de Sílvio Tavares dos Santos juntou, às fls. 267/273 dos autos do processo criminal n. 0620.07.021916-2 em que seu cliente figura como réu, tornando público, documento endereçado ao Exmo. Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais em que, além de representar contra membro do Ministério Público, imputa ao MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de São Gonçalo do Sapucaí-MG, em razão da prolação de sentença em desfavor de seu cliente nos autos da ação de cobrança n. 0620.04.012396-5, fato definido como crime, posto ter afirmado que o magistrado exerceu a sua função jurisdicional conferindo 'beneplácito, aprovação e apoio' a uma 'quadrilha de estelionatários e falsificadores'.

Ao esclarecer em que consistiu o apoio emprestado pelo magistrado à suposta quadrilha de estelionatários e falsificadores, acrescentou a denunciada que o magistrado deixou, indevidamente, de praticar ato de ofício, que considerou ser o deferimento de exame pericial por ela requerido. Também, imputou o magistrado,



em razão da prolação de sentença em desfavor de seu cliente, atuação contrária às disposições legais posto ter afirmado ter agido aquele com parcialidade, vez que favorecendo a parte contrária. Por fim, aduziu que a omissão de ato de ofício e a atuação ilegal imputadas ao magistrado teve o intuito de satisfazer interesse que somente Deus e o próprio magistrado poderiam revelar.

A denunciada, portanto, pessoa de certo preparo intelectual posto que advogada, vencida nas instâncias judiciais, valendo-se de disfarces e subterfúgios, além de ofender a reputação do servidor público, imputou falsamente ao magistrado, em razão do exercício de sua função, a prática de crime de prevaricação, tipificado no artigo 319 do Código Penal.

Às fls. 3/5 tem-se representação apresentada pelo ofendido.

Assim, tendo a denunciada Maria Augusta Vilela Tavares, incorrido nas sanções do artigo 138 c.c. artigo 141, inciso II, ambos do Código Penal, requer o Ministério Público, autuada e recebida a presente, seja aquela devidamente citada e interrogada, ouvidas as testemunhas abaixo arroladas e, ao final, condenada nas penas que lhes couberem. (fls. 35/37)

Depreende-se, do teor da exordial acusatória, que ela preenche os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, contendo todos os elementos indispensáveis à persecução penal, além de operar a uma descrição suficiente do comportamento tido como delituoso, possibilitando o exercício da defesa sem qualquer dificuldade, mostrando-se descabida a alegação de inépcia formal.

De outro lado, não verificada de plano a atipicidade da conduta, a inexistência de indícios de autoria ou a extinção da punibilidade, não há que se falar em falta de justa causa para a ação penal, que, como observado pela Subprocuradora-Geral da República Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, "tem lastro em inquérito policial onde foram coligidos os elementos de convicção que sustentam a acusação."

Vejam-se os precedentes:

A - *Habeas corpus*. Falso testemunho. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa não-evidenciada de plano. Análise sobre a materialidade dos delitos que não pode ser feita na via eleita.

1. O trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

2. Narrando a denúncia fatos configuradores de crime em tese, de modo a possibilitar a defesa dos acusados, não é possível o trancamento da ação penal na

via do *habeas corpus*, mormente quando a alegação de falta de justa causa demanda o reexame do material cognitivo constante nos autos.

3. A alegada atipicidade da conduta por restar configurada, apenas, diversidade entre depoimentos, é contraposta pelos indícios de falseamento da verdade, apresentados pela acusação, em evidente confronto de versões para o mesmo fato, somente deslindável por meio da instrução. Justa causa evidenciada.

4. *Writ* denegado.

(HC n. 44.748-CE, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJU de 06.08.2007)

B - Penal e Processual. Estelionato qualificado. Trancamento da ação penal. Atipicidade. *Habeas corpus*. Justa causa. Ausência. Dilação probatória. Impossibilidade. Inépcia da denúncia. Ausência de descrição da conduta. Descabimento. Exordial acusatória em consonância com o art. 41 do CPP Existência de ação cível em trâmite. Desnecessidade. Independência das esferas cível e criminal. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada.

Quando a denúncia descreve conduta que, em tese, constitui crime, incabível é a alegação de falta de justa causa, tanto mais porque, nessa fase processual, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, bastando, para o recebimento da denúncia, a mera probabilidade de procedência da ação penal.

Impedir o Estado-Administração de demonstrar a responsabilidade penal do acusado implica cercear o direito-dever do poder público em apurar a verdade sobre os fatos.

Marcado por cognição sumária e rito célere, o *habeas corpus* não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, posto que tal proceder é peculiar ao processo de conhecimento.

O trancamento de ação penal, pela via estreita do *writ*, somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, constata-se que há imputação de fato penalmente atípico, inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito ou extinta a punibilidade.

Recurso a que se nega provimento.

(RHC n. 16.288-RJ, Relator o Ministro Paulo Medina, DJU de 09.04.2007)

Por fim, não tem procedência a alegação da recorrente de que estaria acobertada pela imunidade judiciária, pois, em se tratando de calúnia, não se aplicam os arts. 133 da Constituição Federal, 142, I, do Código Penal e 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994.



Nesse sentido:

A - *Habeas Corpus*. Calúnia contra funcionário público em razão de suas funções. Imunidade. Impossibilidade. Trancamento. Concedida a ordem.

1- A imunidade concedida aos advogados pelo artigo 133 da Constituição Federal não abrange o crime de calúnia, conforme entendimento desta Corte.

2- O crime de calúnia não se configura quando não há ação dirigida com o fim de atingir a honra da vítima, não havendo, desta forma, intenção de caluniar.

3- Concedida a ordem.

(HC n. 96.763-RS, Relatora a Desembargadora convocada Jane Silva, DJe 12.05.2008)

B - Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Calúnia. Trancamento de ação penal. Imunidade. Art. 133 da CF, art. 142, I, do CP, art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994. Atipicidade.

I - A imunidade prevista no art. 133 da *Lex Maxima*, no art. 142, I, do Código Penal e no art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994 não abrange o crime de calúnia. (Precedentes do STF e do STJ).

II - *In casu*, é possível a constatação, de plano, da atipicidade da conduta, motivo pelo qual deve ser trancada a ação penal. *Habeas corpus* concedido.

(HC n. 92.685-RJ, Relator o Ministro Felix Fischer, DJe de 12.05.2008)

Diante do exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como voto.

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.647-RS  
(2001/0106480-5)**

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Lauro Mazzini Panichi

Advogado: Marly Terezinha Tregnago Panichi

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Impetrado: Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Paulo Roberto Thomsen Zietlow e outro(s)

### EMENTA

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Administrativo. Magistrado. Assédio sexual. Disponibilidade remunerada. Processo administrativo disciplinar. Nulidades. Não-ocorrência.

1. O artigo 38 do Código de Processo Penal não tem aplicação no âmbito administrativo, em que não há sequer o requisito de representação do ofendido para fins de instauração do processo administrativo disciplinar.

2. Além de não haver qualquer previsão legal de que, no julgamento de processo disciplinar, deve a prescrição ser examinada antes das demais questões de mérito, não há ocorrência de nulidade quando referida inversão não acarreta prejuízo ao impetrante.

3. A motivação sucinta de um dos votos proferidos no julgamento administrativo não implica em sua nulidade se o Órgão Especial da Corte Estadual, pelo voto do relator e de outros três magistrados, esposou longa e bem elaborada fundamentação ao tratar da questão da prescrição.

4. Não é nula a portaria que instaurou o processo disciplinar, em aditamento à anterior, quando seus termos atendem ao expressamente determinado em decisão judicial.

5. É cabível a participação do Ministério Público, como *custos legis*, no julgamento pelos próprios Tribunais de processos disciplinares envolvendo magistrados, diante do relevante interesse público envolvido. Aplicação do raciocínio do artigo 52, § 5º, da Loman.

6. Afasta-se a alegação de ofensa à ampla defesa se a portaria instauradora do procedimento administrativo descreveu minuciosamente os fatos imputados ao magistrado.

7. Não prospera a assertiva de que o depoimento de testemunho, prestado posteriormente à proposta, baseada também naquele depoimento, de instauração de processo disciplinar, seria prova forjada e montada ardilosamente, considerando que foi colhido, em sindicância, antes da expedição da portaria acusatória.

8. Não há de se falar em aplicação do princípio da isonomia para afastar a punição de magistrado que incorreu na prática de falta grave funcional consistente em assediar sexualmente servidoras e advogadas.



9. Recurso ordinário improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Nilson Naves e Paulo Gallotti votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Dr(a). Helena Tregnago Panichi, pela parte recorrente: Lauro Mazzini Panichi

Brasília (DF), 21 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

---

DJe 15.09.2008

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de recurso ordinário, interposto por Lauro Mazzini Panichi, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que denegou segurança impetrada contra ato de seu Órgão Especial.

Consoante se verifica dos autos, a Presidência daquele Tribunal Estadual, por meio das Portarias n. 16/93-CM e 01/94-CM, substituídas pela Portaria n. 01/95-CM, instaurou processo administrativo para a apuração de cometimento pelo recorrente, Juiz de Direito, de falta grave funcional "em razão de fatos ocorridos nas Comarcas de Guaíba e Encruzilhada do Sul, evidenciadores da prática de assédio sexual por parte do impetrante contra diversas servidoras e advogadas." Concluído o processo administrativo, determinou o Órgão Especial daquela Corte a aplicação de pena disciplinar consistente na disponibilidade remunerada do magistrado, com vencimentos integrais, a partir de 17.10.1995.

Pleiteou o impetrante, na exordial, seja reconhecida a ocorrência da prescrição punitiva do Estado, desconstituída a decisão sancionadora, bem como anulado o ato que o colocou em disponibilidade.

O Pleno da Corte Estadual, por unanimidade denegou a segurança em aresto que restou ementado nos seguintes termos:

Administrativo. Procedimento disciplinar. Magistrado posto em disponibilidade remunerada por cometimento de assédio sexual contra servidoras da justiça e advogadas. Mandado de segurança objetivando a anulação do processo disciplinar e do julgamento. Alegações de prescrição da ação administrativa, falta de fundamentação da decisão, intervenção indevida do Ministério Público o procedimento disciplinar, imprecisão da portaria acusatória, e decadência da ação de segurança. Inocorrência. Direito líquido e certo não configurado.

1. O prazo prescricional, em não havendo instauração de processo-crime, mas tão-somente de atos ilícitos sujeitos à disciplina administrativa, portanto, de natureza meramente administrativa, começa a fluir da data do conhecimento do ato pelo superior hierárquico competente para instaurar o processo administrativo, e não da época de sua ocorrência.

2. O acórdão é um todo, integrado por todos os votos dos juízes do órgão jurisdicional, e o conjunto dos votos é que materializam a decisão, e não um voto apenas. Assim, a imperfeição ou a insuficiência de um voto é superada pelo conjunto.

3. O § 5º do art. 52 da *Loman* (LC n. 35, de 13.03.1979) prevê a intervenção do Ministério Público (art. 12 *usque* art. 118), no procedimento de aposentadoria e de remoção compulsórias ou de disponibilidade de magistrado.

4. A portaria acusatória assegurou ao impetrante o direito da mais ampla defesa, previsto pela Lei Maior, como demonstram os autos do procedimento administrativo, e as diversas ações de segurança interpostas.

5. Segurança denegada por ausência de direito líquido e certo.

Sustenta o recorrente que "a data do conhecimento dos fatos por parte do Conselho da Magistratura não foi 16.11.1993, como consta à fl. 525 dos presentes autos, mas sim 05 de agosto de 1993, conforme se verifica na fl. 41 do processo administrativo, constante à fl. 30 dos presentes autos. Portanto, entre 05 de agosto de 1993 (data do conhecimento dos fatos pelo Conselho da Magistratura - fl. 30) e 16 de outubro de 1995 (data em que ocorreu o julgamento pelo Órgão Especial - fl. 160), decorreram mais de dois anos. Logo, resulta inequívoco que ocorreu a prescrição" (fls. 537/538).

Afirma, outrossim, que, nos termos do artigo 154 da Lei Estadual n. 6.929/1975 e 197, § 2º, da Lei Complementar n. 10.098/1994, "estão prescritas as acusações constantes nas Portaria a que se refere o processo administrativo n. 21.510/93-7", bem como "inexiste na espécie qualquer marco interruptivo do lapso prescricional, consoante dispõe o art. 117 do Código Penal" (fl. 541). Além disso, alega que "inexiste causa interruptiva da prescrição administrativa, dado



que nenhuma lei a prevê. Como todos os fatos imputados se passaram há mais de dois anos, prescrita está toda e qualquer ação contra o recorrente" (fl. 546).

Por outro lado, aponta a decadência do direito de representação, considerando que "entre a data dos fatos e a representação decorreram mais de seis meses" (fl. 547), nos termos do artigo 38 do Código de Processo Penal.

Aduz que "houve inversão no exame da prescrição, pois primeiro foi decidido o mérito, quando deveria ser inicialmente decidido se estava ou não prescrita a ação disciplinar", razão pela qual "deve ser declarada a nulidade da decisão administrativa, a fim de ser observado o *due process of law*" (fls. 548/549).

Argumenta que, diante da ausência de fundamentação do voto de um dos Desembargadores que participou da decisão administrativa que determinou sua disponibilidade, tal julgamento foi nulo, devendo outro ser proferido.

Assevera que, em desrespeito à decisão judicial proferida em outro mandado de segurança, em que foi concedida liminar, foi expedida apenas uma Portaria, em prejuízo à sua defesa, pois "poderia arrolar oito testemunhas para cada portaria. Ou seja, poderia arrolar oito testemunhas para contrapor os fatos imputados em Encruzilhada do Sul e mais oito testemunhas para os fatos imputados na portaria de Guafba" (fl. 551).

Aponta a inobservância do disposto nos artigos 112 e seguintes do Regimento Interno, que não prevê a intervenção do Ministério Público no procedimento de aposentadoria e de remoção compulsórias ou de disponibilidade de magistrado. A esse respeito, afirma que a Loman tampouco prevê a participação do Ministério Público em processo administrativo, razão pela qual "somente o magistrado ou seu procurador é que poderão oferecer razões finais, não atuando o Procurador-Geral de Justiça" (fl. 554).

Por outro lado, sustenta o impetrante que seria nula a Portaria n. 01/95-GP por não constar "uma acusação precisa", a malferir a ampla defesa.

Requer a anulação do processo administrativo que culminou na aplicação da pena de sua disponibilidade, tendo em vista que "na proposta ao Conselho da Magistratura, feita no dia 05 de agosto de 1993 (fl. 30), já constava o fato envolvendo a advogada Adriane Carvalho, enquanto que ela somente prestou o seu depoimento no dia 13 de agosto de 1993 perante a Colenda Corregedoria-Geral da Justiça, como faz prova o documento de fl. 31", "o que demonstra que a prova foi forjada e montada arditosamente para responsabilizar o magistrado" (fl. 565).

Por fim, aduz que "não se puniram outros casos similares e até mais graves do que os imputados ao recorrente", a malferir o princípio constitucional da isonomia.

Opina o Ministério Público Federal, em consonância com o *Parquet* Estadual, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

### VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Consoante se verifica dos autos, o ora recorrente impetrou o presente mandado de segurança contra ato do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual pleiteou a anulação do ato que o colocou em disponibilidade remunerada "em razão de fatos ocorridos nas Comarcas de Guaíba e Encruzilhada do Sul, evidenciadores da prática de assédio sexual por parte do impetrante contra diversas servidoras e advogadas."

Inicialmente, cumpre esclarecer que, conquanto nos autos do RMS n. 11.902-RS, de minha relatoria, cujo acórdão transitou em julgado em 04.03.2008, as partes e o pedido formulado se identificam com os do presente *writ*, as causas de pedir, excetuando a relativa à prescrição, são distintas. Desse modo, reconheço a ocorrência de coisa julgada material no que toca à prescrição e passo ao exame das demais alegações do recorrente.

Pleiteia o impetrante a aplicação à espécie do artigo 38 do Código de Processo Penal, ao fundamento de que teria ocorrido a decadência do direito de representação, considerando que "entre a data dos fatos e a representação decorreram mais de seis meses" (fl. 547). Referido dispositivo, contudo, se restringe à esfera penal, não tendo aplicação no âmbito administrativo, em que não há sequer o requisito de representação do ofendido para fins de instauração do processo administrativo disciplinar.

No que concerne à alegação de nulidade da decisão administrativa, pela "inversão no exame da prescrição, pois primeiro foi decidido o mérito", tampouco merece prosperar o recurso. Com efeito, além de não haver qualquer previsão legal de que, no exame do processo, deve a prescrição, matéria de mérito, ser examinada antes das demais questões de mérito, referida inversão não acarretou qualquer prejuízo ao impetrante, que foi submetido à pena disciplinar consistente na disponibilidade remunerada.

Por outro lado, argumenta o impetrante que, diante da ausência de fundamentação, no que se refere à prescrição, do voto de um dos Desembargadores que participou da decisão administrativa, tal julgamento foi nulo, devendo outro ser proferido. Da análise dos autos, contudo, verifica-se que o Órgão Especial da Corte Estadual, pelo voto do Relator e de outros três magistrados, esposou longa e bem elaborada fundamentação ao tratar da questão da prescrição.



Desse modo, a motivação sucinta de um dos votos proferidos no julgamento não implica em sua nulidade, considerando que, como bem ressaltou a Corte de origem, "o acórdão é um todo, integrado de todos os votos dos juízes integrantes do órgão jurisdicional, e o conjunto dos votos é que materializam a decisão, e não um voto apenas. Assim, a imperfeição ou a insuficiência de um voto é superada pelo conjunto" (fl. 527).

Por outro lado, considerando que a Portaria n. 16/93-CM descreveu apenas os fatos ocorridos em Guaíba (fls. 33/34), determinou-se, no julgamento de liminar nos autos de mandado de segurança, a expedição de nova portaria "com a descrição dos fatos ocorridos em Encruzilhada do Sul, em aditamento à anterior ou autônoma" (fl. 116).

Assim, não há que se falar em ocorrência de nulidade da Portaria n. 01-95-GP (fls. 109/111), pois, ao aditar a anterior, mencionando também os fatos havidos em Encruzilhada do Sul, obedeceu ao expressamente determinado na referida decisão.

No que se refere à intervenção do Ministério Público em procedimento disciplinar contra membro de Tribunal, estabelece o artigo 52, § 5º, da Loman, que:

Art. 52 - A reclamação contra membro de Tribunal será formulada em petição, devidamente fundamentada e acompanhada de elementos comprobatórios das alegações.

(...)

§ 5º - Se desnecessárias outras provas ou diligências, e se o Conselho não concluir pelo arquivamento da reclamação, abrir-se-á vista para alegações, sucessivamente, pelo prazo de dez dias, ao reclamado, ou a seu advogado, e ao Procurador-Geral da República.

Destarte, diante de expressa previsão legal de necessidade de manifestação do Procurador-Geral da República no julgamento, pelo Conselho Nacional de Magistratura, de reclamação contra membro de Tribunal, deve-se concluir pelo cabimento da participação do Ministério Público, como *custos legis*, também no julgamento pelos próprios Tribunais de processos disciplinares envolvendo magistrados, diante do relevante interesse público envolvido.

Sustenta o impetrante, ainda, que seria nula a Portaria n. 01/95-GP por não constar "uma acusação precisa." No entanto, da leitura da mencionada Portaria (fls. 109/111), "instaurada para apuração de fatos noticiados nas Comarcas de Encruzilhada do Sul e Guaíba", verifica-se que foram minuciosamente descritos os fatos imputados ao magistrado, "evidenciadores da prática de assédio sexual", a afastar a alegação de ofensa à ampla defesa.

Afirma que "na proposta ao Conselho da Magistratura, feita no dia 05 de agosto de 1993 (fl. 30), já constava o fato envolvendo a advogada Adriane Carvalho, enquanto que ela somente prestou o seu depoimento no dia 13 de agosto de 1993 perante a Colenda Corregedoria-Geral da Justiça, como faz prova o documento de fl. 31", "o que demonstra que a prova foi forjada e montada arditosamente para responsabilizar o magistrado" (fl. 565).

Conforme assentado no aresto recorrido, contudo, "tal depoimento veio a fazer parte da sindicância, eis que colhido antes da expedição da portaria acusatória, que deu causa e instrução ao processo administrativo" (fl. 530), a afastar a ocorrência de tal nulidade.

Por fim, não comprovou o impetrante a alegação de que "não se puniram outros casos similares e até mais graves do que os imputados ao recorrente."

De qualquer forma, ainda que houvesse casos de não-punição de magistrados pela prática de assédio, tal fato não seria hábil a embasar a existência de direito líquido e certo do impetrante a não ser punido. Com efeito, não há de se falar em aplicação do princípio da isonomia para afastar a punição de magistrado que incorreu na prática de falta grave funcional consistente em assediar servidoras e advogadas.

Diante do exposto, *nego provimento ao recurso ordinário.*

É como voto.

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 15.622-SP  
(2002/0157340-6)**

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Ronaldo João Roth

Advogado: Ilson Wajngarten

T. Origem: Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo

Impetrado: Juiz Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de  
São Paulo

Recorrido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

Procurador: Luís Cláudio Manfio e outro(s)



### EMENTA

Recurso ordinário. Administrativo. Juiz auditor do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Função de juiz corregedor. Designação transitória. Desnecessidade de designar juiz titular ou o mais antigo da carreira. Art. 2º da Lei Complementar Estadual n. 705/1993. Ausência de disposição legal específica sobre a regra para tal designação.

1. O art. 2º da Lei Complementar Estadual n. 705/1993 estabelece que o cargo de Juiz Corregedor passará a ser exercido "pelo Juiz Auditor designado pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado". Esta expressão não se refere a Juiz Auditor Titular ou Substituto, tampouco ao juiz mais antigo da carreira; diz ela apenas que a função de Juiz Corregedor será exercida por Juiz auditor, cargo *lato sensu*, de provimento por aqueles aprovados em concurso de provas e títulos, sem que se estabeleça a obrigatoriedade de ser ele titular na carreira.

2. Fundamentação sucinta não se confunde com ausência ou deficiência na fundamentação, notadamente se possibilitou a ampla insurgência do recorrente.

3. Recurso ordinário desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) e Nilson Naves votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 09 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

---

DJe 19.12.2008

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso ordinário, interposto por Ronaldo João Roth, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal

de Justiça Militar do Estado de São Paulo, que denegou a segurança pleiteada pelo impetrante, consubstanciada na sua pretensão em responder pelo cargo vago de Juiz Corregedor Permanente da Polícia Judiciária Militar e do Presídio Militar, de Execuções Criminais, bem assim pelas funções de Distribuidor de 1ª Instância na designação no lugar do Juiz Substituto Luiz Alberto Moro Cavalcante.

Consta dos autos que o presente mandado de segurança foi ajuizado no Tribunal de origem contra o ato praticado pelo Excelentíssimo Juiz Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, que, acolhendo a deliberação da sessão administrativo do referido Tribunal, nomeou o Juiz Substituto Luiz Alberto Moro Cavalcante para o cargo citado, ao invés de nomear o impetrante, Juiz auditor titular e mais antigo na carreira.

O Tribunal *a quo* denegou a segurança, entendendo que a decisão foi tomada, por unanimidade, pela Corte Castrense, nos termos do art. 81 § 3º, da Constituição Estadual, art. 93 da Lei Estadual n. 5.048/1958, art. 5º da Lei Estadual n. 333/1974 e art. 2º da Lei Complementar Estadual n. 705/1993.

Afirmou, ainda, que os referidos dispositivos não estabelecem critério para a designação de Juiz Corregedor, sobretudo porque tal designação se deu em caráter provisório.

Concluiu, asseverando que a designação foi feita até a instalação da 5ª Auditoria Militar, que responderá pela Corregedoria da Polícia Judiciária Militar e do Presídio Militar e de Execuções Criminais, e que será legalmente preenchida por concurso de remoção/promoção.

No recurso ordinário, o impetrante alega que o Tribunal de Justiça Militar não observou o disposto no art. 2º da Lei Complementar Estadual n. 705/1993, que determina que a função de Corregedor será exercida por Juiz Auditor Titular, razão pela qual não poderia ter sido nomeado o Juiz Luiz Alberto Moro Cavalcante, substituto, para tal função.

Sustenta que a designação referida se trata de ato vinculado, daí por que "a designação de Magistrado Substituto para responder pelo referido cargo vago só poderia ocorrer pelo critério de antigüidade".

Nesse passo, afirma que, por ser o mais antigo da carreira, deveria ter sido escolhido para as funções de Juiz Corregedor e que a escolha, como feita, reveste-se de uma "promoção disfarçada".

Assevera, ainda, que a designação se deu sem motivação.

Em contra-razões, o recorrido afirma não haver nenhuma ilegalidade no ato atacado e que a designação se deu apenas a título provisório.



Ouvido o Ministério Público Federal, este opinou pelo desprovimento do recurso ordinário.

É o relatório.

### VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A questão tratada no presente recurso ordinário é saber se o recorrente tinha direito líquido e certo a ser designado para a função de Juiz Corregedor Permanente da Polícia Judiciária Militar e do Presídio Militar, de Execuções Criminais, bem assim pelas funções de Distribuidor de 1ª Instância, em razão de ser Juiz titular e por ser o mais antigo na carreira.

Para a análise do pleito, necessário um breve revolvimento da legislação estadual que circunda o conhecimento da matéria.

O art. 81, § 3º, da Constituição do Estado de São Paulo dispõe sobre os serviços de correição da Justiça Militar:

Os serviços de correição permanente sobre as atividades de Polícia Judiciária Militar e do Presídio Militar serão realizados pelo juiz auditor designado pelo Tribunal.

Já o artigo 5º da Lei Estadual n. 333/1974 criou o cargo de Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça Militar, nos seguintes termos:

Fica criado na parte Permanente do Quadro da Justiça um cargo de Auditor de Justiça Militar, padrão “E”, com as funções de auxiliar da Corregedoria Geral, cumulativamente com as funções de juiz corregedor permanente dos serviços judiciários, afetos à justiça militar, dos presídios e das Execuções Criminais.

No mesmo sentido, o art. 2º da Lei Complementar Estadual n. 705/1993 estabeleceu as funções do Juiz Auditor responsável pela correição:

Passam a ser exercidos, cumulativamente, pelo Juiz Auditor designado pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado, os serviços de correição permanente e de execuções criminais, bem assim as funções de Distribuidor de 1ª Instância.

Este último dispositivo é que o recorrente aponta como violado, por entender que a designação para a função de Juiz Corregedor, mesmo a título precário, deve ser realizada sob Juiz Titular e mais antigo na carreira, não se admitindo que esta se dê sob Juiz Substituto, como no ato atacado.

Todavia, não coaduno com as pretensões do recorrente.

Da leitura do art. 2º da Lei Complementar Estadual n. 705/1993 não se extrai a interpretação que objetiva o recorrente.

Com efeito, diz o referido artigo que o cargo de Juiz Corregedor passará a ser exercido "pelo Juiz Auditor designado pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado". Esta expressão não se refere a Juiz Auditor Titular ou Substituto, tampouco ao juiz mais antigo da carreira; diz ela apenas que a função de Juiz Corregedor será exercida por Juiz auditor, cargo *lato sensu*, de provimento por aqueles aprovados em concurso de provas e títulos, sem que se estabeleça a obrigatoriedade de ser ele titular na carreira.

Destarte, não se verifica, na hipótese, direito líquido e certo do impetrante à sua designação para a vaga em debate, notadamente por não existir na lei critério específico que coincida com as pretensões lançadas na inicial.

Ademais, como afirmado na decisão administrativa que decidiu pela designação do Juiz Luiz Alberto Moro Cavalcante, tal designação se deu a título transitório, razão pela qual não há violação a qualquer direito decorrente da necessidade de ser observadas as regras relativas à promoção por antigüidade. Esta, no momento oportuno, seria realizada para a designação permanente do Juiz Corregedor.

Não se desconhece que a mesma Lei Complementar n. 705/1993 criou a 5ª Auditoria Militar, que teria a incumbência de responder pela Corregedoria Permanente da Polícia Judiciária Militar e do Presídio Militar, de Execuções Criminais, bem assim pelas funções de Distribuidor de 1ª Instância. Todavia, como afirmado nas informações prestadas pelo ilustre Presidente do Tribunal de origem (fls. 79/82), assim que fosse instalada a referida Auditoria, seria aberto concurso de remoção/promoção para o preenchimento da vaga.

Por derradeiro, no tocante à falta de fundamentação da decisão administrativa (fls. 19/20), que decidiu pela designação do Juiz Luiz Alberto Moro Cavalcante para o exercício transitório das funções de Juiz Corregedor, também não merece albergue a pretensão.

É que a decisão administrativa, além de ter fundamentado sua decisão nos dispositivos que expressamente indicou (art. 81 § 3º, da Constituição Estadual, art. 93 da Lei Estadual n. 5.048/1958, art. 5º da Lei Estadual n. 333/1974 e art. 2º da Lei Complementar Estadual n. 705/1993), designou o Juiz Luiz Alberto Moro Cavalcante a título precário, razão pela qual não necessitaria de extensa fundamentação como seria de praxe no caso de alguma designação definitiva.

Outrossim, não há que se falar em falta de fundamentação da decisão, mas apenas em fundamentação sucinta, que, conforme se denota possibilitou a ampla insurgência do recorrente. Note-se que fundamentação sucinta não se confunde com ausência ou deficiência na fundamentação.



Nesse sentido:

Processual Civil. Recurso Especial. Fundamentação deficiente. Reexame de prova. Fundamentação sucinta da sentença. Juros moratórios. Ato ilícito. Responsabilidade extracontratual.

"A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7-STJ).

A decisão que contém os elementos suficientes para sua compreensão, ainda que se possa dizer que exposta com certa concisão, não pode ser tida como desfundamentada, desde que possa ser bastantemente compreendida, como na hipótese.

"Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual" (Súmula n. 54-STJ).

"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia" (Súmula n. 284-STF).

Recurso não conhecido. (REsp n. 147.067-RJ, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, DJ 30.11.1998)

Processual Civil. Recurso Especial. Inadmissibilidade. Mandado de Segurança. Matéria constitucional. Exame de direito local. Impossibilidade. Sentença. Fundamentação sucinta. Dissídio não caracterizado. Art. 255 do RISTJ.

I - Não padece de nulidade, nos termos do art. 458 do CPC, a decisão que contém a necessária fundamentação, embora de maneira sucinta.

II - A impossibilidade de se apreciar, na via especial, a aplicação de direito local impede o conhecimento do recurso quanto à legitimidade passiva ad causam da autoridade coatora, bem como quanto aos requisitos para se conceder ao impetrante a complementação de pensão. Precedentes.

III - A discussão sobre eventual ofensa a dispositivos constitucionais não cabe em sede de recurso especial.

IV - Para caracterização do dissídio, indispensável que se faça o cotejo analítico entre a decisão reprochada e os paradigmas invocados.

V - A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração da divergência jurisprudencial.

Recurso não conhecido. (REsp n. 328.202-SP, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 24.09.2001)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.  
É como voto.

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 24.585-SP  
(2007/0154186-0)**

Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG)  
Recorrente: Manoel Maximiano Junqueira Filho  
Advogado: Celmo Marcio de Assis Pereira e outro(s)  
Recorrido: Estado de São Paulo

**EMENTA**

Constitucional e Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Impedimento. Magistrado. Participação. Processo administrativo. Inexistência. Juiz de 1º grau. Pena de advertência. Observância. Rito procedimental. Imposição pelo Conselho Superior da Magistratura. Nulidade. Art. 93, X e XI, da CF/1988. Lei n. 8.112/1990. Aplicação subsidiária. Prescrição. Interrupção. Instauração do processo. Prazo de 140 dias. Volta da fluência. Consumação efetivada.

1. Esta Corte tem entendido que a regra do art. 134, inciso III, do Código de Processo Civil, diz respeito tão-somente à prévia participação do magistrado no âmbito judicial.

2. O art. 48 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional estabelece que "*os Regimentos Internos dos Tribunais estabelecerão o procedimento para a apuração de faltas puníveis com advertência ou censura.*"

3. A partir da confrontação do caso concreto com o disposto no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não se verifica qualquer nulidade na tramitação do procedimento disciplinar, o qual obedeceu ao nele previsto, inclusive no que diz respeito à intimação do recorrente e do advogado para todos os atos de julgamento. Na verdade, observa-se, inclusive, ter sido oferecida oportunidade de defesa prévia e de alegações finais, as quais sequer estavam previstas no rito procedimental.

4. Não se evidencia qualquer ilegalidade no indeferimento da oitiva de testemunhas pois o próprio recorrente, durante o processo



disciplinar, afirmou que não teriam conhecimento do fato, mas apenas participaram da elaboração da lei conhecida como Estatuto do Desarmamento.

5. O Supremo Tribunal Federal exarou entendimento de que o disposto no art. 93, incisos X e XI, da Constituição da República, deve ser observado na aplicação das penas de advertência e censura aos juízes de 1º grau, ou seja, sua imposição depende do voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou, se for o caso, de seu Órgão Especial.

6. Manifesta a nulidade da imposição de pena de advertência pelo Conselho Superior da Magistratura, na vigência da Constituição Federal de 1988, a qual não se convalida pelo fato de ter sido mantida pelo Órgão Especial do Tribunal, quando apreciou o recurso administrativo interposto pela defesa.

7. A garantia do juiz natural está normalmente ligada aos processos judiciais. Todavia, no caso específico dos magistrados, a Constituição previu um juízo natural para a aplicação de penas disciplinares, se é que se pode assim ser chamado, tendo em vista que a atuação dos Tribunais nesse caso, é administrativa, o qual, se não for observado, gera nulidade absoluta.

8. Mesmo reconhecida a nulidade do julgamento proferido pelo Conselho Superior da Magistratura, subsiste o interesse do recorrente na análise da ocorrência de prescrição, pois a sua constatação constituiria obstáculo à imposição de penalidade no processo disciplinar ora em exame, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

9. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que, no silêncio da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - Loman, deve ser aplicada subsidiariamente a Lei n. 8.112/1990 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis da União), mesmo em se tratando de magistrados estaduais, porquanto a Constituição exige tratamento isonômico da magistratura nacional, em todos os seus ramos.

10. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem entendimento de que, interrompida a prescrição, a fluência desta é obstada tão-somente por 140 (cento e quarenta) dias, porquanto esse seria o prazo legal para término do processo disciplinar. O referido lapso temporal

deve ser aplicado, tendo em vista o silêncio do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo que deve ser utilizada, subsidiariamente, também, a Lei n. 8.112/1990.

11. Hipótese em que o procedimento teve início em 19 de agosto de 2004 e a prescrição voltou a correr em 07 de março de 2005, data em que findou o prazo de 140 (cento e quarenta) dias para conclusão do processo disciplinar. Desde essa data, transcorreram mais de 180 (cento e oitenta) dias, sem que tenha havido o julgamento pelo órgão competente.

12. Sendo nulas as decisões proferidas pelo Conselho Superior da Magistratura e pelo Órgão Especial, respectivamente, como instâncias originária e recursal, não têm elas o condão de obstar a fluência do prazo prescricional.

13. Prescrição da ação disciplinar configurada.

14. Recurso ordinário provido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Og Fernandes votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ-MG), Relatora

---

DJe 19.12.2008

### **RELATÓRIO**

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG): Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Manoel Maximiano Junqueira Filho em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem impetrada contra decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o qual, em recurso administrativo,



manteve a pena de advertência aplicada ao impetrante pelo Conselho Superior da Magistratura.

O julgado teve a seguinte ementa:

Mandado de segurança. Prescrição. Inocorrência. Inadmissibilidade de se pretender aplicar ao caso o Estatuto de Servidores da União. Jurisprudência do STJ. Arguição rejeitada.

Mandado de segurança. Ofícios encaminhados à Corregedoria sem referência à modalidade de infração cometida e despedidos de forma de representação. Possibilidade. Poder disciplinar sobre magistrado de primeiro grau é competência reservada ao Corregedor Geral da Justiça e não aos juízes que comunicaram o fato. Quanto à forma, bastava mesmo a comunicação. Nulidades rejeitadas.

Mandado de segurança. Decisão teratológica. Enfrentamento de todos os temas com demoradas e fundamentadas considerações, desde a irregular intimação da defesa para sustentação oral até a nulidade das declarações do impetrante por vício de transcrição do sistema de estenotipia. Nulidade rejeitada.

Mandado de segurança. Competência do Conselho Superior da Magistratura para imposição da penalidade. Observância da legislação vigente ao tempo do fato. Nulidade rejeitada.

Mandado de segurança. Cerceamento de defesa por indeferimento de inquirição de testemunhas. Inocorrência. A pertinência da prova requerida está diretamente relacionada ao fato objeto da discussão. Nulidade rejeitada.

Mandado de segurança. Aplicação de pena de advertência pelo E. Conselho Superior de Magistratura. Juiz que, ao receber a comunicação de modificação pela instância superior de decisão ordenando providências de soltura de réu em processo criminal, desferiu críticas ofensivas, onde só lhe cabia a alternativa de cumprir o quanto determinado em segundo grau. Conduta incompatível com a austeridade e finalidade do processo. Inexistência absoluta de lesão a direito líquido e certo. Segurança denegada.

Traz o recorrente as seguintes alegações:

a) nulidade do julgamento pois os julgadores que instruíram o processo disciplinar participaram do julgamento da apelação administrativa e do presente mandado de segurança;

b) incompetência do Conselho da Magistratura para impor a penalidade de advertência, em razão do disposto no art. 93, incisos X e XI, da Constituição da República, a qual não se convalidaria pela manutenção da reprimenda pelo Órgão

Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao apreciar recurso administrativo por ele apresentado;

c) aplicação subsidiária da Lei n. 8.112/1990 à Lei Orgânica da Magistratura Nacional, mesmo no caso de magistrado estadual, inclusive no tocante aos prazos prescricionais;

d) ocorrência de prescrição retroativa pelo decurso do prazo de 202 (duzentos e dois) dias entre o conhecimento dos fatos, em 29.08.2004, e a punição em 22.03.2005, bem como a prescrição subsequente, pelo decurso do prazo de 214 (duzentos e catorze dias) dias entre a instauração do processo e a imposição da pena;

e) nulidade do processo disciplinar, porquanto não teria o recorrente sido intimado para oferecimento de defesa prévia, antes da prolação da decisão que determinou a sua instauração;

f) falta de intimação para a sessão em que julgado o processo disciplinar e cerceamento de defesa, em razão do indeferimento de provas testemunhais;

g) ausência de conduta típica e erro na valoração das provas;

h) desnecessidade da reprimenda e falta de justificativa para a sua imposição.

Contra-arrazoado, e admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, por meio do Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da República João Francisco Sobrinho, emitiu parecer assim ementado:

Recurso em Mandado de Segurança. Processo administrativo disciplinar. Magistrado. Advertência. Penalidade aplicada pelo Conselho Superior de Magistratura. Órgão incompetente. Precedentes do excelso Supremo Tribunal Federal. Demais nulidades procedimentais. Inexistência. Impedimento de Magistrados do Órgão Especial. Atuação meramente administrativa. Prescrição. Afastamento.

I - De início, a decretação da pena de advertência ao magistrado é nula de pleno direito, vez que no julgamento da ADI n. 2.580-CE, o Colendo Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucional disposições regimentais que conferiam ao Conselho Superior da Magistratura, enquanto órgão fracionário do Tribunal de Justiça, a competência para instaurar, produzir e julgar processo administrativo-disciplinar contra magistrado, sendo irrelevante a gravidade da pena a ser aplicada.

II - Não restaram demonstradas as alegadas nulidades do Processo Administrativo Disciplinar, cujo regular seguimento deu-se segundo as normas de regência.



III - A regra de impedimento prevista no art. 134, inciso III, do Código de Processo Civil somente se aplica aos casos em que o magistrado tenha participado em outro grau de jurisdição em um mesmo processo judicial, e não quando a sua participação anterior tenha ocorrido na esfera administrativa.

IV - Afastada a prescrição administrativa por não ter sido superado o prazo prescricional, inscrito na Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, aplicada subsidiariamente ao caso.

III - Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso, no que diz respeito à nulidade da condenação disciplinar, uma vez que o Conselho Superior da Magistratura é órgão incompetente para tanto. Na hipótese de entendimento diverso desta Augusta Corte, pelo não provimento do recurso. (fls. 1.060/1.061)

É o relatório.

#### VOTO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) (Relatora): Primeiramente, não prospera a alegação de nulidade do acórdão recorrido, em razão de terem participado da sua prolação desembargadores que atuaram no processo administrativo disciplinar.

Com efeito, esta Corte tem entendido que a regra do art. 134, inciso III, do Código de Processo Civil, diz respeito tão-somente à prévia participação do magistrado no âmbito judicial.

Nesse sentido:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Participação, no julgamento do *writ*, de Desembargador que atuou na esfera administrativa. Impedimento. Inexistência. Julgamento unânime dos embargos declaratórios. Ausência de prejuízo decorrente da participação do magistrado apontado como impedido nos autos. Nulidade afastada. Incorporação de quintos com base no valor da função efetivamente exercida. Precedentes. Impossibilidade de majoração sob alegação de transformação da função.

1. A participação de magistrado em processo administrativo disciplinar não é causa do impedimento previsto no artigo 134 do Estatuto Processual Civil, que se refere apenas à prévia atuação em processo judicial. Precedentes.

2. "A nulidade suscitada, decorrente do impedimento de desembargador que participou tão-somente do julgamento dos embargos de declaração, não lhe sendo atribuída a relatoria do processo, não impede o regular processamento da demanda, tendo em vista que a declaração de nulidade de seu voto não implica em alteração

do resultado do julgamento unânime" (AgRg no Ag 743.615-PR, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 21.08.2006)

3. Firmou-se nesta Corte entendimento segundo o qual o servidor público federal tem direito à incorporação dos 'quintos' em valor correspondente à remuneração da função efetivamente exercida. Incabível, pois, a majoração da vantagem incorporada pelo exercício de uma FC-5 sob a alegação de que referida função foi transformada em uma FC-8. Precedentes.

4. Recurso ordinário improvido.

(RMS n. 13.308-DF, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 04.08.2008)

Administrativo. Notário. Perda da delegação. Processo disciplinar. Nulidade. Prejuízo. Inocorrência. Impedimento de magistrados. Inexistência.

1. "O Superior Tribunal de Justiça adotou posicionamento no sentido de que a regra de impedimento prevista no art. 134, III, do CPC, somente se aplica nos casos em que o magistrado tenha participado em outro grau de jurisdição em um mesmo processo judicial, e não quando a sua participação anterior tenha ocorrido na esfera administrativa." (RMS n. 18.099-PR, 5ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 12.06.2006, p. 500).

2. A declaração da nulidade dos atos processuais depende da demonstração da existência de prejuízo à parte interessada, conforme dispõem os arts. 249, §1º, do CPC e 563 do CPP.

3. Não configuração de cerceamento de defesa, pois existentes nos autos certidões atestando a intimação do advogado do impetrante para os atos do processo administrativo.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS n. 18.923-PR, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 12.04.2007).

Passa-se ao mérito da controvérsia.

O art. 48 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional estabelece que "os Regimentos Internos dos Tribunais estabelecerão o procedimento para a apuração de faltas puníveis com advertência ou censura."

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na redação vigente à época em que transcorreu o processo disciplinar objeto do presente *mandamus*, assim estabelecia:



Art. 299. O magistrado de primeira instância, negligente no cumprimento dos deveres do cargo, está sujeito à pena de advertência; na reiteração e nos casos de procedimento incorreto, a pena será de censura, se a infração não justificar punição mais grave.

Parágrafo único. Tanto a advertência como a censura serão impostas por escrito e anotadas no prontuário do magistrado.

Art. 300. Quando necessário, a conduta negligente ou, de outra forma, incorreta, será apurada pela Corregedoria Geral da Justiça.

Art. 301. Havendo indícios veementes das infrações, o Conselho Superior da magistratura aplicará a pena cabível.

Art. 303. Tornando-se necessária a instrução, o Corregedor Geral da Justiça a presidirá, no prazo assinado pelo Conselho Superior da Magistratura.

Parágrafo único. Terminada a instrução, o magistrado poderá oferecer razões escritas, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, no prazo de cinco dias, após o qual o Conselho proferirá decisão.

Art. 304. A pena imposta pelo Conselho Superior da Magistratura poderá ser impugnada por via de recurso administrativo ao Órgão Especial, no prazo de dez dias, contados da intimação pessoal do magistrado.

Art. 305. No julgamento do recurso, oficiará como relator o Corregedor Geral da Justiça.

Parágrafo único. O julgamento será feito em sessão reservada, em que se fará exposição do caso e se discutirá a matéria; da decisão lavrar-se-á acórdão nos autos.

No caso, encaminhado o ofício de representação, com cópia da decisão que deu azo à aplicação da pena de advertência, a Corregedoria Geral da Justiça solicitou ao recorrente que prestasse informações prazo de 5 (cinco) dias (fl. 108), o que ocorreu (fls. 109/112). Em seguida o Conselho Superior da Magistratura determinou a instauração do procedimento administrativo disciplinar (fls. 120/125) e intimou o recorrente para que apresentasse defesa escrita e arrolasse testemunhas no prazo de 10 (dez) dias. O recorrente apresentou sua defesa escrita (fls. 168/195) e arrolou testemunhas, cuja inquirição restou indeferida (fls. 323/324). Abriu-se prazo para alegações finais (fl. 329), as quais não foram oferecidas (fl. 330). Intimou-se o recorrente para a sessão em que seria apreciado o procedimento disciplinar pelo Conselho da Magistratura, tendo o ofício consignado que seria "*permitida a presença da parte e advogado.*" O referido órgão impôs a penalidade de advertência (fls. 344/355), da qual cientificou-se

o recorrente e seu advogado (fls. 353 e 354). Houve apresentação de recurso administrativo (fls. 360/410), com a intimação do recorrente e seu advogado para a sessão (fls. 412/414). O Órgão Especial, por unanimidade, manteve a penalidade aplicada.

A partir da confrontação do caso concreto com o disposto no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não se verifica qualquer nulidade na tramitação do procedimento disciplinar, o qual obedeceu ao nele previsto, inclusive no que diz respeito à intimação do recorrente e do advogado para todos os atos de julgamento. Na verdade, observa-se, inclusive, ter sido oferecida oportunidade de defesa prévia e de alegações finais, as quais sequer estavam previstas no rito procedimental.

Igualmente, no tocante ao indeferimento de provas testemunhais, não se evidencia qualquer ilegalidade, pois o próprio recorrente, durante o processo disciplinar, afirmou que as testemunhas arroladas não tinham conhecimento do fato, mas apenas participaram da elaboração da lei conhecida como Estatuto do Desarmamento.

Não houve, portanto, ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Contudo, razão assiste ao recorrente no tocante à nulidade da imposição de pena disciplinar pelo Conselho Superior da Magistratura.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal exarou entendimento de que o disposto no art. 93, incisos X e XI, da Constituição da República, deve ser observado na aplicação das penas de advertência e censura aos juízes de 1º grau, ou seja, sua imposição depende do voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou, se for o caso, de seu Órgão Especial.

A propósito:

Constitucional. Magistrado. Penas disciplinares. Competência do Tribunal. CF, art. 93, X, art. 96, I, **a**. Lei Complementar n. 35, de 1979 - Loman - arts. 40, 42, parágrafo único, 46 e 48.

I - Aos Tribunais compete, privativamente, elaborar seus regimentos internos, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. CF, art. 96, I, **a**. A competência e o funcionamento do Conselho Superior da Magistratura devem ser estabelecidas pelo Tribunal de Justiça, em regimento interno.

II - As penas de advertência e de censura são aplicáveis aos juízes de 1º grau, pelo Tribunal, pelo voto da maioria absoluta de seus membros. CF, art. 93, X.



III - Recepção, pela CF/1988, da Loman, Lei Orgânica da Magistratura: C.F., art. 93.

IV - Os regimentos internos dos Tribunais estabelecerão o procedimento para a apuração de faltas puníveis com advertência ou censura. Loman, art. 48.

V - Regimento interno, artigos 37 e 40: inconstitucionais em face do art. 96, I, **a**, da Constituição Federal (maioria). Voto do Relator: empresta-se interpretação conforme a Constituição para estabelecer que citados artigos 37 e 40 dizem respeito apenas às penas de advertência e censura.

VI - ADIn não conhecida em parte e, na parte conhecida, julgada procedente.

(ADI n. 2.580-5-CE, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 21.02.2003)

Manifesta, portanto, a nulidade da imposição de pena de advertência pelo Conselho Superior da Magistratura, na vigência da Constituição Federal de 1988, a qual não se convalida pelo fato de ter sido mantida pelo Órgão Especial do Tribunal, quando apreciou o recurso administrativo interposto pela defesa.

Com efeito, a previsão constitucional é de atuação do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial, se for o caso, como instância originária para aplicação de penalidades aos magistrados e não como instância recursal.

A garantia do juiz natural está normalmente ligada aos processos judiciais. Todavia, no caso específico dos magistrados, a Constituição previu um juízo natural para a aplicação de penas disciplinares, se que é se pode assim ser chamado, tendo em vista que a atuação dos Tribunais nesse caso, é administrativa, o qual, se não for observado, gera nulidade absoluta.

Destarte, v.g, no caso de processo judicial, em razão da garantia do juiz natural, jamais se admitiria a convalidação da pena aplicada por um juiz de 1º grau a autoridade que possui prerrogativa de foro, pelo fato de que, o Tribunal competente para julgá-lo manteve a condenação ao apreciar recurso interposto pela defesa.

Sendo assim, não aplicada a pena, originariamente, pelo órgão administrativo indicado pela Constituição Federal, é evidentemente nula.

Outrossim, mesmo reconhecida a nulidade do julgamento proferido pelo Conselho Superior da Magistratura, subsiste o interesse do recorrente na análise da ocorrência de prescrição, pois a sua constatação constituiria obstáculo à imposição de penalidade, no processo disciplinar ora em exame, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Com relação ao tema, inicialmente, cabe dizer que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que, no silêncio da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - Loman, deve ser aplicada subsidiariamente a Lei n. 8.112/1990 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União), mesmo em se tratando de magistrados estaduais, porquanto a Constituição exige tratamento isonômico da magistratura nacional, em todos os seus ramos.

A propósito:

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Juiz de Direito. Processo disciplinar. Prescrição e decadência. Inocorrência. Inamovibilidade e vitaliciedade. Magistrado já aposentado compulsoriamente. Inaplicabilidade.

1. Em face da ausência de previsão expressa na Lei Orgânica da Magistratura Nacional acerca de prazo prescricional para a apuração da responsabilidade do magistrado, esta Corte Superior de Justiça registra já precedentes no sentido da possibilidade da aplicação subsidiária do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União (RMS n. 13.439-MG, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 29.03.2004 e RMS n. 6.566-SP, Relator Ministro Anselmo Santiago, *in* DJ 22.04.1997).

2. Interpretando os artigos 142, 152 e 167 da Lei n. 8.112/1990, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o prazo prescricional, interrompido com a instauração do processo administrativo, recomeça a correr após cento e quarenta dias da data em que deveria ter sido concluído o processo disciplinar, somando, para tanto, os prazos para a conclusão do processo administrativo disciplinar e para a aplicação da penalidade.

3. Às infrações disciplinares também tipificadas como crime aplicam-se os prazos prescricionais previstos na lei penal, afastando, por conseguinte, os prazos prescricionais das ações disciplinares, previstos nos incisos I a III do mesmo artigo (Inteligência do § 2º do artigo 142 da Lei n. 8.112/1990).

4. "O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado." (artigo 18 da Lei n. 1.533/1951).

5. Não viola as garantias constitucionais da vitaliciedade e da inamovibilidade a publicação de editais para o provimento da Vara de que é titular o magistrado aposentado compulsoriamente, cuja imposição de sanção disciplinar tem eficácia imediata à luz do parágrafo 8º do artigo 27 da Loman.

6. Recurso improvido.

(RMS n. 17.775-BA, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 29.11.2004)



Administrativo. Magistrado Estadual. Penalidade. Censura. Prescrição. Prazo. Legislação. Aplicação subsidiária da Lei n. 8.112/1990. Garantia. Unicidade. Tratamento. Magistratura Nacional.

I - A Lei Orgânica da Magistratura Nacional - Loman é silente acerca da prescrição administrativa das penalidades nela previstas. Nessa hipótese, o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser possível a aplicação analógica da Lei n. 8.112/1990 a magistrado federal. Na ocasião concluiu, também, que o lapso a ser observado em relação à pena de censura, previsto no referido Estatuto da Magistratura, seria semelhante àquele relativo à pena de suspensão, elencada no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União.

II - O art. 93 e seguintes da Constituição da República, além de fixarem os princípios, garantias e deveres básicos inerentes aos magistrados, remeteram à *lei complementar federal* a disciplina das demais questões inerentes à magistratura.

III - Preocupação demonstrada, pelo Constituinte, no sentido de conceder tratamento isonômico a todos os integrantes da magistratura nacional, sejam eles juízes vinculados à União ou aos Estados-membros.

IV - A questão da prescrição das penalidades cometidas por magistrado, sem dúvida, por estar diretamente ligada ao exercício do cargo, é matéria a ser tratada no Estatuto da Magistratura. Entretanto, por ser a atual legislação vigente omissa quanto a esse aspecto e, sendo necessário o tratamento uniforme da matéria, é aplicável subsidiariamente o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, ainda que se trate de juiz estadual.

V - Interpretando o artigo 142 e demais artigos relativos ao tema, insertos na Lei n. 8.112/1990, o Supremo Tribunal Federal concluiu que, embora haja a interrupção da prescrição com a instauração do processo administrativo, recomeçará o início da fluência do lapso prescricional quando ultrapassados 140 (cento e quarenta) dias sem que tenha havido a conclusão do processo disciplinar, porquanto esse seria o prazo legal para seu término.

VI - *In casu*, ocorreu a instauração da representação em 13 de agosto de 1997, por decisão da Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sendo que, adicionando 140 dias à data, temos que o direito de punir tinha como prazo final o dia 30 de dezembro de 1999.

VII - O julgamento definitivo ocorreu em 27 de outubro de 1999, com a publicação da decisão em 17 de dezembro do mesmo ano, tendo sido, portanto, proferido antes que houvesse a prescrição.

Recurso desprovido.

(RMS n. 13.439-MG, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 29.03.2004)

O art. 142, inciso III, da Lei n. 8.112/1990, estabelece que a ação disciplinar prescreverá "*em 180 (cento e oitenta dias), quanto à advertência.*" O art. § 1º, do mesmo dispositivo, dispõe que "*o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido*" e "*que a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente*" (§ 3º).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem entendimento de que, interrompida a prescrição, a fluência desta é obstada tão-somente por 140 (cento e quarenta) dias, porquanto esse seria o prazo legal para término do processo disciplinar.

A esse respeito:

Agravo Regimental. Mandado de Segurança. Sindicância. Falta funcional passível de demissão. Prescrição. Interrupção. Instauração do processo administrativo disciplinar. Sentença de improcedência. Tutela antecipada anterior. Revogação. Apelação. Duplo efeito. Irrelevância.

I - A sindicância só interromperá a prescrição quando for meio sumário de apuração de infrações disciplinares que dispensam o processo administrativo disciplinar. Quando, porém, é utilizada com a finalidade de colher elementos preliminares de informação para futura instauração de processo administrativo disciplinar, esta não tem o condão de interromper o prazo prescricional para a administração punir determinado servidor, até porque ainda nesta fase preparatória não há qualquer acusação contra o servidor. Precedente.

II - Interrompido pela instauração do PAD, a Administração dispõe do prazo máximo de 140 dias para conclusão e julgamento, findo o qual reinicia-se a contagem do prazo prescricional. Precedentes.

III - Ainda que recebida no duplo efeito a apelação que julgou improcedente a demanda, não surte mais efeitos a decisão provisória que havia concedida a tutela antecipada.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no MS n. 13.072-DF, Terceira Seção, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 14.11.2007)

Administrativo. Mandado de segurança. Técnica da Receita Federal. Demissão. Infração disciplinar capitulada como crime. Inexistência de ação penal. Prescrição



da pretensão punitiva do Estado. Ocorrência. Observância dos prazos da legislação administrativa. Precedentes. Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado.

1. Nos casos em que o suposto ilícito praticado pelo servidor público não for objeto de ação penal ou o servidor for absolvido, aplica-se o disposto na legislação administrativa quanto ao prazo prescricional. Precedentes.

2. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, havendo a instauração de inquérito administrativo, o prazo começa a correr por inteiro em desfavor da Administração a partir do momento em que se encerra o prazo máximo para sua conclusão, que é de 140 dias, segundo os arts. 152, *caput*, combinado com o art. 169, § 2º, ambos da Lei n. 8.112/1990.

3. Hipótese em que os ilícitos administrativos teriam sido praticados pela impetrante entre 15.07.1997 e 10.03.1998. Sobreveio a Portaria n. 82, de 13.11.1998, da Delegacia da Receita Federal em Brasília-DF, publicada na mesma data, destinada a apurar referidas irregularidades.

4. À míngua de decisão administrativa, o prazo recomeçou a correr por inteiro a partir de 05.04.1999, conforme a própria Administração reconhece, pelo que, por se tratar de demissão, deveria findar-se em 05.04.2004, após o transcurso de 5 (cinco) anos. Todavia, a penalidade foi aplicada por meio da Portaria 133, de 19.06.2006 do Ministro de Estado da Fazenda, quando já consumada a prescrição da pretensão punitiva.

5. Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado.

(MS n. 12.090-DF, Terceira Seção, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 21.05.2007)

No caso, o referido lapso temporal deve ser aplicado, tendo em vista o silêncio do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo que deve ser utilizada, subsidiariamente, também, a Lei n. 8.112/1990.

Entre o conhecimento dos fatos e a instauração do processo disciplinar transcorreram pouco mais de 2 (dois) meses, não havendo falar em prescrição retroativa. Contudo, o procedimento teve início em 19 de agosto de 2004, pelo que a prescrição voltou a correr em 07 de março de 2005, data em que findou o prazo de 140 (cento e quarenta) dias para conclusão do processo disciplinar. Desde essa data, já se passaram mais de 180 (cento e oitenta) dias, sem que tenha havido o julgamento pelo órgão competente. Sendo nulas as decisões proferidas pelo Conselho Superior da Magistratura e pelo Órgão Especial, respectivamente, como instâncias originária e recursal, não têm elas o condão de obstar a fluência do prazo prescricional.

Sendo assim, resta evidenciada a prescrição da ação disciplinar.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para conceder a ordem e anular a pena de advertência imposta ao Juiz de Direito Manoel Maximiano Junqueira Filho no processo administrativo G-37.817/04, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como para reconhecer a prescrição da respectiva ação disciplinar.

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 743.542-RJ (2005/0064782-6)**

Relator: Ministro Nilson Naves

Relator para acórdão: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: União

Recorrido: Aureomar Pereira Borges e outros

Advogado: Valentim Theophilo dos Santos Filho e outro(s)

**EMENTA**

Recurso especial. Administrativo e Processual Civil. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Edital n. 18/91 - Esaf. Convocação de candidatos para a segunda etapa. Artigo 56 da Lei n. 8.541/1992. Discricionariedade da Administração. Preterição. Não-ocorrência. Recurso provido.

1. "A convocação de candidatos habilitados, autorizada pelo *caput* do artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, e a prorrogação por período não superior a um ano do prazo de convocação de candidatos, autorizada no parágrafo 2º do mesmo artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, são próprios da esfera *discricionária* da Administração Pública, que poderia ou, não, convocar os candidatos, tanto quanto poderia ou, não, prorrogar o prazo dessa convocação. Precedentes da 3ª Seção." (REsp n. 310.361-DF, da minha Relatoria, *in* DJ 15.04.2002).

2. Na compreensão deste Superior Tribunal de Justiça, a abertura de novo concurso público, após o encerramento do prazo de validade de concurso anterior, não produz violação de direito qualquer de candidato que sobejou às vagas não preenchíveis.



3. Ilegalidade comete, sim, o administrador que, sem autorização legal, aproveita candidatos de concurso com prazo de validade exaurido.

4. Recurso especial provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, acompanhando a divergência, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Relator, que dele não conhecia. Votaram com o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG). Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 18 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

---

DJe 09.12.2008

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Segundo o relatório da sentença, eis a summa do pedido dos autores:

Trata-se de ação ordinária, proposta por candidatos ao concurso ao cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional - AFTN de 1991, de que trata o edital n. 18 de 16.10.1991, objetivando a habilitação dos autores à 1ª etapa do concurso, tendo em vista terem preenchido os requisitos estipulados no item 6, I e II do edital, e a posterior convocação para matricularem-se no curso de formação, haja vista argumentarem que a restrição estipulada no item 3, do edital/Esaf n. 6, de 19.03.1992, o qual fixou o número de selecionados pela ordem de classificação para a segunda fase, afronta o artigo 6º do Decreto n. 92.360/1986, que dispõe sobre o ingresso na carreira de AFTN.

Os autores alegam, ainda, que o artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, ao delegar competência para o Ministro da Fazenda convocar outros candidatos habilitados no concurso de 1991, veio corroborar o entendimento de que a habilitação na 1ª etapa não se restringiu aos 500 selecionados, conforme determinava o edital. Afirmam,

por último, haver vagas disponíveis na carreira, conforme informa na inicial, bem como uma premente necessidade de aumento no número de fiscais.

Foi proferida sentença contrária aos autores, mas o Tribunal Regional Federal da 2ª Região decidiu assim, de acordo com o Relator:

I – Dou parcial provimento ao apelo de Aureomar Pereira Borges e Maria Inês Galindo Pinheiro para, reformada a r. sentença recorrida, julgar procedente o pedido inaugural registrado nas alíneas A e B de fls. 8/9, e, em parte, o pedido da alínea D de fls. 9, julgando os autores habilitados na 1ª etapa do concurso e, em consequência, condenando a Ré a convocá-los para a 2ª etapa do concurso, reservando 'vagas dentre as hoje existentes, ou dentre as que vierem a existir durante o prazo de validade do concurso para o cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, mencionando-se a existência desta ação ordinária no ato da homologação do concurso'.

II – Dou provimento ao apelo de Ney Felipe de Barros Rodrigues Cochiarale, Sandra Zaque Jesus de Paula e Vitor Antonio Moraes de Carvalho para, reformada a r. sentença recorrida, julgar procedente os pedidos registrados nas alíneas A, B, C, D, de fls. 8/9, pelo que, julgando os Autores – Apelantes habilitados na 1ª etapa do concurso, assim como aprovados na 2ª etapa, condeno a Ré a nomeá-los e empossá-los no cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, com efeitos a partir da data em que houve a preterição do direito à nomeação e posse, ocorrida no dia 25 de julho de 1997, com a nomeação de candidatos com classificação inferior à dos Autores – Apelantes, perpetrada com a Portaria n. 344, de 24 de julho de 1997, reservando 'vagas dentre as hoje existentes, ou dentre as que vierem a existir durante o prazo de validade do concurso para o cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, mencionando-se a existência desta ação ordinária no ato da homologação do concurso'.

III – Condeno a Ré – Apelada a ressarcir as custas adiantadas pelos Autores e no pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor da causa, relativamente aos Autores – Apelantes Aureomar Pereira Borges e Maria Inês Galindo Pinheiro, observado o art. 21 do CPC e quanto aos Autores – Apelantes Ney Felipe de Barros Rodrigues Cochiarale, Sandra Zaque Jesus de Paula e Vitor Antonio Moraes de Carvalho a verba honorária incidirá sobre o valor da condenação;

IV – Retifique-se a autuação (etiqueta), para, dela constar como Autora – Apelante, no lugar de Maria Inea Galindo Pinheiro, Maria Inês Galindo Pinheiro.

É deste teor a ementa do acórdão:

Administrativo. Processual Civil. Impossibilidade jurídica do pedido. Concurso público para provimento de cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Fundando-



se o pedido inaugural no alegado fato da preterição do direito à nomeação, observada a ordem de classificação, não prospera a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, ante o alegado encerramento do prazo de validade do concurso, a que se submeteram os Autores. Critério de habilitação dos candidatos na primeira etapa do concurso é a aquisição de pontuação mínima, nas provas da 1ª fase do concurso, conforme edital. Configurada esta, nos autos, e tendo havido convocação de candidatos com classificação posterior à dos Autores-Apelantes, configurada a preterição. Ausência de interesse processual no pedido de nomeação e posse para os que não fizeram a 2ª etapa, vez que o suporte fático de tal pedido ainda não ocorreu e inexistente certeza quanto à sua ocorrência. Direito dos que fizeram com êxito a 2ª etapa do concurso à nomeação e empossamento no cargo, a que concorreram no concurso público, a que se refere o Edital Esaf 18/91. Reserva de vagas para todos os Autores – Apelantes. Parcial provimento do recurso, em relação aos Autores que não fizeram a 2ª etapa e total provimento para os que fizeram, com êxito, a 2ª etapa.

Dáí o presente recurso especial – fundado na alínea **a**, com referência, aqui e ali, à Lei n. 8.541, de 1992 –, que originariamente não foi admitido, isso porque: "Sobreleva notar que a recorrente não particularizou, em sua peça recursal, os dispositivos de lei federal pretensamente violados pela decisão recorrida, requisito inafastável na via do recurso excepcional."

Provendo agravo, determinei, no entanto, subsistem os autos principais ao Superior Tribunal.

Há recurso extraordinário, admitido na origem.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Em suma, é de ordem seguinte o inconformismo que nos foi trazido pela União:

2.30 - É óbvio que, se o objeto do comando do art. 56, da Lei n. 8.541/1992 fora o de determinar a convocação dos excedentes classificados acima do n. 500, teria havido, sim, nítida violação do âmbito de atuação do Poder Executivo, malferido, desde então, o disposto no art. 2º, da Constituição de 1988, que firma o princípio da independência e separação dos Poderes da República.

(...)

2.35 - Não é crível que o que o Poder Legislativo não fez, na Lei n. 8.541/1992, o faça agora o Poder Judiciário: Determinar ao Ministro da Fazenda que convoque os candidatos – Autores, ao arremetimento da sua ordem de classificação na primeira etapa,

negando-lhe o que o Poder Legislativo não lhe negou: o discricionarismo e o exame da conveniência e/ou oportunidade em fazê-lo.

2.36 - Importante frisar, ainda, que pela norma editalícia e pela legislação superveniente, estão peremptos todo e qualquer direito relacionado com o concurso de que trata o Edital n. 18/91, e os direitos gerados por força do art. 56, da Lei n. 8.541/1992.

Sucedo, porém, que o tema do acórdão foi a preterição; isso se depreende da sua ementa, que constou do meu relatório: "... tendo havido convocação de candidatos com classificação posterior à dos Autores-Apelantes, configurada a preterição." Também das seguintes palavras do Relator (o acórdão é formado do debate entre os componentes do órgão julgador):

A preterição é deduzida, primeiro, da seguinte assertiva: que de acordo com o Decreto, que segundo o meu voto, é violado pelo Edital do concurso, que é regra inferior ao Decreto, está estabelecido que o critério para se habilitar na primeira etapa é obter 50% do total de pontos da prova e 30% nas provas 1 e 2, ou seja, quem teve essa pontuação mínima é habilitado na primeira etapa do concurso. A regra do Edital é de que o prazo de validade do concurso se conta a partir da data do resultado final. Mas a homologação do resultado final para cada grupo que concluir a segunda etapa.

Vejam-se, ainda, estas palavras de outro membro (Valmir Peçanha) daquele órgão:

Isso aí eu entendi. Então, V. Exa. considerou que a preterição está, principalmente, na circunstância de eles terem obtido a pontuação suficiente, mas não estarem dentro daquele número que o Edital estabeleceu que seriam chamados e nem naquele número que, depois, o Ministro da Fazenda estendeu. Mas eles haviam adquirido a pontuação e todos deveriam fazer a segunda etapa.

Já que o mote de origem foi a preterição – o edital do concurso e a sua validade –, já que ao acórdão não foram opostos embargos de declaração, o meu entendimento é o de que não há como cogitar, aqui e agora, da questão que nos foi trazida pela União. É que, pelo visto, o acórdão recorrido não cuidou, às claras, do indicado art. 56. Hão, pois, de vir à baila as Súmulas n. 282 e 356-STF.

Faltou, sim, o indispensável prequestionamento. Certamente indispensável, pois, se assim não fosse, o especial perderia sua natureza extraordinária.

Voto no sentido de não conhecer do recurso especial.



### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Senhor Presidente, recurso especial interposto pela União (fls. 592/626) contra acórdão da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que deu parcial provimento ao recurso dos autores que não fizeram a 2ª etapa do concurso, tendo-os declarado habilitados na primeira e condenando a União a convocá-los para o referido curso, reservando vagas entre as existentes ou entre as que viessem a surgir durante o prazo de validade do concurso e total provimento para os demais autores, com êxito, na 2ª etapa do concurso, para condenar a ré a nomeá-los e empossá-los no cargo, com reserva de vagas também entre as então existentes ou entre as quais viessem a existir.

A conclusão do julgado restou assim sumariada:

Administrativo. Processual Civil. Impossibilidade jurídica do pedido. Concurso público para provimento de cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Fundando-se o pedido inaugural no alegado fato da preterição do direito à nomeação, observada a ordem de classificação, não prospera a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, ante o alegado encerramento do prazo de validade do concurso, a que se submeteram os Autores. Critério de habilitação dos candidatos na primeira etapa do concurso é a aquisição de pontuação mínima, nas provas da 1ª fase do concurso, conforme edital. Configurada esta, nos autos, e tendo havido convocação de candidatos com classificação posterior à dos Autores – Apelantes, configurada a preterição. Ausência de interesse processual no pedido de nomeação e posse para os que não fizeram a 2ª etapa, vez que o suporte fático de tal pedido ainda não ocorreu e inexistente certeza quanto à sua ocorrência. Direito dos que fizeram com êxito a 2ª etapa do concurso à nomeação e empossamento no cargo, a que concorreram no concurso público, a que se refere o Edital Esaf 18/91. Reserva de vagas para todos os Autores – Apelantes. Parcial provimento do recurso, em relação aos Autores que não fizeram a 2ª etapa e total provimento para os que fizeram, com êxito, a 2ª etapa. (fl. 588)

Aureomar Pereira Borges e outros ajuizaram ação ordinária contra a União, com pedido de tutela antecipada, objetivando o reconhecimento da habilitação na primeira fase do concurso de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, para determinar a convocação dos autores para a segunda etapa do concurso, a que se refere o edital/Esaf n. 18/91 e no qual se inscreveram, e, em sendo aprovados, sejam imediatamente nomeados no cargo, em face de suas preterições provocadas pelas nomeações de candidatos em concursos realizados posteriormente.

Três, dos cinco autores, foram matriculados no curso de formação, correspondente à 2ª fase do concurso, por força do deferimento de antecipação de tutela (fls. 157/158), decisão que foi objeto de retratação pelo juízo (fls. 293/294).

O pedido foi julgado improcedente, tendo o juízo monocrático asseverado que:

(...) O pedido dos autores está fundamentado no fato de não terem sido considerados habilitados na 1ª Etapa do Concurso para Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, conforme determina o Decreto n. 92.360, o que, segundo eles, não teria sido cumprido pelo Edital Esaf n. 18/91, que denominou os 500 candidatos aptos a prosseguir no certame de 'selecionados'. Prosseguem os autores, alegando que em razão das vagas terem, após a realização do concurso, sido ampliadas para 1500 (mil e quinhentas) através do artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, também fariam jus a serem considerados habilitados e convocados para a 2ª etapa do Concurso.

No que se refere à impugnação dos autores ao termo 'selecionados', utilizado (...) não vislumbro qualquer descumprimento da lei na utilização dessa denominação, visto que é evidente que, pelo concurso ter duas fases, sendo a segunda um curso para aprovados na 1ª fase que estivessem dentro do número de vagas existentes (...).

Posteriormente, houve, com o artigo 56 da Lei n. 8.541/1992 e a Portaria n. 77/1993, a convocação de mais mil candidatos, mais precisamente do 501º ao 1500º colocados no referido concurso.

(...) Analisando a colocação alcançada pelos Autores, fica claro que eles não estavam aptos a serem selecionados para a 2ª Etapa, já que não estavam entre as primeiras 1500 (mil e quinhentas) colocações.

Assim, os Autores podem se considerar habilitados na 1ª Fase do concurso para Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, entretanto, não podem ser considerados selecionados para a 2ª Fase, já que não haviam vagas compatíveis com suas respectivas colocações.

É importante esclarecer que o fato de alguns Autores terem cursado a 2ª Fase do Concurso (...), não os transforma de habilitados em selecionados, visto que só cursaram em razão da concessão da antecipação da tutela (...).

Dessa forma, não merecem procedência os pedidos dos Autores quanto a serem considerados habilitados na 1ª Fase do Concurso (...), porque isto eles já foram, quando alcançaram os graus exigidos para aprovação, nem quanto ao pedido de nomeação, que representa uma tentativa de burlar o princípio da obrigatoriedade de concurso público para o preenchimento de cargos públicos, pois só cursaram a



2ª etapa amparados por decisão judicial concessiva tão somente da antecipação de tutela para matricularem-se em tal etapa do certame. (...) (fls. 352/354).

Interposto recurso de apelação pelos autores, restou assim fundamentado o acórdão ora recorrido:

*(...) A primeira indagação – a exigir resposta desta Egrégia Turma, no julgamento do presente – diz respeito ao término do prazo de validade de concurso.*

É que, como dito acima, a preterição, ensejadora do direito postulado, é preterição havida dentro do prazo de validade do concurso. Segundo a argumentação dos apelantes, enquanto não houver resultado final do curso de formação (2ª etapa) do último classificado, ou, em outros termos, do último habilitado, na 1ª. etapa, não se encerra o prazo de validade do concurso.

*(...) Já a Apelada pretende que, definitivamente, o concurso teve sua validade encerrada no dia 16 de outubro de 1993, por força do que disposto no § 1º do art. 56 da Lei n. 8.541/1992.*

*Penso assistir razão à defesa dos Apelantes ao registrar em memorial que 'o prazo previsto no § 1º do artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, era para que a autorização dada ao Ministro da Fazenda de convocar demais candidatos aprovados, além dos 500 primeiros classificados, fosse até 16 de outubro de 1993, que poderia a critério do mesmo (§ 2º) ser prorrogada por mais um ano, nada tendo a ver com prazo de validade do concurso, pois se assim fosse, os candidatos que foram convocados pela Portaria n. 77/97-MF, e começaram o treinamento em 13.09.1994 e 04.10.1993, não poderiam ter o curso de formação homologado e nem poderiam ter sido nomeados, pois ao concluírem o curso, o prazo de validade do concurso já teria expirado, o que não ocorreu, pois só foram nomeados em dezembro de 1993'.*

*O § 2º do art. 56 da Lei n. 8.541/1993 desdiz o entendimento da Apelada no sentido de que após 16 de outubro de 1993 nenhum outro candidato poderia ser convocado para a 2ª. Etapa. De modo algum, a convocação, autorizada no art. 56 da Lei n. 8.541/1993, resultou limitada a 16 de outubro de 1993, consoante se extrai dos dizeres do cotejo dos §§ 1º e 2º do art. 56 da Lei n. 8.541/1993: '§ 1º A autorização de que trata este artigo estende-se até 16 de outubro de 1993; § 2º – O prazo previsto no parágrafo anterior poderá a critério do Ministro da Fazenda ser prorrogado por período não superior a 1 (um) ano'. Positivamente, o § 1º do art. 56 da Lei 8.541/93 não é critério – como quer o Sr. Diretor-Geral da Esaf (fls. 515) - para se fazer cognição do prazo de validade do concurso, a que se submeteram os Autores – Apelantes.*

Sem alteração nas normas que regulamentam o concurso dos Autores – Apelantes não há inferir que o prazo de validade é outro que não o da homologação

do resultado final da 2ª etapa para o último habilitado, dentro da ordem de classificação, na 1ª etapa. *Havendo vagas - no prazo de validade do concurso - e este, como querem os Autores – Apelantes, só se caracteriza seis meses após a homologação do resultado final da 2a. etapa do último classificado, habilitado, na 1a. etapa - vedado à Administração Pública promover novo concurso, de conformidade com o disposto no § 2º do art. 12 da Lei n. 8.112/1990.*

Os Autores – Apelantes Ney Felipe de Barros Rodrigues Cochiarale, Sandra Zaque Jesus de Paula e Vitor Antonio Moraes de Carvalho fizeram, com êxito, a 2ª etapa do concurso, por força de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, pretendida no pedido, posteriormente reconsiderada, no MM. Juízo *a quo*, o que resultou objeto de agravo de instrumento, que veio a ser provido, pela Egrégia Quarta Turma (fls. 361).

O resultado final do concurso, a que foram submetidos e para os Autores – Apelantes, beneficiários da tutela antecipada, foi homologado no dia 16 de julho de 1997 (fls. 322). Malgrado isto, foram nomeados 1089 candidatos do concurso de que trata o Edital ESAF n. 18/91, na Portaria n. 344, de 24 de julho de 1997 (...).

Tendo em vista que os Autores – Apelantes Aureomar Pereira Borges e Maria Inês Galindo Pinheiro não foram, ainda, convocados à matrícula no programa de formação (2ª etapa), os pedidos das alíneas C e D importariam em condenação condicional e teria como suporte fático um ato de hipótese. Causa de pedir nomeação é a ausência da mesma, quando devida. E esta só se faz devida para os aprovados no curso de formação (2ª etapa) (...).

Isto posto:

I – Dou parcial provimento ao apelo de Aureomar Pereira Borges e Maria Inês Galindo Pinheiro para, reformada a r. sentença recorrida, julgar procedente o pedido inaugural registrado nas alíneas A e B de fls. 8/9, e, em parte, o pedido da alínea D de fls. 9, julgando os Autores *habilitados* na 1ª etapa do concurso e, em consequência, condenando a Ré a convocá-los para a 2ª etapa do concurso, reservando 'vagas dentre as hoje existentes, ou dentre as que vierem a existir durante o prazo de validade do concurso para o cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, mencionando-se a existência desta ação ordinária no ato da homologação do concurso'.

II – Dou provimento ao apelo de Ney Felipe de Barros Rodrigues Cochiarale, Sandra Zaque Jesus de Paula e Vitor Antonio Moraes de Carvalho para, reformada a r. sentença recorrida, julgar procedente os pedidos registrados nas alíneas A, B, C, D, de fls. 8/9, pelo que, julgando os Autores – Apelantes *habilitados* na 1ª etapa do concurso, assim como aprovados na 2ª etapa, condeno a Ré a nomeá-los



e empossá-los no cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, com efeitos a partir da data em que houve a preterição do direito à nomeação e posse, ocorrida no dia 25 de julho de 1997, com a nomeação de candidatos com classificação inferior à dos Autores – Apelantes, perpetrada com a Portaria n. 344, de 24 de julho de 1997, reservando 'vagas dentre as hoje existentes, ou dentre as que vierem a existir durante o prazo de validade do concurso para o cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, mencionando-se a existência desta ação ordinária no ato da homologação do concurso. (...) (fls. 556/560 - nossos os grifos).

O recurso especial da União está centrado na violação do artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, *verbis*:

Art. 56. Fica o Ministro da Fazenda autorizado a convocar para a Segunda Etapa do concurso público para o cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional, a que se refere o Edital n. 18, de 16 de outubro de 1991, da Escola de Administração Fazendária - Esaf, conforme as necessidades dos serviços de Tributação, Arrecadação e Fiscalização, os candidatos habilitados de acordo com os critérios mínimos exigidos na Primeira Etapa e classificados além do quingentésimo selecionado, dentro do número de vagas do cargo na referida carreira.

§ 1º A autorização de que trata este artigo estende-se até 16 de outubro de 1993;

§ 2º O prazo previsto no parágrafo anterior poderá a critério do Ministro da Fazenda, ser prorrogado por período não superior a 1 (um) ano.

E o teria violado, porque:

I) o edital foi por demais claro ao estabelecer em seu item '01', que seriam convocados para a segunda etapa do certame somente, e tão-somente, até o 500º lugar na ordem classificatória (fl. 599);

II) se os autores não obtivessem a classificação necessária, dentro do número de vagas previstas, estavam eliminados do concurso, não podendo habilitarem-se a vagas possivelmente abertas no futuro, por total falta de previsão legal ou editalícia (fl. 599);

III) a superveniente Lei n. 8.541/1992, por meio do seu artigo 56, fixou a validade do concurso até 16 de outubro de 1993, ficando a critério do Ministro da Fazenda, e dentro do número de vagas do cargo na referida carreira, e de acordo com a conveniência da Administração, convocar mais mil candidatos subseqüentes aos quinhentos iniciais, na ordem de classificação, para que se submetessem à segunda etapa do concurso (fls. 600/601);

IV) por conveniência da Administração e a bem do serviço público, não foi prorrogado o prazo concedido pela Lei n. 8.541/1992, exaurindo, a partir

de 16 de outubro de 1993, qualquer possibilidade de convocação de outros classificados após a 1.500ª colocação (fl. 601);

V) não há falar em violação do direito dos autores, uma vez que a convocação de novo concurso público para o cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional obedeceu aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade dos atos da Administração (fl. 602), e

VI) a discricção quanto à conveniência e oportunidade dos atos administrativos de realização do concurso, seu prosseguimento ou de admissão dos candidatos aprovados não pode ser substituída pela discricção judicial (fl. 602).

Resposta dos recorrentes pela manutenção do acórdão, uma vez que a petição encontra-se sem fundamentação lógica, desacompanhada de "*razões de reforma*", e que o presente recurso visa rever matéria probatória (fl. 631).

Na sessão do dia 4 de março de 2008, após o voto do Sr. Relator, Ministro Nilson Naves, não conhecendo do recurso pela incidência, por analogia, dos enunciados n. 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, pedi vista dos autos para melhor reexame da questão.

Diga-se, de início, que conheço do recurso especial, interposto pela alínea a do permissivo constitucional, por prequestionada a matéria, qual seja, a inexistência de preterição dos autores ante a expiração do prazo de validade do certame, nos termos do artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, caracterização essa à qual se contrapôs o acórdão impugnado.

E conhecendo do recurso, dou-lhe provimento.

De início, ressalto que os autores ficaram colocados nos seguintes lugares (fl. 376): Aureomar Pereira Borges, 3.897º; Maria Inês Galindo Pinheiro, 1.791º; Ney Felipe de Barros Rodrigues Cochiarale, 2.695º, Sandra Zaque Jesus de Paula, 4.717º; e Vítor Antônio Moraes de Carvalho, 3.027º.

O item 1 do Edital Esaf n. 18, de 16 de outubro de 1991, assim dispõe:

1. Disposições Preliminares

A seleção, em âmbito nacional, para o cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional compreenderá duas etapas, ambas de caráter eliminatório, a saber:

I - Primeira Etapa - Provas de Conhecimentos específicos e gerais, *para classificação de 500 candidatos*;

II - Segunda Etapa - Programa de Formação, a que serão submetidos os candidatos selecionados na primeira etapa, obedecido o respectivo regulamento. (nossos os grifos).



Realizadas as provas da Primeira Etapa do processo seletivo, 5.812 candidatos obtiveram a pontuação mínima exigida no Edital do certame.

O item 10.2 do edital estatui que:

O concurso, para cada grupo que concluir a Segunda Etapa, terá validade de 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez por igual período, a contar da data de publicação da homologação do resultado final do respectivo grupo, nos termos do subitem 10.1.

O Edital n. 26, de 31 de julho de 1992, publicado no D.O.U. de 31.07.1992, da lavra do Diretor-Geral da Esaf, homologou o resultado final do Curso de Formação, considerando habilitados os 500 candidatos selecionados na 1ª Etapa, daí o prazo de validade do concurso ter se exaurido 6 meses após a referida homologação (item 10.2), ou seja, em 4 de fevereiro de 1993.

Ocorre, todavia, que a Lei n. 8.541, de 23 de dezembro de 1992, que altera a Legislação do Imposto de Renda e dá outras providências, no seu artigo 56, *facultou* ao Ministro de Estado da Fazenda convocar para a Segunda Etapa do certame, *conforme as necessidades dos serviços de tributação, arrecadação e fiscalização*, os candidatos habilitados de acordo com os critérios mínimos exigidos na Primeira Etapa e classificados além do 500º lugar estabelecido no Edital n. 18/91, valendo conferir, a propósito, o verbo legal:

Art. 56. Fica o Ministro da Fazenda autorizado a convocar para a Segunda Etapa do concurso público para o cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional, a que se refere o Edital n. 18, de 16 de outubro de 1991, da Escola de Administração Fazendária - Esaf, *conforme as necessidades dos serviços de Tributação, Arrecadação e Fiscalização*, os candidatos habilitados de acordo com os critérios mínimos exigidos na Primeira Etapa e classificados além do quingentésimo selecionado, dentro do número de vagas do cargo na referida carreira.

§ 1º *A autorização de que trata este artigo estende-se até 16 de outubro de 1993;*

§ 2º O prazo previsto no parágrafo anterior *poderá a critério do Ministro da Fazenda*, ser prorrogado por período não superior a 1 (um) ano. (nossos os grifos).

O Ministro da Fazenda, pela Portaria n. 77, de 5 de fevereiro de 1993, convocou então para a Segunda Etapa do concurso os candidatos habilitados do 501º ao 1500º lugar, observando a ordem de classificação de cada candidato.

Após a convocação de 1000 candidatos que obtiveram a pontuação mínima para a habilitação, houve o decurso do prazo legal estabelecido no artigo 56, § 1º, da Lei n. 8.541/1992, não havendo prorrogação pela autoridade administrativa.

Tem-se, assim, que o prazo de validade do concurso, finalmente, se exauriu em 16 de outubro de 1993, por força do disposto no parágrafo 1º da Lei n. 8.541/1992, não havendo falar, portanto, em direito subjetivo dos candidatos classificados após o 1500º lugar a serem convocados para participar da 2ª Etapa do processo seletivo ou à nomeação.

Primeiro, porque a convocação de candidatos habilitados, autorizada pelo *caput* do artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, e a prorrogação por período não superior a um ano do prazo de convocação de candidatos, autorizada pelo parágrafo 2º do mesmo artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, são próprios da esfera *discricionária* da Administração Pública, que poderia ou não convocar os candidatos, tanto quanto poderia ou não prorrogar o prazo dessa convocação.

Não há como pretender que o Poder Judiciário substitua o Poder Executivo no exercício de competências que lhe são próprias, instaurando-se a confusão de poderes, de modo a comprometer irreversivelmente o Estado de Direito que tem, na separação das funções soberanas do Estado, um dos seus mais importantes pilares.

Segundo, não há falar, *in casu*, em ocorrência de preterição provocada pela nomeação de candidatos aprovados em concursos posteriores, eis que o prazo de validade do concurso anterior se exauriu em 16 de outubro de 1993 (§ 1º do artigo 56 da Lei n. 8.541/1992), antes, portanto, da abertura de novos concursos para o preenchimento do cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional (Edital Esaf n. 003, de 3 de janeiro de 1994, Edital Esaf n. 33, de 6 de julho de 1994 e Edital Esaf n. 14, de 7 de março de 1996).

E a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que "A abertura de novo concurso público após o encerramento do prazo de validade do concurso anterior não implica em violação a direito dos candidatos aprovados na primeira etapa deste certame, mas não classificados dentro do limite de vagas previsto no respectivo edital." (cf. MS n. 6.075-DE, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ 27.09.1999).

Nesse passo, vale anotar os seguintes precedentes jurisprudenciais, em casos análogos ao presente:

Mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Esaf. Ampliação de convocados. Limite de mais 1.000. Conveniência da Administração. Prazo obedecido.

- A autoridade tida por coatora, obedecendo aos ditames da Lei n. 8.541/1992, não feriu qualquer direito dos impetrantes, muito menos líquido e certo, ao convocar



*somente mais 1.000 candidatos, observando o limite temporal e os critérios de conveniência da Administração.*

- Mandado de segurança conhecido, ordem denegada. (MS n. 5.052-DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 20.4.1998 - nossos os grifos).

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Convocação. Segunda fase. Realização. Novo concurso. Impugnação. Edital n. 64/1993. Edital n. 03/94. Decadência.

1 - Ocorre a decadência se, verificado que o ato que teria violado pretensão de direito líquido e certo do impetrante foi a Portaria n. 77/1993, este, deixando fluir *in albis* o prazo do art. 18 da Lei n. 1.533/1951, só agora se socorre do *mandamus* impugnando o Edital n. 64/93, publicado somente para cumprir decisão judicial, da qual não se beneficiou.

2 - É possível a realização de novo concurso se, dentro do prazo de validade do concurso anterior, foram cumpridas todas as etapas previstas em seu edital.

3 - *A convocação dos candidatos aprovados além do quingentésimo lugar na primeira etapa do concurso, a participarem da fase seguinte, nos termos da autorização prevista na Lei n. 8.541/1992, está condicionada às necessidades dos serviços de Tributação, Arrecadação e Fiscalização, dependendo de avaliação a ser realizada pela Administração Fazendária, no exercício do poder discricionário que detém o administrador, não gerando direito a ser albergado pelo mandado de segurança.*

4 - Segurança não conhecida. (MS n. 3.385-DF, Relator Ministro Anselmo Santiago, *in* DJ 22.6.1998 - nossos os grifos).

Recurso especial. Administrativo. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Edital Esaf n. 16/91. Convocação para a segunda etapa do concurso. Artigo 56 da Lei n. 8.541/1992. Ato discricionário da Administração Pública. Preterição. Inocorrência.

1. Em sede de recurso especial, é defeso o conhecimento de questões de direito que não foram devidamente prequestionadas na via dos embargos declaratórios, ainda que tenham surgido na própria decisão colegiada objeto de impugnação.

2. A convocação de candidatos habilitados, autorizada pelo *caput* do artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, e a prorrogação por período não superior a um ano do prazo de convocação de candidatos, autorizada no § 2º do mesmo artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, são próprios da esfera *discionária* da Administração Pública, que poderia ou, não, convocar os candidatos, tanto quanto poderia ou, não, prorrogar o prazo dessa convocação. Precedentes da 3ª Seção.

3. Não há como pretender que o Poder Judiciário substitua o Poder Executivo no exercício de competências que lhes são próprias, instaurando-se a confusão de

poderes, de modo a comprometer irreversivelmente o Estado de Direito que tem, na separação das funções soberanas do Estado, um dos seus mais importantes pilares.

4. A abertura de novo concurso público, após o encerramento do prazo de validade de concurso anterior, não produz violação de direito qualquer de candidato que sobejou às vagas então preenchíveis.

5. Ilegalidade comete, sim, o administrador que, sem autorização legal, aproveita candidatos de concurso com prazo de validade já exaurido.

6. Recurso parcialmente conhecido. (REsp n. 310.361-DE, da minha Relatoria, in DJ 15.4.2002).

Administrativo. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Edital Esaf n. 18/91. Convocação de candidatos além do número previsto no edital. Autorização pelo art. 56 da Lei n. 8.541/1992. Discricionariedade da Administração. Oportunidade e conveniência. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência desta Corte. Súmula n. 83 do STJ. Discricionariedade administrativa. Abertura de novo concurso. Reexame de prova. Súmula n. 7 do STJ.

1. Consoante já decidi esta Corte, a convocação de candidatos aprovados na primeira fase do concurso para Auditor do Tesouro Nacional, previsto no edital Esaf n. 18/91 e a prorrogação do prazo para a referida convocação, previstos no art. 56 da Lei n. 8.541/1992, constituem atos discricionários da Administração, que os exercerá consoante sua oportunidade e conveniência. Precedentes.

2. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." (Súmula n. 83 do STJ)

3. Ainda que surjam novas vagas, dentro do prazo de validade do certame, não impõe à Administração o dever de preenchê-las, porquanto a nomeação dos aprovados sujeita-se ao seu juízo discricionário. Precedentes.

4. O Tribunal *a quo*, apreciando o conjunto probatório dos autos, concluiu ter sido aberto novo concurso após expirado o prazo de validade do certame anterior. Desse modo, é inviável, na estreita via do especial, desconstituir referido entendimento, ante o disposto no verbete n. 7 da Súmula do STJ.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRgAg n. 502.113-DE, Relatora Ministra Laurita Vaz, in 29.08.2005).

Agravo em agravo em agravo de instrumento. Administrativo. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Edital Esaf n. 18/91. Convocação para a segunda etapa do concurso. Artigo 56 da Lei n. 8.541/1992. Ato discricionário da Administração Pública. Preterição. Inocorrência. Súmula n. 83 do STJ.



A convocação dos candidatos habilitados na primeira etapa do concurso público e a prorrogação do prazo da autorização para tal convocação, previstos no art. 56 da Lei n. 8.541/1992, constituem atos sujeitos à discricionariedade da Administração Pública. Por outro lado, a abertura de novo concurso público após o término do prazo de validade do concurso anterior não enseja a preterição dos candidatos aprovados neste último. Precedentes.

Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRgAg n. 517.767-DF, Relator Ministro Paulo Medina, in DJ 22.03.2004).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Edital n. 18/91. Matéria pacificada.

*Esta Corte de Justiça já decidiu, de forma pacífica, por sua Seção competente, que "a convocação dos candidatos habilitados na primeira etapa do concurso público e a prorrogação do prazo da autorização para tal convocação, previstos no art. 56 da Lei n. 8.541/1992, constituem atos sujeitos à discricionariedade da Administração Pública..."* (AgRg no AG 517.767-DF, DJ de 22.03.2004). Agravo desprovido. (AgRgAg n. 556.716-DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, in DJ 21.06.2004 - nossos os grifos).

Direito Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público para o provimento de cargos de agente penitenciário. Liminar concedida. Teoria do fato consumado. Não aplicabilidade. A concessão de liminar mandamental não basta, só por si, para garantir em caráter definitivo, a participação em curso de formação e à nomeação. Direito líquido e certo à convocação em virtude da criação legal de novas vagas. Não-caracterização. Candidato classificado em posição distante ao número previsto para admissão de frequência ao curso de formação profissional.

1. A Teoria do Fato Consumado não se aplica às hipóteses nas quais a participação do candidato no certame ocorre apenas por força de decisão liminar. Reformulação do entendimento da egrégia Terceira Seção do STJ.

2. Consoante jurisprudência do STJ, em se tratando de interpretação das normas editalícias de concurso público, a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade do edital. Destarte, a Administração tem todo o direito de se valer do poder discricionário, desde que não afronte a lei.

3. A Administração Pública não está obrigada a convocar para o Curso de Formação de concurso público, todos os candidatos eventualmente aprovados nas etapas anteriores, ainda que disponibilizadas mais vagas no curso da realização do certame.

4. No presente caso, o Recorrente não foi classificado dentro do número de vagas oferecidas oferecidas no Edital, sendo que a criação de novas vagas durante o

certame não favoreceu, segundo os cálculos matemáticos de classificação contidos no Edital, sua posição classificatória.

5. Recurso Ordinário conhecido, mas desprovido. (RMS n. 24.223-CE, Relatora Ministra Jane Silva, (Desembargadora convocada do TJ-MG), in DJ 07.02.2008).

Outro não foi o entendimento do Excelso Supremo Tribunal Federal que, em hipótese idêntica à dos presentes autos, assim decidiu:

Mandado de segurança. Denegação pelo Superior Tribunal de Justiça. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Convocação de candidatos beneficiados por sentenças judiciais. Impetração visando a ver garantido o direito do recorrente, não beneficiado pela Portaria n. 268/1996, do Ministro da Fazenda.

Se a Portaria impugnada no presente *writ* nada mais fez senão dar cumprimento à ordem judicial, convocando os candidatos que se beneficiaram de mandados de seguranças, e se o recorrente omitiu-se de impugnar, na época própria, o ato que convocou candidatos para todas as vagas da carreira, não pode utilizar-se da referida portaria para garantir direito subjetivo.

*Não se pode utilizar “brechas” em decisões judiciais, criticáveis sob o ponto de vista de haver compelido a Administração a convocar candidatos para a etapa de treinamento, notadamente quando o novo concurso fora aberto após o vencimento do prazo de validade estabelecido pela autoridade legislativa para convocação extraordinária (16.10.1993), para estendê-la a situações que ela não alcança.*

Recurso ordinário desprovido. (RMS n. 23.056-DF, Relator Ministro Ilmar Galvão, in DJ 12.03.1999 - nossos os grifos).

Pelo exposto, peço vênia ao ilustre Relator, para dele divergir, para dar provimento ao recurso especial, restabelecendo a autoridade da sentença.

*É o voto.*

### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Em razão da divergência estabelecida entre o voto proferido pelo Ministro Nilson Naves, que não conhece do recurso com fundamento nos enunciados de n. 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, e o voto Ministro Hamilton Carvalhido, considerando prequestionada a matéria versada no dispositivo apontado como violado e dando provimento ao apelo especial, pedi vista dos autos para melhor exame.

Rogando vênia ao relator, acompanho a divergência.

Tal como entendeu o Ministro Hamilton Carvalhido, tenho que a matéria versada no artigo 56 da Lei n. 8.541/1992 foi apreciada pelo Tribunal de origem,



que emitiu explícito juízo sobre não ter ocorrido preterição dos autores no certame de que aqui se trata e também acerca do respectivo prazo de validade.

Quanto ao mérito, subscrevo integralmente os fundamentos adotados pelo voto divergente, ancorado que está na iterativa jurisprudência desta Corte, valendo conferir, em reforço, o seguinte precedente:

Processual Civil. Administrativo. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Candidatos aprovados. Preterição. Inocorrência.

A abertura de novo concurso público quando já expirado o prazo do anterior não gera preterição em relação aos candidatos aprovados no concurso anterior, mas não convocados para a segunda etapa. Precedentes da egrégia Terceira Seção.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 828.836-DE, Relator o Ministro Felix Fischer, DJU de 29.06.2007).

E da fundamentação desse julgado, colhe-se:

Os autores participaram do concurso público para o cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional previsto no Edital n. 18/91. Embora aprovados na primeira etapa, não obtiveram classificação dentro dos limites previstos no edital. O Edital n. 18/91 estabelecia que o concurso se destinava ao preenchimento de quinhentas vagas.

Em dezembro de 1992, veio à lume a Lei n. 8.541 cujo art. 56 dispôs o seguinte:

Art. 56. Fica o Ministro da Fazenda autorizado a convocar para a segunda etapa do concurso público para o cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, a que se refere o Edital n. 18, de 16 de outubro de 1991, da Escola de Administração Fazendária, conforme as necessidades dos serviços de tributação, arrecadação e fiscalização, os candidatos habilitados de acordo com os critérios mínimos exigidos na 1ª etapa e classificados além do quingentésimo *seleccionado*, dentro do número de vagas do cargo na referida carreira.

§ 1º A autorização de que trata este artigo estende-se até 16 de outubro de 1993.

§ 2º O prazo previsto no parágrafo anterior poderá, a critério do Ministro da Fazenda, ser prorrogado por período não superior a um ano.

Com base nesse dispositivo, foram convocados os candidatos classificados do 501º até o 1.500º lugar. Em seguida, foi aberto novo concurso, previsto no Edital n. 3/94.

*In casu*, conforme delineado na moldura fática do v. acórdão objurgado, os candidatos buscam participar em Curso de Formação de certame a ser aberto quando já expirado o prazo da disputa do Edital n. 18/91. Não se verifica, portanto, a preterição ao seu direito, uma vez que a abertura de novo certame após o vencimento da validade do anterior, em regra, não macula o direito dos aprovados.

Nesse sentido:

Processual Civil. Embargos de declaração. Art. 535 do CPC. Ausência dos pressupostos. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Preterição de candidatos aprovados. Inocorrência. Aplicação da Súmula n. 168-STJ. Embargos declaratórios rejeitados.

I - Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade, não havendo qualquer um desses pressupostos, rejeitam-se os mesmos.

II - Consoante já se manifestou este Superior Tribunal de Justiça, não há que se falar em preterição dos candidatos aprovados em concurso anterior e não convocados para a segunda etapa, quando da abertura de novo concurso público se já expirado o prazo do anterior. Precedentes.

III - Aplicável à espécie a Súmula n. 168 desta Corte: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado."

IV - Embargos rejeitados.

(EDcl no AgRg na Pet 3.269-DF, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJU de 06.12.2004).

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Cargo de Delegado de Polícia Federal. Candidatos aprovados e não classificados. Direito à realização do curso de formação. Inexistência. Caducidade do concurso. Novo certame.

- É incontroverso na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os candidatos aprovados na primeira etapa de concurso público são detentores de mera expectativa de direito à convocação para a segunda fase, inexistindo qualquer lesão jurídica na hipótese em que, não classificados entre o número de vagas oferecidas, sobrevem a caducidade do certame, pelo decurso do prazo de validade com o preenchimento de todas as vagas, e outro certame é promovido pela Administração.

- Segurança denegada.

(MS n. 5.950-DF, Relator o Ministro Vicente Leal, DJU de 22.02.1999).



Mandado de segurança. Concurso público. Delegado da Polícia Federal. Candidato aprovado e não classificado. Direito à realização do curso de formação.

I - Os candidatos aprovados na primeira etapa de concurso público têm mera expectativa de direito à convocação para a segunda fase.

II - Hipótese em que o impetrante se classificou muito além do limite de vagas previsto no edital, sobrevivendo o término do prazo de validade do certame. Não houve lançamento de novo concurso pela Administração, dentro da validade do concurso anterior, com vagas a serem preenchidas, de modo que se caracterize a quebra da classificação. Precedentes.

Segurança denegada.

(MS n. 5.665-DF, de minha relatoria, DJU de 24.04.2000).

Mandado de segurança. Concurso público para o cargo de especialista em políticas públicas e gestão governamental. Candidato aprovado na primeira etapa mas não classificado. Direito líquido e certo à participação na segunda etapa. Inexistência.

1. Impetrado o Mandado de Segurança dentro dos 120 (cento e vinte) dias contados da data da publicação do edital, contra o qual se insurge, é de se reconhecer a tempestividade da impetração.

2. Não há direito líquido e certo a ser resguardado para o candidato que, aprovado nas provas objetivas para o concurso público de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, não alcançou classificação suficiente para sua participação na etapa seguinte - prova de redação, conforme determinação do respectivo edital.

3. O que a atual CF/1988 não tolera é a realização de novo concurso, e a nomeação efetiva dos candidatos nele aprovados, dentro do prazo de validade do concurso anterior, se neste ainda há candidatos aprovados mas não classificados para participarem da segunda etapa, como é o caso do impetrante.

4. Segurança denegada.

(MS n. 6.165-DF, Relator o Ministro Edson Vidigal, DJU de 17.12.1999).

A matéria, inclusive, foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que firmou entendimento resumido nos termos da seguinte ementa:

Mandado de segurança. Denegação pelo Superior Tribunal de Justiça. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Convocação de candidatos

beneficiados por sentenças judiciais. Impetração visando a ver garantido o direito do recorrente, não beneficiado pela Portaria n. 268/1996, do Ministro da Fazenda.

Se a Portaria impugnada no presente *writ* nada mais fez senão dar cumprimento à ordem judicial, convocando os candidatos que se beneficiaram de mandados de seguranças, e se o recorrente omitiu-se de impugnar, na época própria, o ato que convocou candidatos para todas as vagas da carreira, não pode utilizar-se da referida portaria para garantir direito subjetivo. Não se pode utilizar 'brechas' em decisões judiciais, criticáveis sob o ponto de vista de haver compelido a Administração a convocar candidatos para a etapa de treinamento, notadamente quando o novo concurso fora aberto após o vencimento do prazo de validade estabelecido pela autoridade legislativa para convocação extraordinária (16.10.1993), para estendê-la a situações que ela não alcança. Recurso ordinário desprovido.

(RMS n. 23.056-DF, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJU de 12.03.1999)

Ante o exposto, acompanho a divergência para dar provimento ao recurso. É como voto.

#### VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso especial, interposto pela União, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional da 2ª Região, que restou assim ementado:

Administrativo. Processual Civil. Impossibilidade jurídica do pedido. Concurso público para provimento de cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Fundando-se o pedido inaugural no alegado fato da preterição do direito à nomeação, observada a ordem de classificação, não prospera a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, ante o alegado encerramento do prazo de validade do concurso, a que se submeteram os Autores. Critério de habilitação dos candidatos na primeira etapa do concurso é a aquisição de pontuação mínima, nas provas da 1ª fase do concurso, conforme edital. Configurada esta, nos autos, e tendo havido convocação de candidatos com classificação posterior à dos Autores – Apelantes, configurada a preterição. Ausência de interesse processual no pedido de nomeação e posse para os que não fizeram a 2ª etapa, vez que o suporte fático de tal pedido ainda não ocorreu e inexistente certeza quanto à sua ocorrência. Direito dos que fizeram com êxito a 2ª etapa do concurso à nomeação e empossamento no cargo, a que concorreram no concurso público, a que se refere o Edital Esaf 18/91. Reserva de vagas para todos os Autores – Apelantes. Parcial provimento do recurso, em relação aos Autores que não fizeram a 2ª etapa e total provimento para os que fizeram, com êxito, a 2ª etapa.



O ilustre Ministro Nilson Naves entendeu em não conhecer do recurso especial ante a falta de prequestionamento do art. 56 da Lei n. 8.541/1992, indicado como violado pela União.

Em outro sentido, os eminentes Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti ultrapassaram a barreira do prequestionamento e concluíram pelo provimento do recurso especial, porquanto o prazo de validade do concurso se exauriu em 16 de outubro de 1993, por força do disposto no parágrafo 1º da Lei n. 8.541/1992, não havendo falar, portanto, em direito subjetivo dos candidatos classificados após o 1500º lugar a serem convocados para participar da 2ª Etapa do processo seletivo ou à nomeação, posição esta em que se encontram os recorridos.

Tem-se, assim, que preliminarmente é de ser analisado se o requisito do prequestionamento está preenchido na hipótese.

Nesse passo, pedindo vênua ao Ministro Nilson Naves, entendo que efetivamente a matéria foi prequestionada, notadamente porque o Tribunal de origem debateu a questão da preterição fundamentado no prazo de validade do concurso, que é o objeto do art. 56 da Lei n. 8.541/1992, apontado como ofendido.

Destarte, passo à análise do mérito do recurso.

Saliento, por primeiro, que li com atenção aos autos e que me ative, inclusive, às notas taquigráficas do Tribunal *a quo*, para entender a razão que levou aquele Sodalício a prover a apelação dos recorridos. Compreendi que o fundamento principal utilizado no acórdão recorrido é o fato de que o concurso para Auditor Fiscal do Tesouro Nacional iniciado em 91 somente terminou ao final da última turma que realizou o curso de formação em 1997, razão pela qual até esta data nenhum candidato havia sido eliminado e não poderia ter sido aberto novo certame. Dessa forma, teria havido preterição dos recorridos.

Todavia, não consigo me alinhar com este entendimento. No passo do que explicitou a divergência, tenho que é de ser provido o recurso especial da União.

Com efeito, ainda que se afirme que o concurso tenha terminado apenas em 1997, os candidatos classificados após a 1500ª posição estavam eliminados do certame por força de disposição expressa do edital (500 primeiros) e do art. 56 da Lei n. 8.541/1992, que autorizou a chamada de mais 1000 candidatos.

Destarte, se algum candidato tivesse sido preterido pelo novo concurso, somente poderia ser algum daqueles classificados entre os 1500, porquanto os demais estavam eliminados.

Veja-se que não há como prevalecer a idéia de que todos aqueles que alcançaram a nota mínima na primeira fase estariam habilitados à segunda, na medida em que se estaria deixando ao relento as disposições do edital, que classificaram para a 2ª etapa apenas os 500 primeiros, bem como aquelas do art. 56 da Lei n. 8.541/1992, que autorizaram mais 1000 candidatos a serem convocados.

Esse entendimento foi recentemente lançado pela egrégia Quinta Turma, conforme consta do informativo n. 464 deste Tribunal:

Concurso público. Candidatos remanescentes.

Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, entendeu cabível a abertura de novo concurso público para ingresso na carreira de delegado da Polícia Civil, mesmo havendo candidatos remanescentes aprovados nas primeiras fases do certame anterior. Pelos termos do edital, os candidatos aprovados além das cinquenta vagas para o ingresso na carreira seriam eliminados, não tendo direito de participar do curso de formação profissional, por constituir a fase final do concurso. Para o Min. Napoleão Nunes Maia, vencido, em que pese a arbitrariedade do edital e não obstante a jurisprudência assentada, havendo ainda um estoque de aprovados nas fases anteriores, não deveriam ser desprezados os já aprovados no certame anterior para dar oportunidade aos candidatos remanescentes de comprovar êxito na fase conclusiva, i. e., a fase de academia, que é a conclusão do curso de formação profissional. Precedente citado: RMS n. 23.809-RS, DJ 28.04.2008, RMS n. 23.942-RS, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 21.08.2008.

Nesse ponto, conforme afirmado pela divergência, a convocação de candidatos habilitados, autorizada pelo *caput* do citado artigo, e a prorrogação por período não superior a um ano do prazo de convocação de candidatos, autorizada pelo parágrafo 2º do mesmo artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, são próprios da esfera discricionária da Administração Pública, que poderia ou não convocar os candidatos, tanto quanto poderia ou não prorrogar o prazo dessa convocação.

Ademais, na linha do que afirmado pela divergência, não há falar, *in casu*, em ocorrência de preterição provocada pela nomeação de candidatos aprovados em concursos posteriores, eis que o prazo de validade do concurso anterior se exauriu em 16 de outubro de 1993 (§ 1º do artigo 56 da Lei n. 8.541/1992), antes, portanto, da abertura de novos concursos para o preenchimento do cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional (Edital Esaf n. 003, de 3 de janeiro de 1994, Edital Esaf n. 33, de 6 de julho de 1994 e Edital Esaf n. 14, de 7 de março de 1996).



E a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que *"A abertura de novo concurso público após o encerramento do prazo de validade do concurso anterior não implica em violação a direito dos candidatos aprovados na primeira etapa deste certame, mas não classificados dentro do limite de vagas previsto no respectivo edital."* (cf. MS n. 6.075-DE, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ 27.09.1999)

Ante o exposto, peço vênia ao relator, e acompanho a divergência, dando provimento ao recurso especial.

É como voto.