

31/05/2016

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 33.666 DISTRITO
FEDERAL**

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REDATOR DO : **MIN. EDSON FACHIN**
ACÓRDÃO
RECTE.(S) : **JOÃO DA HORA SANTOS FILHO**
ADV.(A/S) : **IZABEL DILOHÊ PISKE SILVÉRIO**
RECDO.(A/S) : **UNIÃO**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA A INSTRUÇÃO DO PAD. NÃO OCORRÊNCIA. NOVA INSTRUÇÃO PROCESSUAL APÓS O RELATÓRIO DA COMISSÃO PROCESSANTE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COISA JULGADA ADMINISTRATIVA. DESCRIÇÃO ADEQUADA DOS FATOS. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AMPLA DEFESA GARANTIDA. PROPORCIONALIDADE DA PENA DE DEMISSÃO. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Ressalvada a hipótese de prescrição, não é necessariamente, de *per se*, nulo o processo administrativo disciplinar por causa do decurso do prazo máximo de 140 dias para sua conclusão. Precedentes.

2. É possível a autoridade julgadora baixar os autos do processo administrativo disciplinar em diligência a fim de fazer prevalecer o princípio da verdade material.

3. Nos termos do art. 168 da Lei 8.112, a autoridade julgadora do processo administrativo disciplinar não se vincula ao relatório da comissão processante.

4. A portaria inicial do processo administrativo disciplinar deve garantir que a descrição dos fatos seja feita de modo a permitir o exercício do direito de defesa em relação aos fatos e não à imputação

RMS 33666 / DF

eventualmente indicada. Precedentes.

5. Ao prever a demissão do servidor que incorre em ato de improbidade administrativa, o Estatuto dos Servidores da União faz remissão às condutas tipificadas na lei de improbidade administrativa, razão pela qual, nessa qualidade, podem ser apuradas e punidas pela própria Administração. Precedentes.

6. Nos termos do Decreto 5.483, de 30 de junho de 2005, a evolução patrimonial que caracteriza a improbidade administrativa é apurada por meio da competente sindicância patrimonial, que tem por objetivo a prova da desproporcionalidade da evolução patrimonial, conforme previsão constante do art. 9º, VII, da Lei 8.429. A desproporcionalidade implica, como presunção relativa, ato de enriquecimento ilícito.

7. Nos casos de demissão por ato doloso de improbidade administrativa, a proporcionalidade da pena, por exigir reapreciação de aspectos fáticos, não é admitida na via estreita do mandado de segurança. Precedentes.

8. Recurso ordinário a que se nega provimento.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso ordinário ante a ausência de direito líquido e certo, nos termos do voto do Senhor Ministro Edson Fachin, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 31 de maio de 2016.

Ministro EDSON FACHIN
Redator para o acórdão

31/05/2016

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 33.666 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. EDSON FACHIN**
RECTE.(S) : **JOÃO DA HORA SANTOS FILHO**
ADV.(A/S) : **IZABEL DILOHÊ PISKE SILVÉRIO**
RECDO.(A/S) : **UNIÃO**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O recorrente insurgiu-se contra acórdão mediante o qual o Superior Tribunal de Justiça, por maioria, indeferiu a ordem, reconhecendo a validade de processo revelador de pena de demissão (artigos 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/1990 e 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429/1992). Consideradas as causas de pedir veiculadas, o Superior Tribunal consignou a ausência de vícios na constituição de segunda comissão processante e o respeito ao contraditório e à ampla defesa no decorrer da apuração disciplinar, formalizada em razão de denúncia no tocante ao favorecimento a indústria farmacêutica e ao indevido exercício de atividade de gerência relativamente a postos de gasolina no Estado do Rio de Janeiro. Assentou a adequação da sanção aplicada, ante a variação patrimonial nos anos de 2001, 2003 e 2005, qualificada como ato de improbidade administrativa.

Eis o teor da ementa do pronunciamento impugnado, mantido após a interposição de dois embargos de declaração:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL. DEMISSÃO DECORRENTE DA CONCLUSÃO DA SEGUNDA COMISSÃO DISCIPLINAR. EVOLUÇÃO PATRIMONIAL INJUSTIFICADA.

RMS 33666 / DF

INEXISTÊNCIA DE NULIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE NOVA COMISSÃO DISCIPLINAR. ARTS. 168 E 169 DA LEI Nº 8.112/90. SEGURANÇA DENEGADA.

I. Constituída a primeira Comissão Disciplinar, no âmbito do Ministério da Fazenda, para apurar irregularidades na conduta do ora impetrante, ao final dos trabalhos entendeu ela, no que se refere à evolução patrimonial injustificada do servidor, de maneira inconclusa, que, de acordo com documentos a que teve acesso e que constavam do processo administrativo disciplinar, não se poderia aferir a variação patrimonial a descoberto, nos anos calendário de 1999 a 2003, sugerindo uma ação fiscal a respeito.

II. De acordo com os arts. 168 e 169 da Lei nº 8.112/90, se a autoridade competente para aplicar a penalidade não concorda com as conclusões da Comissão processante, pode, motivadamente, afastar-se dela, agravar a pena, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade, sendo possível, ainda, determinar a constituição de outra Comissão, para instauração de novo processo administrativo.

III. In casu, após o término da ação fiscal e colhido o parecer sobre os fatos, a autoridade competente determinou a instauração de outra Comissão Disciplinar, com base em novos elementos que vieram aos autos, que concluiu pela existência de variação patrimonial a descoberto, nos anos de 2001, 2003 e 2005, e pela culpabilidade do servidor, com a sua consequente demissão.

IV. Não há nulidade, pois, na constituição da segunda Comissão Disciplinar, que resultou na demissão do impetrante.

V. Segurança denegada.

No recurso ordinário, o impetrante aponta nulidade no procedimento, presente determinação para instalação de segunda comissão disciplinar, após a primeira ter concluído pela insuficiência de provas. Destaca, nesse sentido, violação ao artigo 169 da Lei nº 8.112/1990, segundo o qual a criação de novo órgão processante demanda a demonstração de vício insanável. Salienta a inobservância do artigo 167

RMS 33666 / DF

do diploma legal, a versar o prazo de 20 dias para decisão, contados do recebimento do processo pela autoridade superior. Diz da deficiente fundamentação do ato e do prejuízo ao direito de defesa. Articula com a ocorrência de preclusão maior na via administrativa, a obstar o reexame da controvérsia, após a edição do primeiro relatório.

Segundo narra, o ato de demissão foi praticado na pendência de procedimentos administrativos fiscais instaurados a partir de ação penal destinada a averiguar os mesmos fatos. Evoca o enunciado nº 6 da Controladoria-Geral da União, a revelar que a demissão de servidor público pela prática de crime contra a Administração Pública deve ser precedida de condenação criminal transitada em julgado. Enfatiza a nulidade da pena, considerado o princípio da proporcionalidade.

A União, nas contrarrazões, assinala o acerto do acórdão. Sustenta ausência de direito líquido e certo a ensejar a impetração. Discorre sobre a inexistência de violação aos artigos 168 e 169 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, de modo a ressaltar a validade da apuração disciplinar e da sanção dela decorrente.

A Procuradoria-Geral da República preconiza o desprovimento do recurso. Aduz a impossibilidade de apreciação, pelo Poder Judiciário, do mérito da penalidade imposta. Frisa a validade da instauração da segunda comissão disciplinar, no que se reporta à óptica que prevaleceu no Superior.

É o relatório.

31/05/2016

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 33.666 DISTRITO
FEDERAL**

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste recurso, atendeu-se aos pressupostos gerais de recorribilidade. Os documentos que instruem o processo evidenciam a regularidade da representação processual e do preparo. Quanto à oportunidade, a notícia do acórdão dos segundos embargos de declaração foi veiculada no Diário de 10 de abril de 2015, ocorrendo a manifestação do inconformismo no prazo assinado em lei. Conheço.

O contexto fático a ser apreciado envolve a exoneração de Auditor-Fiscal da Receita Federal, ante suposta variação patrimonial incompatível com as funções desempenhadas. A punição, aplicada com fundamento no artigo 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/1990, decorreu de suposta transgressão dos deveres previstos nos artigos 117, inciso IX, do aludido diploma legal e 9º, inciso VII, da Lei nº 8.249/1992.

A par dos argumentos no tocante à proporcionalidade da sanção, o recurso ordinário encontra embasamento principal no apontado desrespeito aos artigos 168 e 169, cabeça, do Estatuto dos Servidores Federais, no que consagram limites quanto à atuação da autoridade administrativa superior em processos disciplinares.

Eis o teor dos citados preceitos:

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

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

Art. 169. Verificada a ocorrência de vício insanável, a

RMS 33666 / DF

autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo.

A documentação que instrui o mandado de segurança demonstra erro de procedimento a ensejar a insubsistência da sanção administrativa. No caso, a formação de segunda comissão processante deu-se em razão de mera discordância com as conclusões do relatório final, de modo a revelar indevido direcionamento quanto ao resultado da apuração, em desrespeito aos princípios da impessoalidade e moralidade – artigo 37, cabeça, da Constituição Federal.

O artigo 169, cabeça, da Lei nº 8.112/1990 limita o campo de atuação da autoridade administrativa, no que admite a formalização de novo órgão apenas quando reconhecido vício insanável no processo. Descabe potencializar os poderes do agente público, observado o artigo 168 do diploma legal, a versar a possibilidade de pronunciamento divergente, considerada a elaboração de relatório contrário ao acervo probatório ou, em razão da deficiente instrução, a determinação de novas diligências à comissão originária. Não subsiste a opção por terceira via, evidenciada na formação de órgão de exceção, a partir de simples entendimento sobre a conveniência e oportunidade, presente parecer técnico tido como insatisfatório. A relevância da investigação não pode servir de justificativa para criar-se, no campo administrativo, prerrogativa não contemplada em norma legal. Ao administrador somente é dado fazer o que autorizado em lei, ao contrário do particular, ao qual é vedado apenas o que está proibido.

Ante o quadro, provejo o recurso para declarar a invalidade da Portaria nº 266/2009, da qual resultou a aplicação da pena máxima, na esfera administrativa, ao servidor João da Hora Santos Filho, assentando o direito à reintegração.

É como voto.

31/05/2016

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 33.666 DISTRITO FEDERAL

O Senhor Ministro Edson Fachin: Saúdo o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Marco Aurélio.

1. Retrospecto.

Tendo em vista que as teses suscitadas pela defesa limitam-se a indicar os vícios procedimentais que maculariam o processo administrativo disciplinar, cumpre rememorar apenas os principais incidentes do PAD.

O processo administrativo disciplinar n. 10768.007100/2003-08 foi instaurado por meio da Portaria Escor07 n. 55, de 5 de março de 2004. A Portaria designou servidores para constituir comissão de inquérito incumbida de apurar fatos descritos em denúncia anônima (eDOC 2, p. 66). Posteriormente ao recebimento da denúncia, foram realizadas diligências para o exame de possíveis indícios de veracidade. Identificados, foi designada comissão de inquérito.

De acordo com o documento, ao impetrante, ora recorrente, foram imputados: a) o uso indevido do Sistema da Receita Federal para fornecimento de estatísticas para Laboratórios Farmacêuticos e outros; b) o auxílio para que os Laboratórios saíssem da malha fina; c) a evolução patrimonial incompatível com seus rendimentos; e d) a manutenção de empresa de fachada para a emissão de notas fiscais.

A portaria de instauração passou por sucessivas alterações, conforme consta do Relatório da 1ª Comissão Processante (DOC 3, p. 41). Em suas conclusões, a comissão afirmou, relativamente à evolução patrimonial, que “de acordo com os documentos de que teve acesso e que constam do presente processo administrativo disciplinar, o acusado não teve variação patrimonial a descoberto nos anos-calendário de 1999 e 2003”. Também registrou que “apesar da Comissão não ter apurado variação patrimonial a descoberto, em relação aos anos-calendário supramencionados,

RMS 33666 / DF

entendemos que não há impedimento para que a Defic/RJO proceda a uma ação fiscal em face do acusado” (eDOC 3, p. 46).

No que tange à manutenção de empresa de fachada, a comissão entendeu que “não há provas de que o acusado tenha se utilizado da empresa Jodata Consultoria e Informática Ltda para prestar serviços de consultoria no período analisada pela comissão, ou seja, de parte do ano de 1999 a 2003”. Afirmou, ainda, ter conseguido “comprovar cinco atos em que o acusado atuou na gerência e administração da sociedade, contudo tais atos foram esparsos, aproximadamente um por ano, não podendo ser caracterizados como atos de gerência ou administração”. A conclusão a que chegou foi, portanto, a de que “não há provas de que o Sr. João da Hora Santos Filho tenha praticado algum ilícito administrativo em relação aos fatos constantes deste Processo Administrativo Disciplinar” (eDOC 3, p. 62). Tal relatório é datado de 5 de junho de 2006.

Encaminhado o relatório ao Escritório da Corregedoria da Receita Federal, foi aprovado parecer constante da Informação-Escor n. 041/2006, de 6 de outubro de 2005 (eDOC3, p. 73), que discordou da qualificação jurídica relativamente à relevância dos atos apontados no relatório da comissão processante para identificar os atos de gerência ou administração. Ante a necessidade de aprofundamento da instrução, opinou a assessoria pela designação de nova comissão processante. Para tanto, aduziu que (eDOC 3, p. 72):

“Até é verdade que, nos termos da parte inicial do art. 168 da mesma Lei, o julgamento acatará o relatório da comissão. Mas, evidentemente, a Lei preservou a possibilidade de o julgador não ratificar o relatório quando este contraria as provas dos autos, coletadas pelo próprio colegiado.

E, a princípio, é o que se tem no presente caso. Sem extrapolar a competência regimental deste Escor, preservando a autonomia de convicção da comissão disciplinar, tem-se, por outro lado, que o presente processo não se encontra em condição de receber o julgamento, por inconclusa instrução.”

RMS 33666 / DF

Ao acatar a indicação de nova comissão, em 16 de novembro de 2006, o Escor consignou, ainda, que haveria em curso procedimento de natureza fiscal para, paralelamente às atividades da comissão, apurar a evolução patrimonial do impetrante.

Em 26.02.2008, o Escor recebe o resultado do procedimento fiscal que autuou o impetrante no montante de R\$ 206.988, 06.

Em 13.03.2008, nova comissão de inquérito é constituída para o processo administrativo n. 10768.007100/03-08, por meio da Portaria n. 64, de 13 de março de 2008 (eDOC 4, p. 33).

A nova comissão apresenta, então, relatório final, no qual pugna pelo acatamento da tese de defesa relativamente à prática de atos de gerência, porquanto “não haveria razoabilidade nem proporcionalidade de se aplicar ao indicado a pena de demissão em face do grau de ofensa ao bem jurídico tutelado” (eDOC 6, p. 37). No que tange à improbidade administrativa decorrente de variação patrimonial a descoberto, assentou que (eDOC 6, p. 37):

“A Comissão apresentou, quando da indicação, um estudo detalhado dos cálculos por ela utilizados para chegar à existência de variação patrimonial a descoberto por parte do indiciado nos totais anuais acumulados de R\$ 228.144,12 em 2001 (fl. 1174), R\$ 36.285,18 em 2003 (fl. 1178), e R\$ 79.454,67 em 2005 (fl. 1009). As razões indicadas pela Comissão para assim proceder, inclusive com a exposição de como se deu seu convencimento, não foram objeto de contestação na defesa escrita. Ao contrário, o indiciado, exercendo um direito que lhe é legítimo, centrou-se na arguição de preliminares de mérito e, no que se refere a este propriamente, questionou a vigência dos dispositivos legais utilizados pela Comissão e a relação das infrações mencionadas com o exercício do cargo.

Não tendo esta Comissão encontrado motivos para acatar as teses de defesa, como detalhadamente se explicou anteriormente, conclui-se que igualmente não há motivos para se alterar o entendimento já apresentado didaticamente no termo de indicação de que o indiciado incorreu em variação

RMS 33666 / DF

patrimonial a descoberto nos anos de 2001, 2003 e 2005, e assim o fazendo, incorreu também em improbidade administrativa, tendo sido utilizada a definição do art. 9º, VII, da Lei n. 8.429/92, de modo que restou caracterizada a infringência à vedação do art. 132, IV, da Lei n. 8.112/90”.

O relatório foi aprovado pelo Parecer Escor07 n. 5/2009, de 12.03.2009, que opinou pela regularidade dos procedimentos apuratórios desenvolvidos e sugeriu a aplicação ao ora impetrante da penalidade de demissão.

Na impetração feita perante o Superior Tribunal de Justiça, o ora recorrente aduzira os seguintes vícios processuais:

- a) descumprimento do prazo do art. 167 da Lei 8.112/90.
- b) impossibilidade de designação de nova comissão de inquérito, especialmente ante a ausência de motivação.
- c) desconsideração, pela nova comissão, da coisa julgada administrativa.
- d) violação do contraditório ante a ausência de apreciação das alegações suscitadas pela defesa.
- e) ausência de fundamentação para aplicar ao impetrante a pena de demissão.
- f) proporcionalidade da sanção.

No Superior Tribunal de Justiça, o Relator originário acolhera, inicialmente, a tese de que a decisão para a instauração de nova comissão de inquérito era nula, mas o voto foi superado pela maioria dos membros integrantes da c. Terceira Seção que reconheceu que a decisão de instaurar nova comissão havia se limitado a reconhecer que os trabalhos da primeira comissão estavam inconclusos.

Contra essa decisão foram opostos sucessivos embargos de declaração, que restaram rejeitados.

2. Argumentos recursais.

No presente recurso, os argumentos apresentados pelo recorrente

RMS 33666 / DF

são, em síntese, os mesmos que figuram na impetração original. Por essa razão, a descrição minudente do *iter* procedimental é fundamental para assentar a fundamentação trazida neste voto.

2.1. Excesso de prazo.

Assim, no que se refere à alegação de excesso de prazo, cumpre registrar que a própria Lei 8.112/90, em seu art. 169, § 1º, expressamente consigna que o “julgamento fora do prazo legal não implica nulidade do processo”.

No mesmo sentido, a antiga Formulação n. 40 do DASP afirmava que “o julgamento do inquérito administrativo fora do prazo não implica em nulidade”.

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

“MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSAO. CÂMARA DOS DEPUTADOS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO POR EXCESSO DE PRAZO. INDEFERIMENTO. - ATO DEMISSORIO DE RESPONSABILIDADE DA MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. PRETENSÃO ANULATORIA DO ATO, A LUZ DO EXCESSO VERIFICADO NO PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DO INQUERITO. INCONSISTENCIA DA ARGUMENTAÇÃO, VISTO QUE O ARTIGO 169-PAR. 1. DA LEI 8.112/90 PROCLAMA NÃO SER, SEMELHANTE DEMORA, FATOR NULIFICANTE DO PROCESSO. - ALEGAÇÕES ANCILARES IGUALMENTE IMPROCEDENTES. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO.”

(MS 21494, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/1992, DJ 13-11-1992 PP-20850 EMENT VOL-01684-02 PP-00308 RTJ VOL-00142-03 PP-00804)

RMS 33666 / DF

Também a doutrina, na pertinente observação de Antonio Carlos Alencar Carvalho, sustenta que “não é nulo o julgamento da sindicância ou do processo administrativo disciplinar apenas por causa do decurso do prazo máximo de 80 ou de 140 dias para respectiva conclusão, ressalvada a possibilidade de prescrição superveniente da pretensão punitiva” (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*. 4ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 1467).

Por essas razões, não há como se acolher o argumento de nulidade pelo descumprimento do prazo constante do art. 167 da Lei 8.112.

Tampouco assiste ao autor razão jurídica relativamente à tese de impossibilidade de a comissão julgadora converter o julgamento em diligência. Como dispõe o art. 29 da Lei 9.784, que regulamenta o processo administrativo, “as atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias”.

Nesse sentido, Antonio Carlos Alencar Carvalho sustenta que (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*. 4ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 888):

“O órgão julgador do processo disciplinar não está adstrito às razões ofertadas pela comissão processante e pelo acusado, podendo, se entender conveniente ou necessário, determinar a designação de novo colegiado para ultimar a coleta de outras provas ou para elucidar dúvidas em torno do acervo probatório já constante dos autos, nesse caso convertendo o julgamento em diligência”.

Na mesma direção, afirma Armando Pereira (PEREIRA, Armando. *O Processo Administrativo Disciplinar e o Direito de Petição*. Rio de Janeiro: Ir. Pongetti, 1962, p. 52):

RMS 33666 / DF

“Examinando as provas colhidas, a autoridade pode ter necessidade de melhores esclarecimentos sobre os fatos ou sobre as circunstâncias alegadas.

(...)

A autoridade poderá ordenar que nova comissão, por ela designada, apure pontos de dúvida que assinalará como roteiro. Essa nova comissão agirá dentro das normas legais e dos prazos prescritos comuns a todas as comissões de inquérito.”

Embora não haja precedentes, neste Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tal interpretação foi acolhida quando do julgamento do MS 6.478, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, 3ª Seção, DJ 20.05.2000:

“Sendo o julgamento a última etapa do processo disciplinar, que se compõe de outras duas fases, quais sejam, instauração e inquérito (instrução, defesa e relatório) até a prolação da decisão final, pode e deve a Administração ter acesso a qualquer prova lícitamente produzida para seu convencimento no momento da aplicação da sanção.

Estes fatos podem ser levados ao conhecimento da autoridade competente a qualquer tempo, desde que ainda não tenha sido objeto de apreciação anterior. Inteligência dos arts. 151 e 174, ambos da Lei nº 8.112/90.”

(MS 6.478/DF, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2000, DJ 29/05/2000, p. 110)

Por isso, correta a conclusão de Antonio Carvalho no sentido de que “a autoridade julgadora, por força do princípio da verdade material, pode baixar os autos de sindicância punitiva ou de processo administrativo disciplinar em diligência previamente ao julgamento, para fins de coleta de prova, repetição de atos processuais, saneamento de irregularidade ou

RMS 33666 / DF

para maior esclarecimento de fatos obscuros” (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*. 4ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 1464).

2.2. Nova comissão.

Assentada a possibilidade de se proceder a diligências instrutórias com a designação de nova comissão, cumpre avaliar se, na hipótese dos autos, a primeira conclusão a que chegou o relatório da comissão autorizaria tal providência. A resposta é afirmativa.

Como expressamente consignou a primeira comissão processante, “de acordo com os documentos de que teve acesso e que constam do presente processo administrativo disciplinar, o acusado não teve variação patrimonial a descoberto nos anos-calendário de 1999 e 2003” (DOC 3, p. 41). Essa manifestação deve ser interpretada à luz da concessiva dada a tal conclusão: “apesar da Comissão não ter apurado variação patrimonial a descoberto, em relação aos anos-calendário supramencionados, entendemos que não há impedimento para que a Defic/RJO proceda a uma ação fiscal em face do acusado” (eDOC 3, p. 46).”

Quando do exame desse relatório, a autoridade julgadora assentou, ao acolher o parecer técnico, que “não conseguiu a comissão (...) identificar qualquer variação patrimonial a descoberto nos anos-calendário de 1999 a 2003. Sugere, no entanto, o trio processante que a DEFIC/RJO proceda à ação fiscal em relação ao Sr. João da Hora Santos Filho” (eDOC 3, p. 68).

Assim, não restam dúvidas de que, quando do exame do primeiro relatório, havia dúvida razoável a amparar a continuidade do procedimento apuratório e, também, a opção da comissão julgadora pela continuidade da instrução, objetivando a coleta de novas provas a fim de elucidar a verdade dos fatos.

Ora, “na hipótese de coleta de novos meios de prova ou de saneamento processual com a conversão do julgamento em diligência, deverá ser nomeada outra comissão, integrada por novos membros, se o

RMS 33666 / DF

conselho anteriormente designado já lavrou indicação e relatório pela culpabilidade do acusado, medida que se impõe a bem da imparcialidade e total independência que a Lei Federal nº 8.112/1990 supõe do colegiado instrutor” (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*. 4ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, pp. 1464-1465).

Foi precisamente o que ocorreu no caso. Inexiste, portanto, qualquer vício a ensejar a nulidade do procedimento administrativo disciplinar.

2.3. Coisa julgada: afastamento.

Registre-se que a adequada compreensão da providência adotada pela comissão julgadora como diligência instrutória à comissão impede que se examinem as alegações relativas à coisa julgada administrativa. Além disso, há outra razão para afastar o argumento: nos termos do art. 168 da Lei 8.112: a autoridade julgadora não se vincula ao relatório da comissão. É incorreto, portanto, sustentar que há coisa julgada administrativa relativamente ao primeiro relatório produzido pela comissão.

2.4. Defesa: garantia.

Também não procede a alegação de que o servidor não pôde se defender adequadamente da imputação de variação patrimonial a descoberto ante a ausência de indicação do ano de 2005 e da imputação prevista no art. 132, IV, da Lei 8.112, no parecer inicial de abertura do procedimento administrativo. Como se sabe, a portaria inicial deve garantir que a descrição dos fatos seja feita de modo a permitir o exercício de defesa em relação a eles e não à imputação eventualmente indicada. Com efeito, é na fase instrutória que se promove a tipificação e o indiciamento formal do acusado. Nesse sentido:

“A descrição dos fatos realizada quando do indiciamento foi suficiente para o devido exercício do direito de defesa.

RMS 33666 / DF

Precedentes: MS 21.721; MS 23.490.”

(RMS 24129, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 20/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 27-04-2012 PUBLIC 30-04-2012)

“Portaria de designação da Comissão Processante. Indicação de todos os fatos imputados ao acusado e das irregularidades noticiadas, para o exercício da ampla defesa e do contraditório. Vício formal. Inexistência. É suficiente que dela conste o registro do processo de sindicância que a originou e do qual o servidor teve ciência. 3. Processo administrativo disciplinar. Fase instrutória. Estádio processual em que é promovida a tipificação da infração e o indiciamento formal do acusado, sendo-lhe facultada a apresentação de defesa (Lei 8.112/90, artigo 161). Procedimentos observados.”

(MS 23490, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2002, DJ 01-08-2003 PP-00105 EMENT VOL-02117-40 PP-08559)

Por essa razão, os fatos descritos nas deliberações sobre a abertura do processo administrativo disciplinar foram suficientemente delineados para garantir o exercício da ampla defesa e do contraditório.

2.5. Capitulação do fato.

Quanto à capitulação do fato como improbidade administrativa, nos termos do art. 132, IV, da Lei 8.112, a jurisprudência dessa Corte reconhece que ao prever a demissão do servidor que incorre em ato de improbidade administrativa, o Estatuto dos Servidores da União faz remissão às conduta tipificadas na lei de improbidade administrativa, razão pela qual, nessa qualidade, podem ser apuradas e punidas pela própria Administração. Confira-se:

“Ao prever a demissão do servidor que incorre em ato de

RMS 33666 / DF

improbidade administrativa, a Lei nº 8.112/1990 (art. 132, IV) remete às condutas tipificadas na Lei nº 8.429/1992, incorporando-as ao seu sistema como infrações funcionais, razão pela qual, nessa qualidade, podem ser apuradas e punidas pela própria Administração.”

(RMS 30010, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 16-02-2016 PUBLIC 17-02-2016)

No mesmo sentido a lição da doutrina (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*. 4ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 278):

“Calha registrar que a perda do cargo, determinada em sentença proferida nos autos de ação judicial por improbidade administrativa, fundada nas disposição da Lei Federal n. 8.429/92, não se confunde com a paralela possibilidade de o servidor sofrer pena de demissão, em processo administrativo disciplinar, por incursão de sua conduta no disposto no art. 132, IV, da Lei Federal n. 8.112/90, destacando-se que, no primeiro caso, a sanção é imposta por órgão do Poder Judiciário, ao passo que, no segundo, por autoridade da Administração Pública”.

O recorrente suscita, ainda, que a apuração da improbidade administrativa por variação a descoberto do patrimônio do servidor público depende da conclusão de procedimento administrativo fiscal, porquanto poderia ocorrer, como de fato se deu na hipótese, conclusões divergentes entre os órgãos responsáveis pelas investigações. O relatório final, no entanto, afastou essa interpretação com os seguintes argumentos (eDOC 6, pp. 34-35):

“Há ainda uma última alegação da defesa, na verdade um pedido para que se aguarda a decisão da esfera fiscal antes da

RMS 33666 / DF

decisão do processo administrativo disciplinar, a fim de se evitar possível divergência de entendimentos.

Sobre o tema deve ser dito que a apuração fiscal e a disciplinar são diferentes. A base legal é diferente, pois enquanto a apuração fiscal baseia-se no Regulamento do Imposto de Renda, a correccional baseia-se na Lei n. 8.112/90, e, subsidiariamente, na Lei n. 8.429/92, que tratam da improbidade administrativa. Apesar de aparentemente estarem interessados na mesma coisa, isto é, numa variação patrimonial a descoberto, esta na verdade é apenas um indício, e um indício de coisas diferentes, quer se esteja na esfera fiscal, quer se esteja na esfera correccional. Na visão fiscal é indício de uma possível omissão de receita, e como a fiscalização está interessada em tributar receitas, independentemente de onde provenham, lavra um auto de infração. Já na esfera correccional, uma variação patrimonial a descoberto é um indício de comportamento ímprobo do servidor, tal como apontado anteriormente. A diferenciação fica mais clara quando se tem em mente que a fiscalização tributária fundamenta-se no princípio do *non olet*, ou seja, é indiferente a origem da renda a ser tributada. Já na esfera correccional a origem da suposta renda é justamente o que interessa, pois é a suposição legal da Lei de Improbidade Administrativa de que uma renda não justificada do servidor resulta de atos de improbidade que fundamenta a punição.”

O entendimento adotado pela autoridade apontada como coatora está correto. Nos termos do Decreto 5.483, de 30 de junho de 2005, a evolução patrimonial que caracteriza a improbidade administrativa é apurada por meio da competente sindicância patrimonial, que tem por objetivo a prova da desproporcionalidade da evolução patrimonial, conforme previsão constante do art. 9º, VII, da Lei 8.429. A desproporcionalidade implica, como presunção relativa, ato de enriquecimento ilícito. Noutras palavras, há, aqui, uma inversão do ônus da prova: é o agente público que deve demonstrar a origem lícita desses recursos.

RMS 33666 / DF

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles assentava que (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 469):

“Dentre os diversos atos de improbidade administrativa, exemplificados nessa Lei [de Improbidade Administrativa], o art. 9º, VII, merece destaque, dado seu notável alcance.

(...)

Nessa hipótese, quando desproporcional, o enriquecimento ilícito é presumido, cabendo ao agente público a prova de que ele foi lícito, apontando a origem dos recursos necessários à aquisição”.

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar a legislação federal, já decidiu que:

“Na apuração do ato de improbidade, previsto no art. 9º, VII, da Lei 8.429/92, cabe ao autor da ação o ônus de provar a desproporcionalidade entre a evolução patrimonial e a renda auferida pelo agente, no exercício de cargo público. Uma vez comprovada essa desproporcionalidade, caberá ao réu, por sua vez, o ônus de provar a licitude da aquisição dos bens de valor tido por desproporcional.”

(AgRg no AREsp 548.901/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016)

“Em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito. Precedentes.”

(MS 19.782/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL

RMS 33666 / DF

MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJe 06/04/2016)

É importante consignar que, quando do julgamento do mérito do mandado de segurança, a Ministra Assusete Magalhães, ao inaugurar a divergência, registrou que “nesse mandado de segurança, em momento algum o impetrante insurge-se contra os fatos. Ele sempre ataca questões procedimentais do processo administrativo disciplinar”.

Além disso, as decisões posteriormente proferidas no âmbito dos procedimentos administrativos fiscais podem, em tese, configurar fato novo, cujo conhecimento deve ser dado à instância administrativa competente, nos termos do art. 5º, I, da Lei 12.016, por meio do recurso de revisão do processo administrativo disciplinar, previsto no art. 174 da Lei 8.112. Por essas razões, não deve prosperar a alegação apresentada pelo recorrente no sentido de que houve precipitação da autoridade impetrada no julgamento do processo administrativo disciplinar.

2.6. Demissão e proporcionalidade da pena.

Finalmente, no que se refere à ofensa ao princípio da proporcionalidade para aplicar a pena de demissão, é preciso reconhecer que, relativamente à necessidade e adequação, a previsão expressa no art. 132, IV, da Lei 8.112, desautoriza cogitar de eventual inaptidão para produzir o resultado ou de configuração de outro meio para o fim almejado, desde que devidamente provadas as condutas tipificadas (RMS 34.041, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 27.04.2016). Por essa razão, como regra, a jurisprudência desta Corte tem afastado a possibilidade de que o exame acerca da proporcionalidade seja feito na via estreita do mandado de segurança:

“A reprimenda imposta aos recorrentes mostrou-se plenamente adequada aos atos ilícitos praticados, para os quais a lei comina a pena de demissão. Conclusão diversa em relação à proporcionalidade na dosimetria da pena demandaria a

RMS 33666 / DF

reapreciação de aspectos fáticos, o que não se admite na via estreita do mandado de segurança, haja vista tratar-se de ação que demanda prova pré-constituída. Precedentes.”

(RMS 31471, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 06-12-2013 PUBLIC 09-12-2013)

“OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE SÃO IMPASSÍVEIS DE INVOCAÇÃO PARA BANALIZAR A SUBSTITUIÇÃO DE PENA DISCIPLINAR PREVISTA LEGALMENTE NA NORMA DE REGÊNCIA DOS SERVIDORES POR OUTRA MENOS GRAVE.”

(RMS 30455, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 15/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 22-06-2012 PUBLIC 25-06-2012)

Há precedentes que, nos casos em que a demissão é fundada na prática de ato de improbidade de natureza culposa, sem a imputação de locupletamento ilícito do servidor, é possível, diante das particularidades do caso concreto, a análise da proporcionalidade (RMS 24.129, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Dje 30.04.2012). Ocorre, no entanto, que o caso dos autos refere-se à improbidade por ato de enriquecimento ilícito, o que afasta, por completo, a aplicação dos referidos precedentes à hipótese.

3. Conclusão.

Ante o exposto, correta a decisão do Superior Tribunal de Justiça que, em sede de mandado de segurança, denegou a medida, razão pela qual não há nada a prover quanto ao presente recurso ordinário.

Voto, portanto, pelo desprovimento do recurso, mantendo a denegação da segurança, ante a ausência de direito líquido e certo.

31/05/2016

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 33.666 DISTRITO
FEDERAL**

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOVA INSTRUÇÃO PROCESSUAL APÓS O RELATÓRIO DA COMISSÃO PROCESSANTE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COISA JULGADA ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE NOVA COMISSÃO DISCIPLINAR. ARTS. 168 E 169 DA LEI 8.112/90. DESCRIÇÃO ADEQUADA DOS FATOS. DEMISSÃO DECORRENTE DA CONCLUSÃO DA SEGUNDA COMISSÃO DISCIPLINAR. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO POR AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Cuida-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por João da Hora Santos Filho, com arrimo no art. 102, II, "a", da CRFB/88, contra acórdão da Terceira Seção do STJ, que, em julgamento do MS 14.620/DF, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, redatora para o acórdão Ministra Assusete Magalhães, denegou a segurança, conforme acórdão assim ementado, *verbis*:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL. DEMISSÃO

RMS 33666 / DF

DECORRENTE DA CONCLUSÃO DA SEGUNDA COMISSÃO DISCIPLINAR. EVOLUÇÃO PATRIMONIAL INJUSTIFICADA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE NOVA COMISSÃO DISCIPLINAR. ARTS. 168 E 169 DA LEI 8.112/90. SEGURANÇA DENEGADA.

I. Constituída a primeira Comissão Disciplinar, no âmbito do Ministério da Fazenda, para apurar irregularidades na conduta do ora impetrante, ao final dos trabalhos entendeu ela, no que se refere à evolução patrimonial injustificada do servidor, de maneira inconclusa, que, de acordo com documentos a que teve acesso e que constavam do processo administrativo disciplinar, não se poderia aferir a variação patrimonial a descoberto, nos anos calendário de 1999 a 2003, sugerindo uma ação fiscal a respeito.

II. De acordo com os arts. 168 e 169 da Lei 8.112/90, se a autoridade competente para aplicar a penalidade não concorda com as conclusões da Comissão processante, pode, motivadamente, afastar-se dela, agravar a pena, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade, sendo possível, ainda, determinar a constituição de outra Comissão, para instauração de novo processo administrativo.

III. In casu, após o término da ação fiscal e colhido parecer sobre os fatos, a autoridade competente determinou a instauração de outra Comissão Disciplinar, com base em novos elementos que vieram aos autos, que concluiu pela existência de variação patrimonial a descoberto, nos anos de 2001, 2003 e 2005, e pela culpabilidade do servidor, com sua consequente demissão.

IV. Não há nulidade, pois, na constituição da segunda Comissão Disciplinar, que resultou na demissão do impetrante.

V. Segurança denegada”.

Originalmente, trata-se de mandado de segurança impetrado pelo ora recorrente contra ato praticado pelo Ministro de Estado da Fazenda, consubstanciado na Portaria n. 266, de 25/6/2009, que o demitiu de suas funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal.

O ato impugnado teve origem em processo administrativo disciplinar, instaurado para investigar a prática de supostos ilícitos imputados ao então impetrante por meio de denúncia anônima. O

RMS 33666 / DF

relatório final exarado pela comissão processante concluiu: *(i)* não existir variação patrimonial a descoberto nos anos-calendário de 1999 a 2003; *(ii)* não ficou comprovada a utilização da empresa Jodata Consultoria e Informática Ltda. para prestar serviços de consultoria entre os anos de 1999 a 2003; *(iii)* os atos de administração realizados pelo impetrante não configuram a infração prevista no art. 117, X, da Lei n. 8.112/1990, diante do lapso temporal observado entre os atos de gerência e o período investigado (cinco anos).

A autoridade julgadora, acolhendo parecer da Corregedoria-Geral da Receita Federal, decidiu por acolher a proposta de designação de nova comissão sindicante, o que se efetivou por meio da Portaria 64/2008. Ao final da instrução, a nova comissão concluiu que, relativamente à prática de atos de gerência, não seria razoável aplicar a pena de demissão. Entendeu, também, que o indiciado incorreu em variação patrimonial a descoberto nos anos de 2001, 2003 e 2005, e, portanto, em improbidade administrativa, de modo que restou caracterizada a infringência à vedação do art. 132, IV, da Lei 8.112/1990. Com supedâneo nessa conclusão, o Ministro de Estado da Fazenda demitiu o impetrante.

O impetrante, afirmou, em suma: *(i)* que a primeira decisão foi proferida fora do prazo legal, em contrariedade ao art. 167 da Lei 8.112/1990, *(ii)* reconhecida a inocência do servidor, caberia à autoridade determinar o arquivamento do processo ou apenas o servidor no caso de entender que a conclusão da comissão foi contrária à prova dos autos. No entanto, a Terceira Seção do STJ denegou a ordem.

Em suas razões recursais, o recorrente renova suas alegações anteriores, sustentado, ainda, *(i)* inobservância dos arts. 168 e 169 da Lei 8.112/90; *(ii)* falta de motivação do ato que determinou a nova formação da comissão disciplinar processante; *(iii)* cerceamento de defesa no curso do procedimento administrativo disciplinar; *(iv)* falta de fundamentação da decisão que determinou a aplicação da pena de demissão ao impetrante, e *(v)* desconsideração, pela nova comissão processante, da coisa julgada administrativa, uma vez que a comissão anterior concluiu pela inexistência de variação patrimonial a descoberto.

RMS 33666 / DF

Em contrarrazões, a União sustenta que o impetrante não ostenta direito líquido e certo, uma vez que não há nulidade na constituição da segunda Comissão Disciplinar, que concluiu pela sua demissão.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso, conforme parecer assim ementado, *verbis*:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL. DEMISSÃO DECORRENTE DA CONCLUSÃO DA SEGUNDA COMISSÃO DISCIPLINAR. EVOLUÇÃO PATRIMONIAL INJUSTIFICADA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE NOVA COMISSÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PELO DESPROVIMENTO”.

É o Relatório.

Ab initio, verifica-se que a demissão do ora recorrente decorreu da constatação, em processo administrativo disciplinar, de evolução patrimonial injustificada.

A primeira comissão sindicante concluiu pela improcedência das imputações por ausência de provas em relação à alegada variação patrimonial a descoberto, no período de 1999 a 2003, ao exercício de atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica decorrente do conhecimento de suas atribuições como agente público, e à gerência ou administração de empresa privada por servidor.

Encaminhado o relatório final à autoridade competente, ao qual foi acostado parecer sugerindo a designação de nova comissão, o Chefe do Escritório de Corregedoria da 7ª Região Fiscal decidiu por acolher a sugestão, sob o fundamento de que o processo não se encontrava em condições de julgamento “*por inconclusa instrução*”. Desse modo, nova comissão foi designada para apurar os fatos.

O deslinde da controvérsia cinge-se, basicamente, ao exame da alegada nulidade da instauração de nova comissão de sindicância sem a

RMS 33666 / DF

demonstração de existência de vício insanável que implicasse nulidade do processo anterior, a teor do art. 169 da Lei 8.112/1990, que dispõe, *verbis*:

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

No entanto, a irresignação do recorrente não merece acolhida.

Diversamente do que sustenta, infere-se dos autos que a Administração declinou, expressamente, os motivos que ensejaram a designação de nova comissão, especialmente no que tange à possível contrariedade do relatório elaborado pela primeira comissão às provas constantes dos autos. Aliado a esse fundamento, a Administração também aludiu à instrução insuficiente do processo. Esses aspectos poderiam indicar a imperícia da primeira comissão na apreciação das provas colhidas, bem como a falta de iniciativa investigatória de seus membros, demonstrando, assim, a ocorrência de vício que justificaria a instauração de nova comissão.

Nesse quadro, tenho que o impetrante não logrou demonstrar, por meio de prova inequívoca, a violação a direito líquido e certo, na medida em que a instauração da nova comissão não se mostrou manifestamente ilegal.

Ademais, verifica-se que a primeira comissão entendeu pela absolvição do servidor; em contrapartida, a segunda, designada para apurar dúvida razoável, prosseguiu e entendeu que estaria, de fato, configurado o ato de improbidade administrativa.

Destarte, não há como defender qualquer violação ao disposto no art. 169 da Lei 8.112/1990, mormente porque a instauração de nova comissão sindicante foi devidamente fundamentada.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento no sentido de que *"se o ato impugnado em mandado de segurança decorre de fatos apurados em processo administrativo, a competência do Poder Judiciário*

RMS 33666 / DF

circunscreve-se ao exame da legalidade do ato coator, dos possíveis vícios de caráter formal ou dos que atentem contra os postulados constitucionais da ampla defesa e do due process of law” (RMS 24.347/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 04/04/2003).

Deveras, como há essa zona fronteiriça da dúvida razoável, o desprovimento do recurso por ausência de direito líquido e certo é medida que se impõe, mormente porque a apreciação da questão exigiria a incursão em aspectos fático-probatórios, cuja análise é inviável em mandado de segurança, o qual não admite dilação probatória, exigindo, outrossim, prova pré-constituída do direito alegado.

Aqui, abro um ponto de discussão importante: entendo que o desprovimento do recurso ordinário deve se dar, exclusivamente, por **ausência de direito líquido e certo**, pelo simples fato de que o enfrentamento do mérito do recurso faria, inegavelmente, coisa julgada material, obstando o impetrante de, em outra oportunidade, em procedimento ordinário que permita a dilação probatória, discutir a tese.

Com efeito, nos termos do art. 19 da Lei 12.016/2009, *“a sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”*.

Consectariamente, o reconhecimento de que o impetrante não possui direito líquido e certo não o impede de buscar tutela jurisdicional sobre a mesma relação jurídica por meio de outra ação na qual se possa produzir a prova que é vedada no âmbito do procedimento do mandado de segurança (BUZAID, Alfredo, *Do mandado de segurança*, vol. 1, p. 251).

Outrossim, ao estabelecer, expressamente, a ausência de direito líquido e certo para o mandado de segurança, analisando, apenas, a possibilidade da criação de uma nova comissão que prossiga os trabalhos da comissão anterior, abre-se, à parte, a oportunidade para que, caso queira, discuta a essência da suposta infração praticada em sede de ação ordinária com tutela antecipada, com ampla cognição fático-probatória. É que, nesta sede, a motivação da decisão deve apresentar-se como justificação, apenas, das circunstâncias fáticas e jurídicas destas razões

RMS 33666 / DF

preliminares de decidir (TARUFFO, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975, p. 213).

Nesse mesmo sentido é o enunciado da Súmula 304 desta Suprema Corte, *verbis*: “*Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria*”.

Ex positis, voto pelo **DESPROVIMENTO** do recurso, por ausência de direito líquido e certo a ser tutelado.

31/05/2016

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 33.666 DISTRITO
FEDERAL**

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eu, da minha parte, vejo com um sentido bastante escorreito, como não poderia deixar de ser, esse conjunto de achegas que o Ministro Luiz Fux faz, e acolheria.

31/05/2016

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 33.666 DISTRITO
FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Mantenho o voto que ficará como sinalização ao Colega de primeira instância.

31/05/2016

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 33.666 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu, até pela leitura, não só pelos fundamentos mais sólidos tanto do eminente Relator quanto do eminente Revisor e fazendo a leitura dos votos proferidos no julgamento do mandado de segurança no STJ, concluí que, sem um certo revolvimento de fatos e provas, eu não tenho como concluir pelo acerto ou desacerto da conclusão quanto ao tema de fundo. Não é a orientação do Ministro Marco Aurélio, que não ingressou no exame do tema de fundo, foi pela irregularidade a partir de uma interpretação que...

Então, por isso, eu voto na linha, agora, da sugestão do Ministro Fux.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 33.666

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. EDSON FACHIN

RECTE.(S) : JOÃO DA HORA SANTOS FILHO

ADV.(A/S) : IZABEL DILOHÊ PISKE SILVÉRIO (09066/PR)

RECDO.(A/S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso ordinário ante a ausência de direito líquido e certo, nos termos do voto do Senhor Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator e Presidente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. 1ª Turma, 31.5.2016.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente. Compareceu o Senhor Ministro Dias Toffoli para julgar processos a ele vinculados, assumindo a cadeira do Senhor Ministro Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma