

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 01.07.2005
EMENTÁRIO Nº 2 1 9 8 - 2

30/11/2004

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.699-9 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EROS GRAU
RECORRENTE(S) : BERNARDO ROSENBERG
ADVOGADO(A/S) : RODRIGO ALVES CHAVES E OUTRO(A/S)
RECORRIDO(A/S) : UNIÃO
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE.

1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, *caput*, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90.

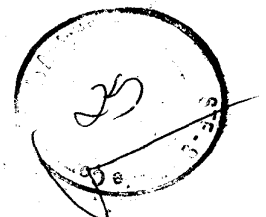
2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos.

4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão.

Recurso ordinário provido.

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 unanimidade de votos, dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança para, reformando o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, cassar o ato mediante o qual foi imposta a penalidade de demissão a Bernardo Rosenberg, determinando, em consequência, sua imediata reintegração ao cargo que anteriormente ocupava, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 30 de novembro de 2004.



EROS GRAU

-

RELATOR

30/11/2004

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.699-9 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EROS GRAU
 RECORRENTE(S) : BERNARDO ROSENBERG
 ADVOGADO(A/S) : RODRIGO ALVES CHAVES E OUTRO(A/S)
 RECORRIDO(A/S) : UNIÃO
 ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, interposto por Bernardo Rosenberg contra acórdão proferido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

"SERVIDOR PÚBLICO.
 - Nulidade do processo administrativo não caracterizada.
 - Ordem denegada." (fl. 105).

2. O mandado de segurança foi impetrado contra o Advogado-Geral da União e o Ministro de Estado dos Transportes, apontando como ato coator a Portaria n. 01, de 26 de fevereiro de 2002, via da qual o recorrente foi demitido do cargo de Engenheiro do Quadro de Pessoal do Departamento Nacional de Estradas e Rodagem - DNER, por improbidade administrativa e valimento do cargo para lograr proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com fulcro no art. 117, IX, da Lei 8.112/90 e no art. 11, *caput*, e inciso I, da Lei 8.429/92.

3. O recorrente narra que a Corregedoria-Geral da Advocacia da União procedeu ao que se denominou "Correição Extraordinária",



objetivando verificar a lisura de acordo extrajudicial celebrado entre o DNER e a Viriato Cardoso Construções e Projetos Ltda.

4. Conclui-se, no procedimento correicional, segundo o Relatório n. 021/2001 (fls. 30/53), que o mencionado acordo, uma vez cumprido, seria nocivo aos cofres públicos, na medida em que importaria no pagamento de uma dívida equivalente a R\$ 8.387.936,00 (oito milhões, trezentos e oitenta e sete mil e novecentos e trinta e seis reais), supostamente referente a serviços executados pela construtora e não pagos pelo DNER.

5. Segundo as conclusões do relatório, a Viriato Cardoso Construções e Projetos LTDA. teria auferido benefícios financeiros sem a correspondente contraprestação --- execução de obras de recuperação em rodovias no Estado da Bahia --- razão pela qual seria totalmente indevida a quantia objeto do acordo celebrado.

6. Em seguida foi instituída, pelas autoridades apontadas como coatoras, Comissão de Processo Administrativo Disciplinar para apurar a responsabilidade funcional do Procurador Federal Pedro Elói Soares, que teria exarado e aprovado parecer favorável à pretensão da construtora, e posteriormente assinado o acordo extrajudicial, em detrimento do interesse público; e a responsabilidade do ora recorrente, por ter elaborado os cálculos de atualização da dívida objeto do acordo, utilizando-se de índices e métodos supostamente incorretos.

7. A Comissão Processante, em seu relatório final, propõe a demissão do Procurador Federal e do ora impetrante, atribuindo a



este a prática dos atos tipificados no art. 117, XV¹, da Lei n. 8.112/90, e nos arts. 10, *caput*², e 11, *caput*³, da Lei n. 8.429/92

8. Levado a julgamento o processo administrativo disciplinar, a Consultoria-Geral da União decidiu, como registrado na Nota AGU/WM-7/2002 (fls. 132/154), acatar a sugestão de aplicação da penalidade de demissão; porém enquadrou a conduta do impetrante em **preceito diverso**, qual seja o art. 117, IX⁴, da Lei n. 8.112/90 e no art. 11, *caput*, e inciso I⁵, da Lei 8.429/92.

9. O impetrante alega que teve cerceado, nos autos do processo administrativo, o seu direito de defesa, seja em razão de nulidades formais, seja mercê da inexistência de advogado ou defensor dativo constituído para defendê-lo.

10. Aduz, também, que não foi observado o rito previsto na Lei 8.429/92, que condiciona a demissão à existência de sentença transitada em julgado.

¹ Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

XV - proceder de forma desidiosa;

² Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

³ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

⁴ Art. 117. Ao servidor é proibido

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

⁵ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

11. Por outro lado, sustenta que a pena de demissão deve ser considerada ilegal "ante a comprovação por prova pré-constituída, da não-ocorrência dos motivos apontados pela Administração para a prática do aludido ato", acrescentando ainda que "o motivo do ato administrativo é um de seus pressupostos de validade - e, portanto, de legalidade - sendo absolutamente possível o controle judicial na via do writ of mandamus"; apresenta, neste sentido, precedente dessa Corte, que entende pertinente ao caso.

12. Ressalta, ademais, que a única fundamentação apresentada pela Administração para a aplicação da questionada penalidade teria sido a utilização, pelo recorrente, de um índice de correção monetária inadequado, sendo que, na verdade, ao contrário do que foi aferido, o índice utilizado era previsto na Instrução de Serviço DG 002/94, do próprio DNER, circunstância que enseja, a seu juízo, a invalidade do ato demissionário que lhe fora imposto.

13. Assevera, por fim, que não teve qualquer participação em acordos administrativos considerados irregulares, sua conduta não tendo acarretado qualquer lesão ao erário, uma vez que o contrato sob suspeita foi rescindido antes da realização de qualquer pagamento nele previsto.

14. Em contra-razões, a União sustenta que a pretensão do recorrente não encontra respaldo no ordenamento jurídico, restando plenamente comprovadas as acusações a ele imputadas; salienta que a Comissão efetuou análise minuciosa do Processo Administrativo Disciplinar, concluindo pela indubitável desídia de sua conduta funcional, além da prática de ato de improbidade administrativa, bem como valimento do cargo para lograr proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, nos termos em que dispõem



os arts. 117, XV, da Lei n. 8.112/90, 10, *caput* (forma tentada) e 11, *caput*, da Lei 8.429/92.

15. O Ministério Público opina pelo desprovimento do recurso (fls. 334/339).

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - (Relator): Conforme anotado no relatório, instaurou-se procedimento disciplinar contra o recorrente porquanto ele, na qualidade de engenheiro do DNER, elaborou os cálculos de atualização de dívida objeto de acordo que seria celebrado entre o DNER e a Viriato Cardoso Construções e Projetos Ltda. utilizando-se de índices e métodos supostamente incorretos.

2. O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o caso, refutou a alegação de que os motivos que ensejaram a demissão eram falsos e inidôneos, sob o fundamento de que "são questões que não podem ser apreciadas na via do *mandamus*, porque demandaria o reexame de todo o material fático colhido no bojo do processo disciplinar, bem como ensejaria incursão indevida sobre o mérito do julgamento efetuado na esfera administrativa".

3. Cumpre deitarmos atenção, neste passo, sobre o tema dos limites de atuação do Judiciário nos casos que envolvem o exercício do poder disciplinar por parte da Administração. Impõe-se para tanto apartarmos a pura discricionariedade, em cuja seara não caberia ao Judiciário interferir, e o domínio da legalidade.

4. A doutrina moderna tem convergido no entendimento de que é necessária e salutar a ampliação da área de atuação do Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades --- em regra praticadas sob o escudo da assim chamada discricionariedade ---, quanto para conferir-se plena aplicação ao preceito constitucional segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, CB/88).



5. O sistema que o direito é compreende princípios e regras. A vigente Constituição do Brasil consagrou, em seu art. 37, princípios que conformam a interpretação/aplicação das regras do sistema e, no campo das práticas encetadas pela Administração, garantem venha a ser efetivamente exercido pelo Poder Judiciário o seu controle.

6. De mais a mais, como tenho observado⁶, a discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta a doutrina mais antiga, não é consequência da utilização, nos textos normativos, de "conceitos indeterminados". Só há efetivamente *discricionariedade* quando expressamente *atribuída*, pela *norma jurídica válida*, à autoridade administrativa, essa margem de decisão à margem da lei. Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar *discricionariamente* apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Insisto em que a *discricionariedade* resulta de expressa *atribuição* normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas. Comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito.

7. A Administração, ao praticar atos discricionários, formula juízos de oportunidade, escolhe entre indiferentes jurídicos. Aí há decisão à margem da lei, porque à lei é indiferente a escolha que o agente da Administração vier então a fazer.

⁶ Meu O direito posto e o direito pressuposto, 5ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, págs. 191 e ss.

Indiferentes à lei, estranhas à legalidade, não há porque o Poder Judiciário controlar essas decisões. Ao contrário, sempre que a Administração formule juízos de legalidade, interpreta/aplica o direito e, pois, seus atos não de ser objeto de controle judicial. Esse controle, por óbvio, há de ser empreendido à luz dos princípios, em especial, embora não exclusivamente, os afirmados pelo artigo 37 da Constituição.

8. Daí porque esta Corte tem assiduamente recolocado nos trilhos a Administração, para que exerça o poder disciplinar de modo adequado aos preceitos constitucionais. Os poderes de Comissão Disciplinar cessam quando o ato administrativo hostilizado se distancia do quanto dispõe o art. 37 da Constituição do Brasil. Nesse sentido, excerto da ementa constante do MS 20.999/DF, Celso de Mello, DJ de 25/5/90:

"O mandado de segurança desempenha, nesse contexto, uma função instrumental do maior relevo. **A impugnação judicial de ato disciplinar legitima-se em face de três situações possíveis**, decorrentes (1) da incompetência da autoridade, (2) da inobservância das formalidades essenciais e (3) da ilegalidade da sanção disciplinar. A pertinência jurídica do mandado de segurança, em tais hipóteses, justifica a admissibilidade do controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos punitivos emanados da Administração Pública no concreto exercício do seu poder disciplinar."

9. É, sim, devida, além de possível, a revisão dos motivos do ato administrativo pelo Poder Judiciário, especialmente nos casos concernentes a demissão de servidor público.

10. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao *exame e controle* do Poder Judiciário. "*Indeterminado*" o termo do conceito --- e mesmo e



especialmente porque ele é contingente, variando no tempo e no espaço, eis que em verdade não é conceito, mas *noção* ---, a sua interpretação [interpretação = aplicação] reclama a *escolha de uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada.*

11. Como a atividade da Administração é *infralegal* --- *administrar é aplicar a lei de ofício*, dizia Seabra Fagundes ---, a autoridade administrativa está vinculada pelo *dever de motivar* os seus atos. Assim, a análise e ponderação da motivação do ato administrativo informam o controle, pelo Poder Judiciário, da sua correção.

12. O Poder Judiciário verifica, então, *se o ato é correto*. Não, note-se bem --- e desejo deixar isso bem vincado ---, *qual o ato correto*.

13. E isso porque, repito-o, sempre, em cada caso, na *interpretação*, sobretudo de textos normativos que veiculem "conceitos indeterminados" [vale dizer, *noções*], *inexiste uma interpretação verdadeira [única correta]*; a única interpretação correta --- que haveria, então, de ser *exata* --- é *objetivamente incognoscível* (é, *in concreto*, ***incognoscível***). Ademais, é óbvio, o Poder Judiciário não pode substituir-se à Administração, enquanto personificada no Poder Executivo. Logo, o Poder Judiciário verifica se o ato é *correto*; apenas isso.

14. Nesse sentido, o Poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade, que não são princípios, mas sim critérios de aplicação do direito, ponderados no momento das



normas de decisão. Não voltarei ao tema, até para não maçar demasiadamente esta Corte. O fato porém é que, nesse exame do mérito do ato, entre outros parâmetros de análise de que para tanto se vale, o Judiciário não apenas examina a *proporção* que marca a relação entre meios e fins do ato, mas também aquela que se manifesta na relação entre o ato e seus motivos, tal e qual declarados na motivação.

15. O motivo, um dos elementos do ato administrativo, contém os pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua prática pela Administração. No caso do ato disciplinar punitivo, a conduta reprovável do servidor é o pressuposto de fato, ao passo que a lei que definiu o comportamento como infração funcional configura o pressuposto de direito. Qualquer ato administrativo deve estar necessariamente assentado em motivos capazes de justificar a sua emanção, de modo que a sua falta ou falsidade conduzem à nulidade do ato.

16. Esse exame evidentemente não afronta o princípio da harmonia e interdependência dos poderes entre si [CB, art. 2º]. Juízos de oportunidade não são sindicáveis pelo Poder Judiciário; mas juízos de legalidade, sim. A conveniência e oportunidade da Administração não podem ser substituídas pela conveniência e oportunidade do juiz. Mas é certo que o controle jurisdicional pode e **deve** incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

17. Daí porque o controle jurisdicional pode incidir sobre os motivos determinantes do ato administrativo.



18. Sendo assim, concluo esta primeira parte de meu voto, deixando assente que o Poder Judiciário pode e deve, mediante a análise dos motivos do ato administrativo --- e sem que isso implique em invasão da esfera privativa de atribuições reservadas à Administração pela Constituição do Brasil --- pode e deve, dizia, rever a pena de demissão imposta ao servidor público.

19. Resta, então, saber se no caso foi demonstrada alguma ilegalidade na demissão aplicada ao impetrante, mediante prova pré-constituída, como determina regra da Lei n. 1.533/51.

20. Como a pena de demissão foi fundamentada em dois textos normativos --- Leis n. 8.112/90 e n. 8.429/92 --- analisarei os preceitos separadamente.

21. Quanto ao primeiro (inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112/90), um fato chama a atenção: o processo administrativo disciplinar encetado contra o impetrante desde o início teve como ponto-chave a forma como este procedeu aos cálculos da dívida, tendo ela sido considerada pela comissão processante como atuação desidiosa. Tanto assim é que o relatório final conclui:

"Do exposto acima e considerando que o engenheiro Bernardo Rosenberg, como ele próprio afirmou, quando elabora cálculo não lê o contrato respectivo, utiliza correção e juros em qualquer hipótese, e, no processo administrativo que resultou no acordo celebrado na Ação Ordinária n. 1998.34.00.025197-1, perante a 17ª Vara Federal de Brasília-DF, **utilizou índices da Justiça do Trabalho para atualizar contrato de natureza civil, entende a Comissão que o indiciado atuou de forma desidiosa**, transgredindo o citado servidor Bernardo Rosenberg, a norma estabelecida no art. 117, XV, da Lei 8.112/90 ..." (grifei).



22. Ocorre que, encaminhado o relatório final à autoridade competente para apreciação, esta, adotando parecer exarado na Nota AGU/WM-7/2002 (fls. 134/153), fundamentou o ato punitivo em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito --- inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112/90 ---, sob o pretexto de que não haveria qualquer dano para a defesa, uma vez que esse direito é exercido à vista dos fatos.

23. É extreme de dúvidas que a autoridade competente para aplicar a penalidade não está jungida à conclusão exarada no relatório final pela comissão de processo administrativo, visto que "*poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade*", segundo dispõe o parágrafo único do artigo 168 da Lei nº 8.112/90.

24. Ocorre, todavia, que, no caso, a alteração procedida pela autoridade competente acabou, sem sombra de dúvida, por afetar negativamente o direito de ampla defesa do acusado.

25. É que, ao longo de todo o processo administrativo, o que se discutiu, **unicamente**, foi o método utilizado pelo ora recorrente para cálculo dos valores referentes a acordo extrajudicial celebrado entre o DNER e Viriato Cardoso Construções e Projetos Ltda:

- todas as perguntas direcionadas ao impetrante em seu interrogatório (fls. 56/58) diziam respeito aos cálculos por ele efetuados;
- a defesa administrativa do impetrante (fls. 158/171) sustenta, tão-somente, a legalidade dos índices por ele aplicados.



26. Vale dizer: nos autos do processo administrativo, tanto a Comissão de Processo Administrativo, quanto o impetrante discutiam se o mesmo teria agido com desídia ou não. Jamais se tocou na questão de a empresa ter logrado proveito, motivo alegado para sua demissão.

27. Nesse ponto, importa deixar consignado que, embora no campo administrativo não seja necessária tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, **a capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa**, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem que ao acusado seja propiciada ampla defesa [CB, art. 5º, LV].

28. Assim, mal ferido, no caso, o princípio, entendo, em face da evidente ocorrência de prejuízo à defesa do acusado, deva ser reconhecida a nulidade do procedimento administrativo.

29. Além do mais, extrai-se dos autos que o supramencionado acordo extrajudicial foi rescindido, não tendo sido pago qualquer quantia nele prescrita, razão pela qual, concluo que o motivo aventado no ato demissionário afigura-se **inválido**. Tornou-se impossível à empresa contratante lograr proveito em tal situação --- *pas de nullité sans grief*, como afirmam os franceses.

30. Ressalto que aí se trata de fato incontroverso, reconhecido, inclusive, na Nota AGU/WM-7/2002, na qual o Consultor da União Wilson Teles de Macedo assevera que "*a atuação funcional não implicou prejuízo para o Erário, em decorrência da impugnação efetivada por esta Instituição*" (fl. 149).

31. A Primeira Turma desta Corte, ao apreciar caso similar a este, cassou penalidade disciplinar por insuficiência de fundamentação, em acórdão que restou assim ementado:

"Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, Administrativo. Processo Disciplinar, autonomia das instâncias Administrativa e Penal, suficiência e validade das provas, incursão no mérito Administrativo Disciplinar. Agravamento de penalidade. Discrepância entre a penalidade aplicada por Ministro de Estado e as conclusões da Comissão Disciplinar.

Ato de ministro de Estado que aplica penalidade de suspensão por noventa dias. Agravamento em relação à penalidade de advertência indicada no relatório de Comissão Disciplinar. **Fundamentação insuficiente.** Leitura do art. 168 da Lei 8.112/1990. **O art. 168 da Lei 8.112/1990 não obriga a autoridade competente a aplicar a penalidade sugerida no relatório de Comissão Disciplinar, mas exige, para o agravamento dessa pena, a devida fundamentação.** Nesse sentido, vencido o ministro relator, que dava parcial provimento ao recurso para restabelecer pena de advertência. Por maioria, recurso ordinário conhecido em parte, afastadas as demais alegações de nulidade, e, nessa parte, provido, para anular o ato impugnado, sem prejuízo de que outro venha a ser praticado com a devida fundamentação." (grifei) (STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.561-5/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJU 18.06.2004).

32. Entendo que a penalidade aplicada ao servidor, em razão do inciso IX do art. 117 da Lei n. 8.112/90 --- valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública --- deve ser afastada. A uma porque houve afronta ao direito de ampla defesa do impetrante; a duas porque o motivo afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos.



33. Feitas essas considerações, resta analisar a aplicação da penalidade de demissão sob fundamento no *caput* e inciso I do artigo 11 da Lei n. 8.429/92.

34. No que concerne a este ponto, a questão a ser considerada diz com a possibilidade de se atribuir a um servidor conduta de improbidade administrativa com base em processo administrativo disciplinar.

35. A Lei de Improbidade Administrativa define, *numerus clausus*, o que se entende por atos de improbidade administrativa, dividindo-os em três categorias: a) os que importem em enriquecimento ilícito [art. 9º]; b) os que causem lesão ao erário [art. 10]; e c) os que atentem contra os princípios da Administração Pública [art. 11].

36. Sucede que muitos desses atos tipificados na Lei 8.429/92 encontram correspondentes em crimes definidos na legislação penal e nas infrações administrativas enunciadas no Estatuto dos Servidores Públicos --- Lei 8.112/90. É certo que, nessa hipótese, **nada impede a instauração de processos nas três instâncias, administrativa, civil e criminal.**

37. No entanto, **impõe-se esclarecer o que se irá apurar em cada uma dessas instâncias. Na primeira apura-se o ilícito administrativo** em consonância com as normas estabelecidas no estatuto funcional; na segunda, a improbidade administrativa, com aplicação das sanções previstas na Lei n. 8.429/92; na terceira apura-se o ilícito penal segundo as normas do Código de Processo Penal.



38. Caberia à autoridade administrativa, no caso, simplesmente verificar se há equivalência entre o suposto ato de improbidade administrativa e o seu correspondente na Lei n. 8.112/90, aplicando-lhe, em consequência, a penalidade cabível, com esteio no Estatuto dos Servidores. Não lhe cabe punir com base na Lei de Improbidade Administrativa, visto que o procedimento correccional administrativo não é a via apropriada para se averiguar a sua ocorrência.

39. É que as hipóteses de improbidade administrativa diferem das faltas disciplinares, na medida em que **a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário.** Ainda que assemelhados às infrações penais, que só podem ser julgadas pelo Poder Judiciário, os ilícitos administrativos são julgados e punidos pela própria Administração.

40. Ora, a perda da função pública quando aplicada como sanção por improbidade administrativa **só se torna efetiva com o trânsito em julgado da sentença condenatória (Lei n. 8.429, de 1.992, art. 20).** Enquanto pender qualquer recurso, essa pena, em homenagem ao princípio da presunção de inocência contemplado na Constituição do Brasil, não terá eficácia.

41. Em caso semelhante, esta Corte fixou entendimento que se aplica ao caso sob exame, *verbis*:

“SERVIDOR - RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA CÍVEL E PENAL - DEMISSÃO.

Estando o decreto de demissão alicerçado em tipo penal, imprescindível é que haja provimento condenatório trânsito em julgado. Se de um lado é certo que a jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal indica o caráter



autônomo da responsabilidade administrativa, a não depender dos procedimentos cível e penal pertinentes, de outro não menos correto é que, **alicerçada a demissão na prática de crime contra a administração pública, este há que estar revelado em pronunciamento judiciário coberto pelo manto da coisa julgada**" (grifei) (Pleno, MS 21.310/DF, Marco Aurélio, DJ de 11/03/94)

37. Concluo, portanto, no sentido de que, verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação e não a aplicação de demissão.

Ante essas circunstâncias, provejo o recurso para, reformando o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, cassar o ato mediante o qual foi imposta a penalidade de demissão a Bernardo Rosenberg, determinando, em consequência, sua imediata reintegração ao cargo que anteriormente ocupava.



30/11/2004

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.699-9 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Senhor Presidente, acompanho o voto do Relator, entendendo, inclusive, que foi ilegal a sanção disciplinar aplicada porque não vejo sequer conduta reprovável por parte do servidor demitido. Segundo entendi, ele foi designado para fazer cálculos de atualização monetária de um débito do Estado, do Poder Público, constante de um acordo administrativo, e foi indiciado por haver incorrido em duas supostas faltas: adotado índice de correção monetária inadequado para as dívidas da União, porque se louvou em índice prevalecente para a Justiça do Trabalho, e aplicado à dívida juros de mora de 6% ao ano.

Não sei em que isso constitui ilícito administrativo, até porque esse acordo foi celebrado pela Administração Pública seguramente em cima de parecer jurídico, de análise jurídica. Esses cálculos poderiam passar pelo crivo, pela análise do Departamento Jurídico. Foi o DER?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - O DNER. Na verdade, há também uma aplicação, que não está nos autos, mas é relatada, da pena de demissão ao procurador que teria dado o parecer



RMS 24.699 / DF

e assinado o acordo; acordo que não foi cumprido porque foi tornado nulo posteriormente.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Isso é importante, o acordo não foi levado adiante e impediu a consumação de prejuízo ao erário. Acompanho o voto de V. Exa., entendendo que o estudo está muito bem feito.

Só queria fazer uma observação lateral. Esse lapidar conceito de Miguel de Seabra Fagundes, segundo o qual administrar é aplicar a lei de ofício, talvez esteja a exigir uma atualização.

O artigo 37 da Constituição, tão apropriadamente citado por V. Exa., Sr. Ministro Eros Grau, na cabeça desse artigo há uma novidade que não tem sido posta em ênfase pelos estudiosos. Esse artigo tornou o Direito maior do que a lei ao fazer da legalidade apenas um elo, o primeiro elo de uma corrente de juridicidade que ainda incorpora a publicidade, a impessoalidade, a moralidade, a eficiência. Ou seja, já não basta ao administrador aplicar a lei, é preciso que o faça publicamente, impessoalmente, eficientemente, moralmente. Vale dizer: a lei é um dos conteúdos desse continente de que trata o artigo 37. Então, se tivéssemos que atualizar o conceito de Seabra Fagundes, adaptando-o à nova sistemática constitucional, diríamos o seguinte: administrar é aplicar o Direito de ofício, não só a lei.



RMS 24.699 / DF

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Não é bem assim, se me permite, porque, na verdade, o Estado faz as leis, mas quem faz o Estado que faz as leis, antes, é o Direito. Isso é uma bela discussão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Mas para o Direito ser respeitado, não basta aplicar a lei, é preciso que ela seja aplicada eficientemente. Ou seja, o Direito também se manifesta na eficiência; publicamente, o Direito também se manifesta na publicidade; moralmente, o Direito também está presente na moralidade. Então, o administrador deve aplicar a lei e, ainda, observar todos esses princípios de que o Direito se constitui. Assim, teríamos de dizer que administrar é aplicar o Direito de ofício, um direito que incorpore lei, publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência.

* * * * *




30/11/2004

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.699-9 DISTRITO FEDERAL

À revisão de aparte do Sr. Ministro Carlos Britto.

V O T O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, além de todos os muitos e doutos argumentos do eminente Relator, ousaria acrescentar que talvez até bastasse reconhecer que, com base em fato tido por incontroverso, a imputação de uma ação culposa, sem dano, a funcionário com mais de vinte anos de serviço público, sem nenhuma punição, é absolutamente ilegal, porque contraria a Lei nº 8.112, em sendo desproporcional à gravidade e à natureza da falta a aplicação da pena de demissão. A Comissão teve por culposo um comportamento meramente desidioso, que ela própria reconheceu não haver causado dano, até porque, depois, os fatos teriam confirmado que, pela desconstituição do acordo, não houve pagamento nenhum. Não era, pois, caso de aplicar ao funcionário, sem nenhum antecedente disciplinar, a pena mais grave da Administração Pública. 

Acompanho, inteira e tranqüilamente, o voto do Ministro-Relator.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Se V. Exa. me permite, uma curiosidade. Efetivamente, a Lei nº 8.112, no seu artigo 117, XV, proíbe o procedimento de forma desidiosa. Proceder dessa forma, portanto, é uma das proibições expressas impostas ao funcionário público. Porém - aí está a curiosidade -, quando essa mesma Lei trata da demissão, no artigo 132, diz quais os casos em que se aplicam a demissão, mas já não inclui o proceder de forma desidiosa.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Foi exatamente por isso que eu disse ser contrário a disposição expressa da Lei nº 8.112. Não podia aplicar ao fato desidioso pena não prevista na Lei. *pm*

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.699-9

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EROS GRAU

RECTE.(S): BERNARDO ROSENBERG

ADV.(A/S): RODRIGO ALVES CHAVES E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: A Turma deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança para, reformando o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, cassar o ato mediante o qual foi imposta a penalidade de demissão a Bernardo Rosenberg, determinando, em consequência, sua imediata reintegração ao cargo que anteriormente ocupava, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidiu o julgamento o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Sepúlveda Pertence. Falou pelo recorrente o Dr. Rodrigo Alves Chaves. 1ª. Turma, 30.11.2004.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Ministros Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto.


Ricardo Dias Duarte
Coordenador