

19/06/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. EM MANDADO DE SEGURANÇA 28.790 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Recebo o presente inconformismo como agravo regimental, nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte acerca do tema, segundo a qual não se admitem embargos de declaração contra decisão monocrática do relator do processo (MS nº 21.888/DF-AgR, Relator o Ministro **Francisco Rezek**, DJ de 17/6/94; e Pet nº 1.245/SP, Relator o Ministro **Moreira Alves**, DJ de 22/5/98, ambos julgados pelo Pleno). Nesses termos, passo a apreciá-lo.

A irresignação não merece prosperar.

A decisão agravada foi proferida em amplo juízo de cognição e está em plena consonância com o entendimento firmado por esta Corte, o que, por conseguinte, afasta, de plano, qualquer alegação de violação do princípio do devido processo legal.

A autorização conferida ao relator para decidir monocraticamente o **mandamus**, sempre que esse tratar de matéria consolidada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, está prevista no Regimento Interno do STF, **in verbis**:

“Recebidas as informações ou transcorrido o respectivo prazo, sem o seu oferecimento, o Relator, após vista ao Procurador-Geral, pedirá dia para julgamento, ou, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, julgará o pedido.”

Não há violação ao princípio da colegialidade, uma vez que o acesso às vias recursais para controle da decisão singular do Relator está resguardado, como se faz na presente via. Nesse sentido, transcrevo as elucidantes palavras do eminente Ministro **Celso de Mello**:

“Registro, preliminarmente, por necessário, que o Supremo Tribunal Federal, mediante edição da Emenda Regimental nº 28, de 18 de fevereiro de 2009, delegou expressa competência ao Relator da causa, para, em sede de julgamento monocrático, denegar ou conceder a ordem de mandado de segurança, desde que a matéria versada no **writ** em questão constitua ‘objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal’ (RISTF, art. 205, ‘caput’, na redação dada pela ER nº 28/2009).

Ao assim proceder, fazendo-o mediante interna delegação de atribuições jurisdicionais, esta Suprema Corte, atenta às exigências de celeridade e de racionalização do processo decisório, limitou-se a reafirmar princípio consagrado em nosso ordenamento positivo (RISTF, art. 21, § 1º; Lei nº 8.038/90, art. 38; CPC, 544, § 4º) que autoriza o Relator da causa a decidir, monocraticamente, o litígio, sempre que este referir-se a tema já definido em ‘jurisprudência dominante’ no Supremo Tribunal Federal.

Nem se alegue que essa orientação implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

A legitimidade jurídica desse entendimento – que vem sendo observado na prática processual desta Suprema Corte (MS 27.649/DF, Rel. Min. CEZAR PELUSO – MS 27.962/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) – decorre da circunstância de o Relator da causa, no desempenho de seus poderes processuais, dispor de plena competência para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, justificando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175 – RTJ 173/948), valendo assinalar, quanto ao aspecto ora ressaltado, que o Plenário deste Tribunal, ao

apreciar o MS 27.236-AgR/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, reafirmou a possibilidade processual do julgamento monocrático do próprio mérito da ação de mandado de segurança, desde que observados os requisitos estabelecidos no art. 205 do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental nº 28/2009” (MS nº 29.113/DF-MC-AgR, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 2/4/13).

Dessa perspectiva, indefiro a preliminar de nulidade de julgamento monocrático da lide. Passo à análise das razões do recurso.

O mandado de segurança é remédio constitucional colocado à disposição do jurisdicionado sempre que seu direito líquido e certo estiver sendo violado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade. **Vide** o que dispõe o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger **direito líquido e certo**, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (grifos nossos).

Por se tratar de uma ação de rito sumário especial, caracterizado pela celeridade e pela impossibilidade de dilação probatória, a discussão de questões que envolvem o revolvimento de fatos e provas discutidos no âmbito administrativo coloca-se como imprópria ao objeto do mandado de segurança, sob pena de se subverter a exigência constitucional da presença do direito líquido e certo para o cabimento do **mandamus**.

Sobre o tema, ensina a doutrina:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesta na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações de fato ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meio judiciais” (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 34).

É firme a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que o direito líquido e certo é aquele demonstrável de plano. **Vide** precedentes:

“O PROCESSO MANDAMENTAL NÃO COMPORTA DILAÇÃO PROBATÓRIA. - O processo de mandado de segurança qualifica-se como processo documental, em cujo âmbito não se admite dilação probatória, pois a liquidez dos fatos, para evidenciar-se de maneira incontestável, exige prova pré-constituída, circunstância essa que afasta a discussão de matéria fática fundada em simples conjecturas ou em meras suposições ou inferências” (MS nº 23.652, Relator o Ministro **Celso de Mello**, Tribunal Pleno, DJ de 16/2/01).

“MANDADO DE SEGURANÇA - PROVA. O mandado de segurança não abre margem a dilação probatória. Os fatos articulados na inicial devem vir demonstrados mediante os documentos próprios, viabilizando-se requisição quando se encontrarem em setor público” (RMS nº 26.744, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, Primeira Turma, DJe de 13/11/09).

“MANDADO DE SEGURANÇA - PETIÇÃO INICIAL

DESACOMPANHADA DOS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À COMPROVAÇÃO LIMINAR DOS FATOS ALEGADOS - INDISPENSABILIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - CONCEITO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - FATOS INCONTROVERSOS E INCONTESTÁVEIS - PRETENDIDA INTERVENÇÃO DE TERCEIRO, NA CONDIÇÃO DE 'AMICUS CURIAE', NO PROCESSO MANDAMENTAL - INADMISSIBILIDADE - RECURSOS DE AGRAVO IMPROVIDOS. - **Refoge, aos estreitos limites da ação mandamental, o exame de fatos despojados da necessária liquidez, não se revelando possível a instauração, no âmbito do processo de mandado de segurança, de fase incidental de dilação probatória . Precedentes. - A noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico-processual, ao conceito de situação decorrente de fato incontestável e inequívoco, suscetível de imediata demonstração mediante prova literal pré-constituída . Precedentes. - Não se revela juridicamente possível a invocação da Lei nº 9.868/99 (art. 7º, § 2º) para justificar o ingresso de terceiro interessado, em mandado de segurança, na condição de **amicus curiae**. É que a Lei nº 9.868/99 - por referir-se a processos de índole eminentemente objetiva, como o são os processos de controle normativo abstrato (RTJ 113/22 - RTJ 131/1001 - RTJ 136/467 - RTJ 164/506-507, v.g.) - não se aplica aos processos de caráter meramente subjetivo, como o processo mandamental. - Não se revela admissível a intervenção voluntária de terceiro, 'ad coadjuvandum', na condição de assistente, no processo de mandado de segurança. Doutrina. Precedentes" (MS nº 26.553 AgR-AgR, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 16/10/09).**

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. SINDICÂNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DAS ILEGALIDADES APONTADAS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA NA VIA MANDAMENTAL . RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO

DE SEGURANÇA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RMS nº 27.959, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 1º/7/10).

Assim delineado o estreito limite da ação mandamental, assevero que a pretensão de que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade sirvam de baliza para a aplicação de pena administrativa mais branda ao impetrante, ora agravante, não merece prosperar, pelos seguintes fundamentos:

a) a alegação de que os antecedentes funcionais do magistrado, “sem nunca ter recebido qualquer reprimenda, sequer uma advertência”, deveriam ser considerados para fins de se lhe aplicar sanção mais branda envolve dilação probatória - a fim de se comprovar a veracidade das alegações -, bem como a reanálise dos fatos e das provas colhidos no curso do processo administrativo disciplinar, o qual desenvolveu-se validamente e com observância do contraditório e da ampla defesa no âmbito do c. CNJ, o qual é competente para conhecer originariamente de “reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário” (art. 103-B, § 4º, III, CF/88), conforme entendimento firmado no julgamento da ADI nº 4.638/DF.

b) diferentemente do que fora alegado no recurso, ao impetrante, ora agravante, não se imputou somente a falta funcional referente à prática de nepotismo - referente à nomeação de 2 (dois) filhos para o exercício de cargos de confiança em seu gabinete -; extrai-se do relatório da decisão impugnada que o fator determinante da gradação da reprimenda dos atos apurados, a justificar a aplicação da pena de aposentadoria compulsória, consistiu no fato de José Jurandir de Lima “te[r] atestado a presença de seus filhos, sem que [esses] efetivamente estivessem presentes”, possibilitando que “receb[essem] vencimentos do cargo em comissão que ocupavam, sem, entretanto, terem comparecido ao serviço” (fl. 37). Transcrevo a narrativa dos fatos exarada no c. CNJ:

“(…) [V]isando melhor compreender a participação do investigado, a fim de que seja apurada a sua responsabilidade ou não, passo a descrever os fatos que são incontroversos, na

medida em que estão documentalmente provados nos autos, e não foram elididos ou sequer contrariados pelas provas testemunhais produzidas pela sua defesa, os quais são:

a) os filhos do Desembargador José Jurandir de Lima, Tássia Fabiana Barbosa de Lima e Bráulio Estefânio Barbosa de Lima foram nomeados para o exercício de cargos em comissão em seu gabinete;

b) Tássia foi nomeada em 01.03.2003, por meio do Ato n. 136/2003/TJ, para exercer o cargo em comissão de Digitador e foi exonerada em 10.02.2006, pelo Ato n. 095/2006/TJ. Em julho de 2004 ingressou no curso de Comunicação Social com Habilitação em Publicidade e Propaganda, na Fundação Armando Álvares Penteado, em São Paulo, frequentando-o, no segundo semestre de 2004 e nos dois semestres de 2005. A licença para qualificação profissional, com remuneração, foi-lhe concedida por meio da Portaria n. 424/2005, de 9.11.2005, com efeitos retroativos a 08.11.2005 e assinada pelo Vice-Presidente do Tribunal, sendo que à época, o acusado era o Presidente daquela Corte (pg. 12 do DOC08).

c) Bráulio foi nomeado para exerce o cargo em comissão de Agente de Segurança, a partir de 01.06.2001, pelo Ato n. 286/2001, de 08.06.2001, passando a Oficial de Gabinete em 08.11.2004 (pg. 22/DOC9) e sendo exonerado a partir de 01.02.2006, pelo Ato n. 094/2006/SRH, de 10.02.2006 (pg. 8 do DOC13). Ingresso no curso de Medicina na Universidade de Cuiabá, em agosto de 2001 (pg. 25 do DOC11), ministrado em regime integral, tendo frequentado regularmente o curso sem quaisquer interrupções, conforme atestado pelo Vice-Reitor da Instituição em maio de 2006 (pg. 25 do DOC11).

d) inexistência de controle de frequência dos servidores lotados nos gabinetes. Conforme informação do Departamento de Recursos Humanos do TJMT, nos termos do art. 12 da Portaria 141/99, são dispensados do registro de ponto mecânico, os servidores lotados em gabinetes dos Desembargadores, motivo com o qual o referido departamento justificou a inexistência de folha de frequência dos filhos do acusado (pg.

15 do DOC 10).

Em consequência, resta evidente – e isso, como antes apontado, não foi objeto de contestação pelo investigado – que, no caso de Tássia, a mesma recebeu irregularmente vencimentos pagos pelo Tribunal de Justiça por mais de um ano, e no caso de Bráulio, por mais de quatro anos.

Diante disso, as alegações do requerido de que não assinou a exoneração dos seus filhos, não auferiu qualquer vantagem e de que não é responsável pela percepção irregular de vencimentos por parte destes afigura-se absolutamente insustentável.

Com efeito, seus filhos foram nomeados para exercício de cargos em comissão, obviamente por indicação sua, fato, inclusive, expressamente consignado em seu depoimento pessoal, foram lotados em seu gabinete, encontravam-se sob sua chefia mediata e, durante anos, não compareceram ao serviço ou compareceram eventualmente, sem terem descontados em seus vencimentos, um dia sequer de suas faltas, conforme atestado pelo Departamento de Pagamento de Pessoal do TJMT (pg. 9 do DOC13).

(...)

O certo é que, permitir, como sem dúvida fez o investigado, que seus subordinados recebam pelos cofres públicos, tanto tempo, sem trabalhar, por não exercer o dever básico de fiscalizar seus comparecimentos ao serviço, sendo pai dos servidores beneficiados, o que na prática implica em se desonerar de despesas para a manutenção destes e, portanto, em benefício financeiro direto do não cumprimento do dever previsto no art. 35, VII, da LOMAN, constitui falta gravíssima, em especial tratando-se de um Desembargador e que, à época, exercia o elevado cargo de Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso.”

c) não assiste razão ao impetrante quanto ao argumento de ser a decisão do e. STJ na AP nº 475/MT favorável à sua pretensão, uma vez que, nas razões de decidir, a Relatora, Ministra **Eliana Calmon**,

consignou, **in verbis**:

“Está provado nos autos que os 2 (dois) últimos denunciados receberam regularmente os salários do cargo em comissão, para os quais foram nomeados, sem terem comparecido ao serviço. TÁSSIA recebeu salários durante 32 (trinta e dois) meses, no período de março de 2003 a novembro de 2005, e BRÁULIO recebeu salários durante 55 (cinquenta e cinco) meses, no período de junho de 2001 a janeiro de 2006.

Para a[u]ferirem os salários, sem a contraprestação respectiva, concorreu de forma decisiva o primeiro denunciado que, como pai e chefe imediato, atestava a presença dos seus auxiliares, patrocinando, inclusive de forma indevida, licença para qualificação profissional, o que não ocorreu, porque no período estiveram os servidores denunciados presentes aos cursos de suas preferências. Afinal, um digitador não precisa se capacitar em comunicação social e um agente de segurança ou um chefe de gabinete não pode se desviar do serviço para se capacitar na área de saúde, cursando Medicina.

Entretanto, não vejo como enquadrar a conduta descrita no tipo do art. 312 do Código Penal, o qual exige, em qualquer das modalidades (peculato furto, peculato apropriação ou peculato desvio), a apropriação, desvio ou furto, em benefício próprio ou alheio, de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel. O funcionário público que se apropria dos salários que lhe são endereçados de forma lícita e não cumpre o dever de contraprestar os serviços para os quais foi contratado comete grave, ou melhor gravíssima, falta funcional e administrativa, podendo configurar-se em ato de improbidade administrativa, mas não há tipicidade penal, muito menos sob a roupagem do peculato.

Com essas considerações, rejeito a denúncia por falta de tipicidade de conduta, nos termos do art. 43, inciso I, do Código Penal.

Entretanto, diante da gravidade dos fatos que, no meu

entender, configuram ato de improbidade, voto no sentido de que seja encaminhada ao Conselho Nacional de Justiça cópia da denúncia, demais documentos e inteiro teor do acórdão, a fim de que sejam adotadas as devidas providências.”

É sobre essa moldura fático-jurídica que incide a análise do presente mandado de segurança, não havendo que se falar em ausência de proporcionalidade ou razoabilidade na decisão do órgão responsável por, administrativamente, analisar faltas funcionais e aplicar as sanções previstas no ordenamento jurídico brasileiro (art. 103-B, § 4º, inciso III, da CF/88 e art. 42, inciso V, da Lei Complementar nº 35/79).

Conforme se extrai da decisão impugnada, a pena disciplinar de “aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço” (inciso V do art. 42 da LOMAN) foi aplicada após legítima apreciação da materialidade e da autoria dos atos imputados a José Jurandir de Lima, e “em razão da natureza e da gravidade das faltas imputadas ao magistrado”, motivo pelo qual afastou-se, na esfera administrativa, a “compatibilidade lógica [do] pronunciamento sobre [a inconstitucionalidade do art. 42, parágrafo único, da Lei Complementar nº 35/79]”.

Em outras palavras: **a pretensão do recorrente de que, eventualmente, lhe fosse aplicada a sanção de advertência ou censura foi afastada em razão da conclusão do órgão administrativo pela gravidade dos fatos apurados**, e não em razão da regra prescrita no parágrafo único do art. 42 da LOMAN.

Destaco que, caso se entenda possível avançar sobre a matéria nos presentes autos, esta Suprema Corte atuará sem qualquer substrato fático que permita compreender a aplicação da norma pelo órgão responsável por julgar administrativamente as faltas funcionais e aplicar aos infratores a sanção correspondente, a fim de saber, por exemplo:

a) se a norma é aplicada como **garantia** aos magistrados de segunda instância, de tribunais superiores e do STF, de forma que, constatada a falta punível com advertência ou censura, assente-se a responsabilidade, mas se deixe de aplicar a sanção.

Nesse tocante, sendo o impetrante, ora agravante, integrante da carreira da magistratura na qualidade de desembargador, não haveria interesse jurídico na declaração de inconstitucionalidade da norma, portanto.

b) se a norma é aplicada para agravar a situação do magistrado de segunda instância, de tribunais superiores e do STF, de forma que, constatada a falta punível com advertência ou censura, assente-se a responsabilidade e se aplique a sanção mais grave.

Nesse ponto, poder-se-ia extrair, **em abstrato**, interesse jurídico na apreciação da matéria pelo impetrante.

Ocorre que, **no caso dos autos**, como já assentado, a pena disciplinar de aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais foi aplicada em razão da gravidade dos fatos apurados imputados ao magistrado.

A apuração da gravidade dos fatos insere-se na competência do c. CNJ para instaurar e julgar processo administrativo disciplinar “contra membros ou órgãos do Poder Judiciário” (art. 103-B, § 4º, III, da CF/88), no exercício da análise dos fatos e das provas produzidos no curso do procedimento.

Desse modo, ainda que fosse atendida a pretensão de se declarar a inconstitucionalidade do dispositivo da LOMAN, não poderia essa Suprema Corte reformar a decisão em que o c. CNJ qualificou as condutas imputadas ao impetrante, ora agravante, como graves - o que justificou a aplicação da sanção prevista no art. 42, III, da LOMAN e na parte final do inciso III do § 4º do art. 103-B da Constituição Federal de 1988 -, uma vez que, para tanto, seria necessário examinar e reavaliar todas as provas integrantes do feito administrativo, o que é inviável na via do **mandamus**.

Vide precedentes nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PENA MENOS SEVERA.

O órgão do Ministério Público, que oficiou na instância de

origem como **custos legis** (art. 10 da Lei nº 1.533/51), tem legitimidade para recorrer da decisão proferida em mandado de segurança.

Embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal.

Este, porém, não é o caso dos autos, em que a autoridade competente, baseada no relatório do processo disciplinar, concluiu pela prática de ato de improbidade e, em consequência, aplicou ao seu autor a pena de demissão, na forma dos artigos 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90, e 11, inciso VI, da Lei nº 8.429/92.

Conclusão diversa demandaria exame e reavaliação de todas as provas integrantes do feito administrativo, procedimento inoportável na via estreita do *writ*, conforme assentou o acórdão recorrido.

Recurso ordinário a que se nega provimento” (RMS nº 24.901/DF, Relator o Ministro **Ayres Britto**, Primeira Turma, DJ de 11/2/05)

“Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Incurso nas penas previstas nos arts. 117, IX; e 132, III, da Lei nº 8.112/90. Penalidade de demissão. Alegação de violação do art. 128 da Lei nº 8.112/90. Agravo regimental não provido.

1. Diante da gravidade da infração atribuída ao recorrente, não há que se falar em violação do princípio da proporcionalidade, haja vista que a pena aplicada tem previsão legal e foi imposta após a comprovação da autoria e da materialidade da transgressão atribuída ao recorrente, por meio de regular procedimento disciplinar. Precedentes. Conclusão diversa acerca da adequação da conduta do recorrente, a teor do art. 128 da Lei nº 8.112/90, demandaria exame e reavaliação de todas as provas integrantes do feito administrativo,

procedimento incompatível com a via estreita do **writ**.

2. Agravo regimental não provido” (RMS nº 31.044/DF-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe de 26/2/13).

Concluo, por essas razões, que a pretensão para que se declare a inconstitucionalidade do dispositivo acima referido se mostra desconectada do caso dos autos, uma vez que eventual apreciação da matéria por esta Suprema Corte, neste **mandamus**, não produzirá qualquer efeito na decisão do c. CNJ apontada como ato impugnado. Ausente, portanto, o pressuposto subjetivo do interesse jurídico de agir.

Nego provimento ao recurso.

É como voto

Quanto ao pedido formulado na Petição nº 25.941 (fls. 377/378), entendo que a apreciação deste recurso pelo colegiado, mantendo a denegação da segurança, torna insubsistente qualquer fundamento que justifique o deferimento de medida cautelar com o fito de suspender os efeitos da decisão do c. CNJ objeto deste **mandamus**.