

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 17.811 - DF (2011/0274288-1)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
IMPETRANTE : ALDO PINHEIRO DA FONSECA
ADVOGADO : LUIZ CESAR BARBOSA LOPES E OUTRO(S)
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA
INTERES. : UNIÃO

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.
DESTITUIÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. IMPUTAÇÃO DE
VALIMENTO DO CARGO EM DETRIMENTO DA
DIGNIDADE DA FUNÇÃO PÚBLICA.

1. O mandado de segurança investe contra ato administrativo que aplicou a pena de destituição de cargo em comissão por intermédio de procedimento administrativo disciplinar.

2. Ao impetrante foi imputado o valimento do cargo público para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, nos termos do art. 117, IX, da Lei nº 8.112/90, porque, exercendo o cargo em comissão de Coordenador-Geral de Apoio Técnico, indicou para contratação irmão, nora, genro e sobrinhos.

3. O valimento do cargo publico foi constatado pela Controladoria-Geral da União, quando da investigação preliminar, e pela Comissão que conduziu o procedimento administrativo disciplinar.

4. O art. 168 da Lei n. 8.112/90 permite que a autoridade julgadora contrarie as conclusões da comissão processante, desde que o faça com a devida motivação, para retificação do julgamento em atenção aos fatos e provas. Precedentes: MS 15.826/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013; MS 16.174/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 17.2.2012.

5. A existência de dano ao erário é desinfluyente para a caracterização do valimento do cargo para obtenção de vantagem pessoal ou de outrem (MS 14.621/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 30.6.2010).

6. Os antecedentes funcionais do impetrante não são suficientes para impedir a aplicação da penalidade porque "A

Superior Tribunal de Justiça

Administração Pública, quando se depara com situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por tratar-se de ato vinculado" (MS 15.517/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 18.2.2011).

Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA Seção do Superior Tribunal de Justiça "A Seção, por unanimidade, denegou a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Eliana Calmon e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de junho de 2013(Data do Julgamento).

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator

Superior Tribunal de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 17.811 - DF (2011/0274288-1)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
IMPETRANTE : ALDO PINHEIRO DA FONSECA
ADVOGADO : LUIZ CESAR BARBOSA LOPES E OUTRO(S)
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA
INTERES. : UNIÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS
(Relator):

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por ALDO PINHEIRO DA FONSECA contra ato praticado pelo MINISTRO DE ESTADO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA, consubstanciado em sua destituição do cargo em comissão de Coordenador-Geral de Apoio Técnico, Código DAS 101.4, da Assessoria de Coordenação dos Fundos Setoriais – ASCOF da Secretaria Executiva do respectivo Ministério.

O impetrante investe contra os termos da Portaria nº 617, de 9 de agosto de 2011, que o destituiu do cargo comissionado de Coordenador-Geral de apoio técnico *"sem fundamento plausível e em detrimento do que preceitua o art. 128 da lei nº 8.112/1990, haja vista restar patente a carência de fundamentação da decisão da autoridade impetrada"* (fl. 4, e-STJ).

Eis o teor do ato reputado coator (fl. 169, e-STJ):

"PORTARIA Nº 617 DE 9 DE AGOSTO DE 2011

O MINISTRO DE ESTADO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO, no uso da competência que lhe foi delegada pelo inciso I do art. 1º do Decreto nº 3.035, de 27.04.99, de acordo com os artigos 117, inciso IX, 132, XIII, combinado com os artigos 135 e 137, caput, e art. 168, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e tendo em vista o que consta do Processo Administrativo Disciplinar nº 01200.004030/2010-81, do Ministério da Ciência e Tecnologia, resolve

DESTITUIR do cargo em comissão de Coordenador-Geral de Apoio Técnico, Código DAS 101.4, da Assessoria de Coordenação dos Fundos Setoriais - ASCOF da Secretaria Executiva, deste Ministério, o servidor ALDO PINHEIRO DA FONSECA, matrícula

Superior Tribunal de Justiça

SIAPPE nº. 7041058, por se valer do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, observando-se, em consequência, o disposto no art. 137, caput, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990."

Relata o impetrante que foi instaurado procedimento administrativo disciplinar para apurar infrações relacionadas à "*celebração e à execução dos convênios SIAFI nº 522769 e 562409 firmados entre a Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP e a Associação Brasileira das Instituições de Pesquisas Tecnológica – ABIPTI para fins de suporte à Assessoria de Coordenação de Fundos Setoriais – ASCOF*" (fl. 9, e-STJ).

Argui o impetrante que, "*após a realização de atos instrutórios, a comissão de processo administrativo entendeu por bem indiciar o Impetrante por entender presente a violação do Art. 117, IX da Lei nº 8.112/1990, sob o argumento de ter sido comprovado nos autos do PAD que o Impetrante valeu-se do cargo para indicar parentes seus para serem contratados no âmbito dos convênios objeto, conforme se abstrai do termo de indiciamento*" (fl. 9, e-STJ).

Concluídos os trabalhos, a referida Comissão processante sugeriu a aplicação da penalidade de advertência, por não ter havido comprovação de dano ao erário e, ainda, de que as pessoas contratadas, embora indicadas pelo impetrante, desempenharam suas atribuições a contento. Contudo, a autoridade coatora, valendo-se da faculdade conferida pelo art. 168, parágrafo único, da Lei n. 8.112/90, não acatou tal conclusão e decidiu pela destituição do impetrante do cargo em comissão.

Para o impetrante, a penalidade aplicada pela autoridade coatora violou o art. 128 da Lei nº 8.112/90 porque em nenhum momento fez constar na fundamentação do ato administrativo a natureza e gravidade da infração cometida e muito menos os danos causados ao serviço público, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os seus antecedentes funcionais.

Considera que essa omissão macula o ato coator porque malfez os postulados da legalidade, moralidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade e impessoalidade, haja vista que "*tanto a autoridade que determinou a instauração do PAD, quando a autoridade coatora, não indicou qual a conduta praticada pelo impetrante que se amoldasse ao que preceitua o inciso IX do Art. 117 da Lei nº 8.112/1990*" (fl. 12, e-STJ).

Aduz ainda que a Comissão constatou que não houve nenhum proveito pecuniário ao impetrante, não houve dano ao erário e os contratados desempenharam suas atribuições com eficiência. Esses fatos não teriam sido levados em consideração pela autoridade coatora, que teria, ao aplicar a pena

Superior Tribunal de Justiça

combatida, praticado nítida arbitrariedade, à margem da legalidade.

Sustenta também a ausência de ilicitude da conduta. Quando muito, admite mera irregularidade desprovida de tipicidade para a aplicação de tão drástica penalidade. Sustenta ademais que *"a súmula vinculante nº 13, editada pelo Supremo Tribunal Federal e que tratou da questão do nepotismo na administração pública direta ou indireta não dispôs sobre proibição de servidor público informar ou até mesmo indicar funcionário para ser contratado por entidade privada"* (fl. 29, e-STJ).

Por derradeiro, menciona que o ato administrativo que culminou com a destituição do impetrante do cargo em comissão está desprovido de motivação porque *"a ilustre autoridade coatora, sem qualquer fundamentação e com afronta ao preceito constante do Art. 128 da Lei nº 8.112/1990, entendeu por bem não acatar a proposta da comissão processante e aplicar ao Impetrante a penalidade de destituição do cargo"* (fls. 37/38, e-STJ).

Pediu a concessão de medida liminar para obter a suspensão dos efeitos do ato coator. Quanto ao mérito, pleiteou a declaração de nulidade do ato coator e, por outro lado, a declaração de validade do pedido de dispensa da função que efetuou em 25.7.2011.

A medida liminar foi indeferida nos termos da seguintes ementa (fl. 294, e-STJ):

"DIREITO PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE FEITA POR INTERMÉDIO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DESTITUIÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. INEXISTÊNCIAS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. LIMINAR NEGADA."

Prestadas as informações (fls. 306/383, e-STJ), defendeu a autoridade coatora o seguinte:

(a) a legalidade do ato coator porque *"fundamentado em decisão devidamente motivada e baseada em escorreito PAD, que lhe garantiu ampla defesa e contraditório, não havendo, por conseguinte, violação de direito líquido do autor"* (fl. 308, e-STJ);

(b) o impetrante *"valeu-se do cargo de Coordenador-Geral de Apoio Técnico da ASCOF em proveito próprio e para beneficiar terceiros, pois viabilizou a admissão e manutenção de seu irmão, sua nora, um genro, dois sobrinhos e outras pessoas em contrato de prestação de serviços terceirizados"*

Superior Tribunal de Justiça

realizado pelo MCTI com a empresa Enhanced Value Soluções e Softwares (EVSS) e, após, com a empresa Visual Locação Serviço Construção Civil e Mineração Ltda (VISUAL), ambos decorrentes de convênio celebrado entre o MCTI e a Associação Brasileira das Instituições de Pesquisa Tecnológica (ABIPTI)" (fl. 308, e-STJ);

(c) *"a decisão de destituir o impetrante do cargo comissionado que ocupava nessa Pasta (fls. 88/89) embasou-se no próprio relatório do Colegiado, em Parecer da Consultoria Jurídica do MCTI, no interrogatório do acusado e em outros documentos existentes no PAD, notadamente os emitidos pela Controladoria-Geral da União (CGU) e pelo Ministério Público Federal (MPF), que foram suficientes, para justificar a aplicação da pena capital ao ora impetrante " (fl. 308, e-STJ);*

(d) o MPF moveu ação de improbidade administrativa contra o impetrante perante a 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, tombada sob o número 2009.34.00.036868-3, por conta das indicações ilícitas de parentes e outras pessoas de seu relacionamento pessoal para possibilitar a contratação de todos no período de 2003 a 2008;

(e) o impetrante privilegiou interesses particulares e se valeu da sua graduada posição na Administração do MCTI em benefício próprio e de terceiros, em prejuízo do interesse público primário;

(f) os atos praticados pelo impetrante violaram o princípio da moralidade porque possibilitou que terceiros lograssem proveito pessoal em detrimento da dignidade da função pública;

(g) a aplicação da penalidade pela autoridade coatora não está adstrita à sugestão da Comissão que conduz o procedimento administrativo disciplinar, pelo que pode aplicar outra penalidade, nos termos do art. 168 da Lei nº 8.112/90;

(h) a Administração Pública, constatando a prática de infração, está vinculada à aplicação da penalidade, que, no caso, foi a destituição do cargo em comissão, porque o impetrante estava aposentado do cargo público.

O Ministério Público Federal, ouvido a respeito da controvérsia, opinou pela denegação da segurança (fls. 388/393, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 17.811 - DF (2011/0274288-1)

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DESTITUIÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. IMPUTAÇÃO DE VALIMENTO DO CARGO EM DETRIMENTO DA DIGNIDADE DA FUNÇÃO PÚBLICA.

1. O mandado de segurança investe contra ato administrativo que aplicou a pena de destituição de cargo em comissão por intermédio de procedimento administrativo disciplinar.

2. Ao impetrante foi imputado o valimento do cargo público para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, nos termos do art. 117, IX, da Lei nº 8.112/90, porque, exercendo o cargo em comissão de Coordenador-Geral de Apoio Técnico, indicou para contratação irmão, nora, genro e sobrinhos.

3. O valimento do cargo público foi constatado pela Controladoria-Geral da União, quando da investigação preliminar, e pela Comissão que conduziu o procedimento administrativo disciplinar.

4. O art. 168 da Lei n. 8.112/90 permite que a autoridade julgadora contrarie as conclusões da comissão processante, desde que o faça com a devida motivação, para retificação do julgamento em atenção aos fatos e provas. Precedentes: MS 15.826/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013; MS 16.174/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 17.2.2012.

5. A existência de dano ao erário é desinfluyente para a caracterização do valimento do cargo para obtenção de vantagem pessoal ou de outrem (MS 14.621/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 30.6.2010).

6. Os antecedentes funcionais do impetrante não são suficientes para impedir a aplicação da penalidade porque "A Administração Pública, quando se depara com situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão ou

Superior Tribunal de Justiça

cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por tratar-se de ato vinculado" (MS 15.517/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 18.2.2011).

Segurança denegada.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS
(Relator):

Eis os fundamentos da Lei n. 8.112/90 evocados pela autoridade coatora para aplicar a pena de destituição do cargo em comissão exercido pelo impetrante (fl. 169, e-STJ):

"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;

(...)

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

(...)

XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

(...)

Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.

(...)

Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

(...)

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

Superior Tribunal de Justiça

isentar o servidor de responsabilidade. "

Para o impetrante, esses fundamentos legais do ato coator não se sustentam porque:

(a) está desprovido de fundamentação, violando o art. 128 da Lei nº 8.112/90 e malferindo ainda os postulados da legalidade, moralidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade e impessoabilidade;

(b) não houve proveito pecuniário ao impetrante nem dano ao erário, e os contratados desempenharam as atividades para as quais foram designados;

(c) não há ilicitude na conduta, havendo, quando muito, mera irregularidade.

Em suma, são essas as alegações do impetrante que buscam desconstituir a pena aplicada pela autoridade coatora.

Analiso cada qual, *de per si*.

(a) ausência de fundamentação do ato coator

Não procede a alegação de que o ato coator está desprovido de fundamentação.

A Portaria nº 617, de 9 de agosto de 2011, menciona expressamente o conteúdo do procedimento administrativo disciplinar nº 01200.004030/2010-81 como fundamento para a aplicação da penalidade de destituição do cargo em comissão.

Por sua vez, antes de expedir o ato indigitado coator, a autoridade coatora exarou circunstanciada decisão em que consigna expressamente o seguinte (fls. 171/172, e-STJ):

"Sob o argumento de que a conduta do indiciado "não teria gerado qualquer prejuízo ao erário ou serviço público federal", a Comissão propôs a aplicação da pena de advertência.

Ocorre, todavia, que a pena proposta pela Comissão contraria a prova por ela própria produzida nos autos, por isso, com fundamento no art. 168 da Lei 8.112/90 e no entendimento contido no Parecer nº 251/2011, da Consultoria Jurídica, e nos

Superior Tribunal de Justiça

Pareceres nºs QG 149/98, QG-156/98, QG-176/98, QG-139/98, QG-141/98, QG-167/98, QG-177/98, QG-183/98, GM-03/2000 e GM-05/2000, da Advocacia-Geral da União, que possuem caráter vinculante para a Administração Pública (art. 40 da LC nº 73/93), decido não acatar a proposta da Comissão de inflição da pena de advertência, mas aplicar ao servidor ALDO PINHEIRO DA FONSECA a pena de destituição do cargo em comissão de Coordenador-Geral de Apoio Técnico, Código DAS 101.4, da Secretaria-Executiva deste Ministério, prevista no art. 132, XIII, combinado com o art. 135 e 137, caput, da Lei 8.112/90, por violação ao disposto no inciso IX do art. 117 da mesma Lei, uma vez que o indiciado exerce cargo em comissão, sem vínculo efetivo por estar aposentado.

Publique-se este Despacho e a portaria, ora assinada, no Boletim de Pessoal e, em seguida, encaminhe-se o processo ao Coordenador do Sistema CGU - PAD neste Ministério, para fins do disposto nos arts. 3º e 4º, do Anexo aprovado pela Portaria-MCT nº 111/08."

O Ministério Público Federal, ao opinar sobre essa alegação do impetrante, foi enfático (fl. 390, e-STJ):

"Assim, verifica-se que a alegação do impetrante de ausência de fundamentação da decisão que o destituiu do cargo em comissão que ocupava não prospera, eis que a autoridade impetrada divergiu, fundamentadamente, da conclusão da comissão processante quanto à penalidade a ser aplicada, considerando, segundo deflui da leitura do ato que o impetrante quer anular, a natureza e a gravidade do ato — o nepotismo — bem como a agravante de sua reiteração, contaminando os antecedentes funcionais do servidor."

A jurisprudência desta Corte considera que a autoridade coatora pode discordar das conclusões da Comissão processante, desde que devidamente fundamentada. Confira-se:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. FISCALIZAÇÃO DE OBRAS. OMISSÃO NO DEVER FUNCIONAL. PREJUÍZO AO ERÁRIO. MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E TRANSPARÊNCIA.

Superior Tribunal de Justiça

AVOCAÇÃO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL. MODIFICAÇÃO DO JULGAMENTO PELA AUTORIDADE. POSSIBILIDADE. IMPROBIDADE. POSSÍVEL APLICAÇÃO NOS FEITOS DISCIPLINARES. DEVIDO PROCESSO LEGAL. OBSERVADO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Designado para fiscalizar a execução de três obras de reforma e de ampliação da sede da repartição, o impetrante foi demitido do serviço público federal, após procedimento administrativo disciplinar, por se omitir na fiscalização e atestar a realização do serviço, causando ao erário prejuízo de elevada monta, porquanto diversos pagamentos foram realizados indevidamente.

2. A avocação do procedimento administrativo disciplinar pelo Ministério do Controle e da Transparência possui fundamento na Lei n. 10.683/2003 e no Decreto n. 5.480/05, razão pela qual não há falar em malferimento do direito à ampla defesa. Precedentes: AgRg no MS 14.123/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 25.5.2009; MS 14.534/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 4.2.2010.

3. O art. 168 da Lei n. 8.112/90 permite que a autoridade contrarie as conclusões da comissão processante, desde que o faça com a devida motivação, para retificação do julgamento em atenção aos fatos e provas. Precedente: MS 16.174/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 17.2.2012.

4. A improbidade administrativa pode ser evocada pela Administração Pública federal como fundamento para aplicar a pena de demissão, não se exigindo que o Poder Judiciário se pronuncie previamente sobre a sua caracterização. Precedentes: MS 14.140/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 8.11.2012; REsp 981.542/PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 9.12.2008.

5. Como demonstrado nos autos, a observância da garantia ao silêncio foi respeitada pela comissão processante, não se justificando, portanto, a alegação de violação ao devido processo legal.

6. Caracterizada a desídia do servidor público e, em razão disso, a ocorrência de prejuízo de elevada monta ao erário, mostra-se adequada a aplicação da pena de demissão, cuja previsão expressa está contemplada nos arts. 117, XV, e 132, XIII, da Lei n. 8.112/90, do qual a autoridade não pode se afastar. Precedente.

Segurança denegada."

(MS 15.826/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS,

Superior Tribunal de Justiça

PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/5/2013)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. RELATÓRIO DA COMISSÃO PROCESSANTE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INFRAÇÃO CAPITULADA COMO PASSÍVEL DE DEMISSÃO. ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS AO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO.

1. Na esfera do Poder Executivo Federal, a competência para aplicar a pena de demissão é do Ministro de Estado a que se vincula o servidor indiciado, por força do que dispõe o art. 1º do Decreto 3.035/99.

2. A mera remessa e o recebimento dos autos de processo administrativo disciplinar não é suficiente para embasar a impetração preventiva, eis que não se pode presumir que a autoridade ora impetrada haveria de praticar ato ilegal ou abusivo que poderia vulnerar direito líquido e certo do servidor ora impetrante.

3. Ademais, não há ilegalidade no ato da Corregedoria-Geral da Polícia Rodoviária Federal que, mesmo reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva, encaminhou os autos do processo disciplinar ao Ministro de Estado da Justiça, a quem compete julgá-lo, já que a infração atribuída ao impetrante é punida, em tese, com a pena de demissão.

4. A comissão que preside o inquérito administrativo não pode se sobrepor à autoridade julgadora, aplicando de imediato as conclusões propostas em seu relatório, ao reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, pois não ostenta função judicante.

5. A autoridade julgadora não está atrelada às conclusões propostas pela comissão, podendo delas discordar, motivadamente, quando o relatório contrariar a prova dos autos, nos termos do art. 168 da Lei n.º 8.112/90.

6. Mandado de segurança denegado."

(MS 16.174/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2011, DJe 17/02/2012)

Constato que, ao contrário do que defende o impetrante, o ato coator sobeja em fundamentos e motivos para aplicar a pena de demissão ao servidor público.

(b) ausência de proveito pecuniário ao impetrante, inexistência de dano ao erário e realização dos serviços contratados

O impetrante considera que a viabilização da contratação de terceiros (irmão, nora, genro, sobrinhos) não ocasionou prejuízo algum ao erário porque os contratados desempenharam suas atribuições com eficiência.

Não procede a alegação do impetrante.

Primeiro, um dos fundamentos utilizados pela autoridade coatora para a aplicação da penalidade recai no art. 117, IX, da Lei nº 8.112/90, que proíbe o servidor público de *valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública*. O dispositivo claramente não elege o dano ao erário como razão suficiente para estabelecer referida proibição ao servidor público, como pretende o impetrante.

Além disso, considero desnecessária a constatação de eventual prejuízo porque, como já decidiu esta Corte, *"o ilícito administrativo de valer-se do cargo para obter para si vantagem pessoal em detrimento da dignidade da função pública, nos termos do art. 117, IX da Lei 8.112/90 é de natureza formal, de sorte que é desinfluyente, para sua configuração, que os valores tenham sido posteriormente restituídos aos cofres públicos após a indicição do impetrante; a norma penaliza o desvio de conduta do agente, o que independe dos resultados"* (MS 14.621/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 30.6.2010).

Segundo, a Controladoria-Geral da União, por intermédio de investigação preliminar, concluiu que o impetrante realmente valeu-se do cargo para indicar irmão, nora, genro e sobrinhos para executar serviços pagos pelo erário. Se não, veja-se (fl. 367, e-STJ):

"148. Diante de todo o exposto, há indícios de que várias pessoas foram contratadas, com recursos dos convênios, sem a devida impessoalidade no processo de seleção, bem como de que algumas dessas pessoas podem ter desempenhado atividades estranhas ao objeto do convênio. Tais contratações teriam sido realizadas por determinação do coordenador da SETEF/ASCOF à época, senhor Aldo Pinheiro da Fonseca, cuja conduta e enquadramento legal correspondente serão objeto de detalhamento no tópico IV deste Relatório Final."

Terceiro, embora o impetrante tenha negado em depoimento a

Superior Tribunal de Justiça

indicação de parentes para serem contratados, a Controladoria-Geral da União constatou o oposto, como se infere da seguinte passagem (fl. 364, e-STJ):

"137. Ao realizar fiscalização nos convênios 10.05.0027.00 e 01.06.0325.00, a SFC/CGU constatou que "(...) 41 (quarenta e uma) pessoas foram contratadas [no convênio 01.06.0325.00] em decorrência de ofícios expedidos pelo Coordenador da Secretaria Técnica dos Fundos Setoriais [Aldo Pinheiro da Fonseca] à ABIPTI, constando o nome da pessoa a ser contratada, bem como o salário a ser pago" (fl. 8, grifo nosso)."

Ressai evidente a participação direta do impetrante no processo de escolha das pessoas que deveriam ser contratadas por empresas remuneradas com verba pública, embora tenha ele negado tal fato, como se infere da fl. 111, e-STJ.

Quarto, considero que essa conduta do impetrante amolda-se ao nepotismo, afrontando a moralidade e a impessoalidade da Administração Pública.

Nesse sentido, precedentes desta Corte:

"ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – NEPOTISMO – VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – OFENSA AO ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – DESNECESSIDADE DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO.

1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em razão da nomeação da mulher do Presidente da Câmara de Vereadores, para ocupar cargo de assessora parlamentar desse da mesma Câmara Municipal.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o ato de improbidade por lesão aos princípios administrativos (art. 11 da Lei 8.249/1992), independe de dano ou lesão material ao erário.

3. Hipótese em que o Tribunal de Justiça, não obstante reconheça textualmente a ocorrência de ato de nepotismo, conclui pela inexistência de improbidade administrativa, sob o argumento de que os serviços foram prestados com 'dedicação e eficiência'.

4. O Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 12/DF, ajuizada em defesa do ato normativo do Conselho Nacional de Justiça (Resolução

Superior Tribunal de Justiça

7/2005), se pronunciou expressamente no sentido de que o nepotismo afronta a moralidade e a impessoalidade da Administração Pública.

5. O fato de a Resolução 7/2005 - CNJ restringir-se objetivamente ao âmbito do Poder Judiciário, não impede – e nem deveria – que toda a Administração Pública respeite os mesmos princípios constitucionais norteadores (moralidade e impessoalidade) da formulação desse ato normativo.

6. A prática de nepotismo encerra grave ofensa aos princípios da Administração Pública e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992.

7. Recurso especial provido."

(REsp 1009926/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 10/2/2010)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NEPOTISMO. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA-DEFESA. INEXISTÊNCIA. MANUTENÇÃO DA PENA DE CENSURA APLICADA A JUIZ DE DIREITO POR NOMEAR O PAI DE SUA COMPANHEIRA PARA O MÚNUS DE PERITO. ART. 41 DA LOMAN. ART. 125, I E III DO CPC.

1. Hipótese em que Juiz de Direito impetrou, na origem, Mandado de Segurança, objetivando invalidar a pena de censura que lhe foi aplicada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por ter nomeado o pai de sua companheira para officiar em diversas perícias médicas em processos de sua responsabilidade, na Vara onde é Titular.

2. A sindicância administrativa prescinde da observância ampla dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, anterior e preparatório à acusação e ao processo administrativo disciplinar, ainda sem a presença obrigatória do investigado.

3. Inexiste nulidade sem prejuízo. Se é assim no processo penal, com maior razão no âmbito administrativo.

4. Na arguição de nulidade, a parte deve indicar claramente o prejuízo que sofreu, bem como a vinculação entre o ato ou omissão impugnados e a ofensa à apuração da verdade substancial, daí decorrendo inequívoco reflexo na decisão da causa (CPP, art. 566). Além disso, cabe observar que, como regra

Superior Tribunal de Justiça

geral, as nulidades consideram-se sanadas se não arguidas em tempo oportuno, por inércia do prejudicado.

5. Juízes auxiliares podem participar da fase instrutória, desde que norma do Tribunal preveja expressamente a possibilidade de o Relator ou o Presidente da Corte Julgadora (in casu, o Corregedor-Geral de Justiça) designar Magistrado de categoria igual ou superior à do interessado.

6. É certo que a Loman dispõe que o magistrado não pode ser punido ou prejudicado "pelo teor das decisões que proferir" (art. 41), mas implícita nessa norma está a exigência de que essas mesmas decisões não infrinjam os valores primordiais da ordem jurídica e os deveres de conduta impostos ao juiz com o desiderato de assegurar a sua imparcialidade.

7. A Loman não se presta a acobertar, legitimar ou proteger atos judiciais que violem o princípio da moralidade administrativa, o princípio da impessoalidade ou as regras de boa conduta que se esperam do juiz.

8. A independência dos juízes não pode transmutar-se em privilégio para a prática de atos imorais. A garantia é conferida ao Poder Judiciário como instituição, em favor da coletividade, e deve ser por ele mesmo fiscalizada.

9. O fato de os despachos saneadores que nomearam o pai da companheira do recorrente serem de natureza judicial e, na hipótese, não terem recebido impugnação por recurso, em nada impede a abertura de processo disciplinar e, ao final, a punição do infrator.

10. O nepotismo e o compadrio são práticas violadoras dos mais mezinhos fundamentos do Estado Democrático de Direito e, por isso mesmo, exigíveis não só do Executivo e do Legislativo, mas, com maior razão, também do Judiciário .

11. É aberrante a nomeação, pelo juiz, de parente, cônjuge, consanguíneo ou afim, bem como de amigo íntimo, como perito do juízo, comportamento esse que macula a imagem do Poder Judiciário, corrói a sua credibilidade social e viola frontalmente os deveres de "assegurar às partes igualdade de tratamento" e "prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça" (CPC, art. 125, I e III).

12. Nos termos da Constituição Federal, a união estável é reconhecida como unidade familiar (art. 226, § 3º).

13. Recurso Ordinário não provido."

(RMS 15316/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 30/09/2009)

Quinto e último, fere a moralidade administrativa e até o senso comum médio imaginar que a Administração Pública possa ser transformada em *negócio de família*, como, aliás, adverte Emerson Garcia (Improbidade Administrativa, 4ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, págs. 401-407).

(c) alegação de ausência de ilicitude

Registro ainda que não se pode defender, como de fato defende a inicial, a ausência de ilicitude, porque o nepotismo acarreta ofensa grave aos postulados da Administração Pública. Como decidiu o STF, "*A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal*" (Rcl 6702 MC-AgR/PR, relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI).

Por derradeiro, os antecedentes funcionais do impetrante não são suficientes para impedir a aplicação da penalidade porque "*A Administração Pública, quando se depara com situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por tratar-se de ato vinculado*" (MS 15.517/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 18.2.2011). No mesmo sentido: MS 16.567/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18.11.2011). No mesmo sentido: MS 15.951/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 27.9.2011.

Não identifico o direito líquido e certo evocado pelo impetrante.

Ante o exposto, denego a segurança.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2011/0274288-1

PROCESSO ELETRÔNICO

MS 17.811 / DF

PAUTA: 26/06/2013

JULGADO: 26/06/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALDO PINHEIRO DA FONSECA
ADVOGADO : LUIZ CESAR BARBOSA LOPES E OUTRO(S)
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA
INTERES. : UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Servidor
Público Civil - Processo Administrativo Disciplinar ou Sindicância

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, denegou a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Eliana Calmon e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.