

MANDADO DE SEGURANÇA 28.801 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
IMPTE.(S) : ANTONIO HORÁCIO DA SILVA NETO
ADV.(A/S) : MIRIAN RIBEIRO RODRIGUES DE MELLO
GONCALVES
IMPDO.(A/S) : RELATOR DO PAD Nº 200910000019225 DO
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DECISÃO

1. Antônio Horácio da Silva Neto impetrou mandado de segurança contra acórdão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), formalizado no PAD n. 2009.10.0000.1922-5, por meio do qual lhe foi aplicada penalidade disciplinar.

O ministro Celso de Mello, então Relator, denegou a segurança. Da decisão o autor da ação mandamental interpôs agravo interno.

O julgamento virtual do recurso iniciou-se em 19 de julho de 2020. Após o voto do Ministro Relator, pelo desprovimento do agravo, o ministro Gilmar Mendes pediu vista.

O processo veio ao meu Gabinete, remetido pelo Ministro vistor, em razão de pedido de tutela de evidência apresentado pelo impetrante, no qual se alega fato novo (petição/STF n. 110.816/2021).

É o relatório. Decido.

2. Antes da análise do pedido de tutela formulado pelo impetrante, faz-se necessária breve síntese do ocorrido, sobretudo desde a edição do ato impugnado no presente *mandamus*.

Por intermédio de portaria do Conselho Nacional de Justiça foi

MS 28801 / DF

instaurado, de ofício, contra o então magistrado, procedimento administrativo disciplinar que veio a ser julgado procedente, impondo-se, nos termos do art. 56, II, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman), a penalidade de aposentadoria compulsória.

Inconformado, o impetrante ajuizou esta ação mandamental. O ministro Celso de Mello denegou a segurança em 4 de outubro de 2016, em decisão questionada mediante agravo.

Posteriormente, o autor protocolou petição em que alega fatos novos, com a respectiva comprovação documental, os quais, segundo sustenta, seriam capazes de influenciar no deslinde da questão (petição/STF n. 0060581, de 12 de setembro de 2018), quais sejam: (i) acórdão proferido no RAC/RNS n. 158324/2014; (ii) confirmação da promoção do arquivamento dos inquéritos civis n. 002089-023/2009 e 002037-023/2011 pelo Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso; (iii) sentença absolutória proferida na ação penal n. 5751-10.2010.8.11.0042, por atipicidade da conduta (CPP, art. 386, III), a qual transitou em julgado para o Ministério Público de Mato Grosso; e (iv) acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, prolatado no recurso em apelação criminal n. 88739/2017, em que foi “confirmada a absolvição em primeiro grau de jurisdição do respeitável Juízo DA 7ª. VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CUIABÁ/MT, agora nos termos do art. 386, inciso IV (estar provado que o réu não concorreu para a infração penal), do Código de Processo Penal e o respectivo extrato processual”, também com trânsito em julgado.

Postulou, ao fim, que os aludidos documentos fossem levados em consideração “quando da apreciação do AGRAVO interposto contra a decisão monocrática que extinguiu o *writ* sem a análise de mérito, para o fim de ser o PROVIDO e, assim, JULGADA PROCEDENTE a *actio* mandamental com a declaração nulidade da pena de aposentadoria compulsória que o CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA erroneamente

MS 28801 / DF

aplicou ao ora IMPETRANTE/AGRAVANTE ANTONIO HORÁCIO DA SILVA NETO”.

O processo foi incluído em pauta, iniciado o julgamento virtual em 22 de junho de 2020.

O ministro Celso de Mello negou provimento ao recurso. Em relação à documentação juntada, entendeu pela impossibilidade de análise, nos seguintes termos:

[...]

Observo, ainda, por necessário, **que a inovação documental produzida pelo recorrente** (fls. 1.363/1.393), **que sobreveio** ao pronunciamento da douta Procuradoria-Geral da República, **não se revela possível nem ortodoxo no presente** estágio processual, **considerada** a própria disciplina ritual **que rege** a ação de mandado de segurança.

É **que as questões** jurídicas suscitadas **em acréscimo** ao pedido veiculado na petição inicial – **notadamente** a pretendida insubsistência da decisão emanada do E. CNJ **em razão** da decisão judicial emanada do Juízo da 5ª Vara Especializada da Fazenda Pública da comarca de Cuiabá/MT (fls. 1.363/1.378v.) e *do superveniente arquivamento* do Inquérito Civil nº 11/2010 (fls. 1.379/1.393) – **não podem** ser apreciadas, por tratar-se *de elementos documentais novos, produzidos quando já transcorrido período muito superior a 120 dias*, **considerada** a data em que publicado o ato impugnado, **o que torna insuscetível** de apreciação, *nesse específico ponto*, **a pretensão** do agravante, **por claro esgotamento** do prazo decadencial (**MS 27.443-AgR/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 29.743/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Como se sabe, **tratando-se** de processo documental (**MS 7.141-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **não se justifica**, em sede de mandado de segurança, **a produção tardia** de documentos, **eis que eles** hão de ser produzidos, pelo impetrante, no momento do ajuizamento de referida ação

MS 28801 / DF

constitucional, como **reiteradamente** tem advertido o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (**RTJ 83/130**, Rel. Min. SOARES MUÑOZ – **RTJ 133/1314**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **RTJ 137/663**, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 171/326-327**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, v.g.):

*“**MANDADO DE SEGURANÇA – PROVA**. O mandado de segurança **não viabiliza** a fase probatória, **devendo vir com a inicial** os elementos de convicção quanto à ofensa a direito líquido e certo.”*

(**MS 28.538/DF**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **Pleno – grifei**)

Impõe-se advertir que o mandado de segurança – *insista-se* – **não se qualifica** como meio processual **destinado a provar fatos** (por isso mesmo inviável, *nesse procedimento sumaríssimo, qualquer* dilação probatória), **mas**, ao contrário, o “writ” mandamental **exige** prova **pré-constituída como requisito imprescindível** à constatação, *em cada situação ocorrente*, do direito líquido e certo invocado.

A “ratio” **subjacente** a esse entendimento **foi bem demonstrada** pelo eminente Professor e saudoso Ministro ALFREDO BUZAID (“Do Mandado de Segurança”, vol. I/90-91, item n. 47, 1989, Saraiva), **cuja lição** a propósito desse tema **ênfatiza** que, “para impetração de mandado de segurança, **direito e fato se integram numa unidade incindível**”, **de tal modo** que, “*se o fato não está comprovado, o direito não incidiu*”, **a significar**, portanto, que, “*se a matéria de fato é controvertida, incabível é o mandado de segurança, que pressupõe sempre direito líquido e certo fundado em fato inquestionável*” (grifei).

Impunha-se, pois, à parte ora recorrente **cumprir a obrigação processual de produzir**, desde logo, **com a inicial**, todos os documentos **essenciais** ao exame da postulação veiculada **nesta** causa mandamental.

Ato contínuo, o ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos, o que implicou a suspensão do julgamento.

MS 28801 / DF

Recentemente, o processo foi devolvido por Sua Excelência o Ministro vistor, para apreciação do pedido de tutela de evidência formulado pelo impetrante em 19 de novembro de 2021 (petição/STF n. 110.816/2021).

Na peça, o autor da ação mandamental alega, em suma:

(i) ocorrência de fatos novos no curso da impetração, os quais teriam força para influenciar no deslinde da causa;

(ii) necessidade de aplicação subsidiária, aos procedimentos disciplinares de magistrados, das Leis n. 8.112/1990 (art. 74) e 9.784/1999 (art. 65), o que não destoaria da orientação do art. 493 do Código de Processo Civil, possibilitada a apreciação de fato pelo magistrado no momento de proferir decisão, caso interfira no julgamento do processo;

(iii) identidade dos fatos justificadores da aplicação da pena de aposentadoria compulsória pelo Conselho Nacional de Justiça com os que fundamentaram a denúncia em ação penal pública incondicionada, a qual foi julgada improcedente, a partir do art. 386, III, do Código de Processo Penal, e reformada pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso tão somente em relação ao fundamento da absolvição, de atipicidade para negativa de autoria;

(iv) superveniência de sentença penal absolutória, por negativa de autoria ou materialidade do fato, o que autorizaria o desfazimento da sentença cível em sentido contrário (CPC, art. 966, VII) e a invalidação do ato administrativo sancionador;

(v) possibilidade, segundo a jurisprudência do Supremo, de, no curso de mandado de segurança, o relator acatar fato novo e anular pena administrativa disciplinar aplicada, em virtude da absolvição do impetrante na esfera penal, como é o caso dos autos;

(vi) inexistência de “falta residual”, o que levaria à anulação da penalidade administrativa imposta;

(vii) necessidade de o pronunciamento judicial que nega a autoria ou

MS 28801 / DF

a própria materialidade do fato comunicar-se à instância administrativa;

(viii) ocorrência, ante a anulação da penalidade disciplinar, de dois efeitos imediatos, um de ordem financeira – pagamento de todas as verbas devidas no período, subtraindo-se a quantia já paga por força da aposentadoria compulsória e retroativa à data da impetração – e outro funcional – contagem de tempo de serviço/contribuição para todos os fins legais.

Requer, ao fim:

“**A)** que se determine o encaminhamento dos autos ao Exmo. Sr. Ministro Relator Nunes Marques, para que o mesmo aprecie os fatos novos ora descritos e documentados, para fins, com base no art. 174 da Lei nº 8.112/1990 e, também, no art. 493 do CPC, que o mesmo conheça do fato novo trazido desde 2018 e não analisados pelo Exmo. Sr. Ministro Celso de Mello (sentença penal absolutória que negou a materialidade do fato), para, assim, decretar a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar n.º 200910000019225, que originou o acórdão administrativo do CNJ impugnado na impetração, com a consequente reintegração definitiva do impetrante ao cargo e funções judicantes antes ocupadas (Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau de Jurisdição do Tribunal de Mato Grosso), com a contagem de seu tempo de serviço para todos os efeitos legais, bem como os direitos recebidos por seus pares, como se o mesmo em atividade estivesse.

B) [...] que o pedido seja examinado em regime de urgência, pelos motivos acima declinados, em especial pelo fato de já ter se passado quase uma década abalada pela injustíssima condenação administrativa, afastada cabalmente pela instância criminal, sendo certo que cada dia que passa menos lhe aproveitará o provimento jurisdicional, pois não há como se recompor o tempo perdido de judicatura, constituindo-se numa verdadeira vitória de *pirro*, pelo menos quanto à restauração da sua dignidade funcional.”

MS 28801 / DF

Inicialmente, reputo não serem novos os fatos apontados pelo impetrante.

Em verdade, são acontecimentos supervenientes à impetração e posteriores à decisão que denegou a segurança.

Em que pese estar suspenso o julgamento deste *mandamus*, em razão de pedido de vista do ministro Gilmar Mendes, devido à inexistência de sua conclusão, é possível o exame da questão posta pelo impetrante, conforme o disposto nos arts. 932 e 933, § 2º, do Código de Processo Civil, a permitirem a apreciação de fatos supervenientes.

Ressalto, por oportuno, que o Relator à época não aceitou dois dos documentos apresentados pelo impetrante, sem, no entanto, fazer qualquer juízo de valor quanto ao mérito. O primeiro é a sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Cuiabá/MT, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelo autor, ora impetrante, para reconhecer-se a inexistência de relação jurídica de ressarcimento na qual seja obrigado a devolver ou restituir ao Estado de Mato Grosso os valores recebidos de boa-fé do Tribunal de Justiça, concernente a diferenças de teto e anuênio (fls. 114/145 do “44 – Volume”, correspondentes às fls. 1363/1378 v. do processo físico apontado no voto). O segundo refere-se ao arquivamento do inquérito civil n. 002089.023/2009 (fls. 146/174 do “44 – Volume”, fls. 1379/1393 dos autos físicos).

Todavia, não houve qualquer menção à sentença absolutória ou ao acórdão mediante o qual provido o recurso de apelação criminal para que a absolvição se desse nos termos do art. 386, IV, do Código de Processo Penal (fls. 49/83 do “45 – Volume” e fls. 19/45 do “46 – Volume” dos autos digitais).

MS 28801 / DF

Dito isso, passo à análise do pedido de tutela de evidência formulado pelo impetrante (petição/STF n. 110.816/2021).

Diante da inexistência de intimação da União para se manifestar sobre os documentos juntados pelo impetrante, nos termos do art. 311, IV, do Código de Processo Civil, recebo o requerimento como pedido de tutela de urgência (CPC, art. 300), a qual exige plausibilidade da tese jurídica e demonstração do perigo da demora e pode ser apreciada e eventualmente concedida em qualquer momento no curso do processo.

O autor desta ação mandamental noticia a superveniência de pronunciamento judicial penal que o absolveu com fundamento em negativa de autoria. Diz ter sido condenado administrativamente à aposentadoria compulsória pelos mesmos fatos.

A sanção disciplinar aplicada pelo Órgão fiscalizador se deu pelos seguintes fatos:

a) **captação de "empréstimos" de magistradas favorecidas com o pagamento de créditos pelo Tribunal de Justiça** a fim de socorrer a cooperativa de crédito ligada à Loja Maçónica "Grande Oriente do Estado do Mato Grosso";

b) participação em "comitiva" que teria procurado o Juízo da Comarca de Poconé/MT, com o objetivo de "**impressionar**" e "**pressionar**" o **Juiz da causa** - Edson Dias Reis, então Juiz Substituto - na ação cautelar inominada promovida pelo "Grande Oriente do Estado do Mato Grosso" e "Grande Loja Maçónica do Estado do Mato Grosso" em face de "SICOOB PANTANAL Cooperativa de Crédito Rural de Responsabilidade Ltda", componentes dos seus conselhos Administrativo e Fiscal e Outros;

O Ministério Público apresentou, contra, entre outros, o impetrante, denúncia pelo crime de peculato, a qual foi julgada improcedente, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal – atipicidade da

MS 28801 / DF

conduta (“45 – Volume” – fls. 49/83).

O Órgão acusador assim narrou os eventos:

O **Ministério Público Federal**, por meio do Subprocurador-Geral da República, apresentou **DENÚNCIA** com fundamento no artigo 129, I, da Constituição Federal, artigo 6º, V, da Lei Complementar nº 75/93, e nos termos do art. 105, I, a, da Constituição Federal, e art. 84, caput, combinado com os arts. 76, I e 78, III, ambos do Código de Processo Penal aduzindo a prática de delitos ora narrados, em face de:

[...]

ANTÔNIO HORÁCIO DA SILVA NETO, brasileiro, casado, Juiz de Direito, residente e domiciliado na rua “E”, nº 27, casa 6, bairro Flamboyant, Cuiabá-MT (Vol. 13, fl. 3185/6).

A acusação é de crime de **peculato** (art. 312 do Código Penal), conforme provas existentes nos autos do inquérito em referência, composto de 14 volumes e 59 apensos e a seguir narrados.

[...]

4 - Por volta de agosto de 2003, a Loja Maçônica “Grande Oriente de Mato Grosso”, sob a Presidência do denunciando JOSÉ FERREIRA LEITE, deliberou criar uma cooperativa de crédito; e, como não dispunha de conhecimentos nem meios operacionais necessários para viabilizar seu projeto, firmou convênio com a Cooperativa de Crédito Rural do Pantanal – SICOOB, a qual instalou um posto de atendimento nas dependências da GOEMT e se incumbiu de fazer a captação de recursos junto aos cooperados e gerir os respectivos recursos.

No entanto, por fatos que não foram objetos desta investigação, logo após aquele convênio, a SICOOB apresentou estado falimentar, foi descredenciada pelo Banco Central e veio a encerrar suas atividades no final do ano de 2004, deixando um desfalque de aproximadamente R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

5 Diante do iminente prejuízo dos cooperados, os denunciandos, na condição de maçom e/ou dirigente da Loja Maçônica patrocinadora do malsucedido empreendimento, sentiram-se no dever moral ou no

MS 28801 / DF

interesse de ressarcir os cooperados. Assim, sob a liderança de JOSÉ FERREIRA LEITE, articularam um grupo de maçons que dispunham de boas condições econômicas de cujo grupo eles próprios faziam parte – para saldarem os compromissos da cooperativa de crédito da Loja Maçônica, de modo a que os cooperados não arcassem com os prejuízos causados pelos administradores da SICOOB. A recuperação desse dinheiro pelos maçons participes daquele grupo ficaria na dependência do resultado da ação judicial movida pela Loja Maçônica contra os administradores da SICOOB.

6 - No mês de dezembro de 2004, os denunciandos aportaram recursos pessoais à Loja Maçônica, valendo-se para isto de empréstimos junto à Cooperativa de Crédito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso - CREDJUD- nas seguintes importâncias:

[...]

***ANTÔNIO HORÁCIO DA SILVA NETO – 50.000,00**
(provenientes de empréstimo junto à CREDIJUD).*

Conforme já dito, o resgate desses empréstimos pela Loja Maçônica aos denunciandos estaria condicionado a incerto resultado de ação judícia da Loja Maçônica em face dos administradores da SICOOB.

7 - Mas aquela contribuição financeira pessoal dos denunciandos era apenas aparente. Com efeito, para não arcarem com os ônus econômicos desse aparente ato de "solidariedade" aos cooperados, os denunciandos, ainda sob liderança de JOSÉ FERREIRA LEITE, engendraram um meio de desviar dinheiro público, afeto ao Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso, em proveito dos cooperados da cooperativa da Loja Maçônica "Grande Oriente de Mato Grosso", e, por fim, em benefício deles próprios - denunciandos - na dependência de a Loja Maçônica vir a se ressarcir dos prejuízos causados pelos gestores da SICOOB.

Esse meio seria viabilizado pela circunstância de o denunciando JOSÉ FERREIRA LEITE ser gestor das verbas orçamentárias destinadas ao Judiciário daquele Estado e os denunciandos MARCELO SOUZA DE BARROS, MARCOS AURÉLIO DOS REIS FERREIRA e ANTÔNIO HORÁCIO DA SILVA NETO serem seus auxiliares na Presidência do Tribunal de Justiça, amigos de

MS 28801 / DF

confiança e confrades na Loja Maçônica.

O meio consistiria em efetuar depósitos em suas respectivas contas bancárias, a título de pagamento de pretensas verbas funcionais, valores esses que seriam transferidos à Loja Maçônica, para o ressarcimento dos cooperados - conforme será melhor descrito adiante.

8 - Porém, o montante arrecadado entre os maçons que faziam parte daquele grupo, incluindo-se os denunciandos, não era suficiente para saldar os compromissos da Loja Maçônica junto aos cooperados, na importância aproximada de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais [sic]).

Assim, os denunciandos, sempre sob a liderança de JOSÉ FERREIRA LEITE, ampliaram o grupo daqueles magistrados que iriam receber depósito em conta bancária, a título de pagamento de supostas verbas devidas pelo Tribunal de Justiça, decorrentes de direitos relacionados ao vínculo funcional, e que não teriam sido pagas na época devida; e, posteriormente, esses valores seriam transferidos, em parte, à Loja Maçônica. É o que vieram a fazer.

9 - Para isso, aproveitaram-se da circunstância de que a gestão do dinheiro público por aquele Tribunal, especialmente no que se refere a pagamento a magistrados - que aqui interessa - era realizada de forma totalmente caótica e arbitrária, em desacordo com as normas da gestão pública e em frontal desobediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, preconizados pela Constituição Federal (art. 37).

Esses fatos são aqui mencionados apenas circunstancialmente, pois não constituíram o objeto precípua da investigação criminal, mas constituem objeto de "ação civil pública de improbidade administrativa cumulada com ressarcimento de danos ao erário", promovida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso, conforme cópia de petição inicial às fls. 803/865, Vol. 3.

Nessa situação de verdadeira opacidade administrativa é que os denunciandos encontram o meio para consumarem o peculato.

[...]

11 - Assim, o então Presidente do Tribunal e Justiça, em conluio com seus auxiliares, ora denunciandos, no período de novembro/2004

MS 28801 / DF

a fevereiro/2005, realizou depósito na conta bancária de um elevado número de magistrados, à revelia de qualquer critério objetivo - seja quanto à ordem de antiguidade dos supostos créditos, seja quanto à ordem de antiguidade dos magistrados, seja quanto à proporção entre o total do crédito supostamente devido e a parcela paga - mas com base em seu critério discricionário - e que tinha por finalidade desviar dinheiro público em proveito da Loja Maçônica.

Conforme já referido, os depósitos foram realizados a um número elevado de magistrados. Muitos deles não mantinham relação de amizade nem de dependência funcional-administrativa com o Presidente do Tribunal e seus auxiliares, não eram maçons nem pessoas de sua confiança, de quem ele pudesse solicitar colaboração para o socorro à Loja Maçônica. Esses receberam o depósito ou porque eles próprios faziam parte da Administração - conforme é o caso do Vice-Presidente do Tribunal e do Corregedor Geral de Justiça - ou para se "diluir" a relação daqueles magistrados que em face das circunstâncias mencionadas poderiam contar com a sua colaboração no socorro à Loja Maçônica.

Mas, apesar desse disfarce, resta evidente que aqueles magistrados com os quais os denunciandos poderiam contar com o "favor" de emprestarem à Loja Maçônica o dinheiro público que lhes seria depositado, esses magistrados figuram no topo da lista, como aqueles que mais receberam, sem que haja qualquer explicação legal ou regulamentar para isso.

*12 - Concomitantemente à realização dos depósitos, e ainda sob a orientação de **JOSÉ FERREIRA LEITE**, os denunciandos **MARCELO SOUZA DE BARROS**, **MARCOS AURÉLIO DOS REIS FERREIRA** e **ANTÔNIO HORÁCIO DA SILVA NETO** entraram em contato com os magistrados que, pelas circunstâncias acima narradas, eram passíveis de atender à solicitação do "favor", comunicando-lhes a realização do depósito bancário e, ao mesmo tempo, disseram-lhes que precisavam do dinheiro - por vezes declarando que era para socorrer a Loja Maçônica, por vez não deixando claro para que se precisava do dinheiro. Ainda mais: prevalecendo-se daquelas circunstâncias acima mencionadas, que lhes asseguravam poder de influência sobre os colegas de magistratura, os*

MS 28801 / DF

denunciandos induziram esses magistrados a transferir a eles, denunciandos, parte do valor que lhes havia depositado, de modo que os denunciandos fossem - e realmente vieram a ser - "ressarcidos" do empréstimo que haviam feito à Loja Maçônica. E, alto continuo, os denunciandos transferiram seu crédito junto à Loja aos magistrados não maçons, que assim, passaram a arcar com os riscos da insolvência da cooperativa da Loja Maçônica.

13 - Engendrado pelo denunciandos o meio de obterem os recursos a serem transferidos à Loja Maçônica para que esta saldasse seu compromisso perante os cooperados, vieram eles a executar o plano criminoso, conforme a seguir de forma individualizada

[...]

O Ministério Público Federal, denunciou os réus na forma abaixo:

[...]

ANTÔNIO HORÁCIO DA SILVA NETO, como incurso no art. 312, combinado com o art. 71 (3 ações) e com o art. 29 do Código Penal"

O réu/impetrante interpôs recurso de apelação criminal, que acabou provido para que a absolvição ocorresse nos termos do art. 386, IV, do Código de Processo Penal ("46 – Volume – fls. 19/45). Eis o teor da ementa então redigida:

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – ATIPICIDADE DAS CONDUtas – INTELECÇÃO DO ART 386, III, DO CPP – PRETENSa MODIFICACAO DO FUNDAMENTO LEGAL DO DECRETO ABSOLUTÓRIO – SUSCITADA A HIPÓTESE DE COMPROVAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DO FATO E DA NEGATIVA DE AUTORIA, NOS MOLDES DO ART. 386, I E IV, DO CPP – PROCEDÊNCIA – RÉUS QUE EFETIVAMENTE NÃO PODERIAM TER CONCORRIDO PARA A PRÁTICA DO FATO – ABSOLVIÇÃO COM FINCAS NO ART. 386, IV, DO CPP – MEDIDA INARREDÁVEL – RECURSOS PROVIDOS.

Imperativa a absolvição com base no art. 386, IV, do CPP,

MS 28801 / DF

quando há juízo de certeza de que os autores não concorreram para a prática supostamente delitiva.

Confrontando os fatos embasadores da aplicação da pena de aposentadoria compulsória na esfera administrativa e aqueles que fundamentaram o pronunciamento judicial de absolvição pela negativa de autoria, verifico existir identidade entre eles.

A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, embora seja pela independência das instâncias penal e administrativa, considera a repercussão da primeira sobre a segunda quando assentada a negativa de autoria ou a inexistência do fato. Confira-se, nesse sentido, os precedentes representados pelas seguintes ementas:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO QUANTO À AUSÊNCIA DE JUNTADA DE DOCUMENTOS. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA PENAL COM BASE NO ART. 386, III e VI, DO CPP. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. NECESSIDADE DE PRÉVIA SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO NESTA FASE PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. As instâncias das esferas civil, penal e administrativa são autônomas e não interferem nos seus respectivos julgados, **ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria.** (Precedente: RMS 26.510/ RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 26/3/2010 - grifei)

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RMS 26951 AgR, ministro Luiz Fux, DJe de 18 de novembro de 2015)

MS 28801 / DF

Agravo regimental em mandado de segurança.

2. Direito Administrativo.

3. Decisões do Tribunal de Contas da União.

4. Concessão da segurança. Autonomia das instâncias penal, civil e administrativa, ressalvadas as hipóteses de inexistência material do fato e de negativa de autoria.

[...]

7. Agravo regimental desprovido.

(MS 33214 AgR, ministro Gilmar Mendes, *DJe* de 6 de agosto de 2019 – grifei)

Acerca da aplicação desse entendimento também em mandado de segurança, cito, em caso fronteiro, esta decisão:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. PENA DE DEMISSÃO. IMPOSIÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTE NO ÂMBITO PENAL. PENALIDADE DESCONSTITUÍDA. RECURSO PROVIDO.

1. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem nortear a Administração Pública como parâmetros de valoração de seus atos sancionatórios, por isso que a não observância dessas balizas justifica a possibilidade de o Poder Judiciário sindicar decisões administrativas.

2. A Lei 9.784/1999 dispõe que “Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

3. O cerceamento de defesa é inexistente, em face de ato de presidente da comissão que indefere pedidos que, a seu critério,

MS 28801 / DF

não influem para o esclarecimento dos fatos, mercê de não demonstrado o eventual prejuízo alegado.

4. *In casu*: a) A Comissão Disciplinar sugeriu a aplicação de uma pena de suspensão pelo prazo de 90 dias; b) O ato administrativo fundou-se no fato de que “67- Também ficou comprovado o envolvimento do indiciado Ermino Moraes Pereira, ocupante do cargo de Assistente de Administração, SIAPE nº 07071912, residente e domiciliado na Cidade Nova VI, WE nº 46-B, nº 371, no Município de Ananindeua-PA, nas irregularidades, por ter auxiliado a empresa ACTT na liberação de certidões junto a Superintendência Regional do INCRA do Pará, bem como por não ter levado ao conhecimento da autoridade competente que a empresa ACTT era gerida e funcionava na casa do servidor Jorge Bartolomeu Pereira Barbosa. 68- O servidor em questão também foi denunciado pelo Ministério Público Federal, pois é réu no Processo Judicial nº 2006.39.02.000204-4, *verbis*: [...] A seu turno, ERMINO MORAES PEREIRA, vulgo Chumbinho, exercia importante papel na liberação dos documentos, em favor de interessados na aquisição de cadastros de terras públicas, dada a inegável influência exercida perante o corpo de servidores do INCRA em Belém, mesmo estando afastado de suas atribuições originais, em virtude de ter sido cedido à assessoria de imprensa do deputado federal Jose Priante”; c) **Embora seja reiterada nesta Corte a orientação no sentido da independência das instâncias penal e administrativa, e de que aquela só repercute nesta quando conclui pela inexistência do fato ou pela negativa de sua autoria (MS 21.708, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 18.08.01, MS 22.438, rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.02.98), não se deve ignorar a absolvição do recorrente na Ação Penal nº 2006.39.02.00204-0, oriunda do Processo Administrativo Disciplinar nº 54100.001143/2005-52, sob a justificativa de falta de provas concretas para condenação do recorrente, a qual merece a transcrição, *in verbis*: “Neste ato, ABSOLVO os réus ALMIR DE LIMA BRANDÃO, ERMINO MORAES PEREIRA e JOSÉ OSMANDO FIGUEIREDO, por inexistir prova bastante**

MS 28801 / DF

de seu concurso para a prática da infração penal (art. 386, inc. V, CPP), consoante fundamentação.”; d) É consabido incumbir ao agente público, quando da edição dos atos administrativos, demonstrar a pertinência dos motivos arguidos aos fins a que o ato se destina [Celso Antônio Bandeira de Mello – RDP90/64]; e) Consoante disposto no artigo 128 da Lei nº 8.112/90, na aplicação da sanção ao servidor devem ser observadas a gravidade do ilícito disciplinar, a culpabilidade do servidor, o dano causado ao erário, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. Em outras palavras, a referida disposição legal impõe ao administrador a observância dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação de sanções; **f) A absolvição penal, que, *in casu*, ocorreu, nem sempre vincula a decisão a ser proferida no âmbito administrativo disciplinar, sendo certo que não há comprovação, no caso *sub judice*, da prática de qualquer falta residual de gravidade ímpar capaz de justificar a sua demissão;** g) Na hipótese dos autos, conforme o relatório do Processo Administrativo Disciplinar, o recorrente teria, supostamente, facilitado a liberação de documentos aos interessados na aquisição de cadastros de terras públicas, em razão de sua influência, mesmo estando afastado de suas atribuições originárias; **h) Mercê de o delito acima, que é grave, não ter sido comprovado no âmbito Penal, não se tem notícia da prática de outros atos irregulares por parte do recorrente, podendo-se afirmar que se trata de servidor público possuidor de bons antecedentes, além de detentor de largo tempo de serviço prestado ao Poder Público;** i) *Ex positis*, dou provimento ao presente recurso ordinário em mandado de segurança para desconstituir a pena de demissão cominada a Ermino Moraes Pereira e determinar sua imediata reintegração ao quadro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança provido para desconstituir a penalidade de demissão imposta ao ora recorrente.

MS 28801 / DF

(RMS 28.208, ministro Luiz Fux, *DJe* de 20 de março de 2014 – grifei)

Como ressaltou, no precedente transcrito, Sua Excelência o ministro Luiz Fux, não pode ser ignorado o fato de o impetrante ter sido absolvido na esfera criminal. Há mais razão ainda para isso na hipótese dos autos em exame, uma vez que o fundamento para a absolvição foi a negativa de autoria (CPP, art. 386, IV), pronunciamento que vincula eventual decisão administrativa punitiva embasada nos mesmos eventos.

Assim, vislumbro a plausibilidade jurídica do pedido do impetrante e tenho como configurado o perigo da demora no atendimento.

Apesar de transcorridos mais de dez anos desde a impetração, é fato notório que os valores recebidos em razão de aposentadoria são menores do que aqueles auferidos na atividade.

A par disso, a pena disciplinar aplicada – aposentadoria compulsória –, dada sua natureza e gravidade, compromete sobremaneira o bom nome do magistrado, por ser medida infamante e ensejadora de constrangimento em seu dia a dia.

Quanto ao pedido de efetivação imediata da “contagem do seu tempo de serviço para todos os efeitos legais, bem como os direitos recebidos por seus pares, como se o mesmo estivesse na atividade”, entendo não ser cabível, neste momento processual, o deferimento, em razão do previsto na Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009 (art. 7º, §§ 2º e 5º); na Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do poder público; e na Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

3. Do exposto, defiro em parte o pedido de tutela de urgência, tão somente para deconstituir a pena de aposentadoria compulsória

MS 28801 / DF

aplicada ao impetrante e determinar sua imediata reintegração ao quadro de magistrados do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

4. Manifestem-se a União e o Ministério Público Federal, no prazo de 5 dias, sobre a petição/STF n. 110.816/2021 e os documentos que a acompanham.

5. Intimem-se. Publique-se.

6. Efetuadas as intimações devidas, retornem os autos.

Brasília, 24 de março de 2022.

Ministro NUNES MARQUES

Relator