

06/09/2016

SEGUNDA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 33.937 DISTRITO
FEDERAL**

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
RECTE.(S) : HAMILTON FIORAVANTI
ADV.(A/S) : DANIEL LEON BIALSKI
RECDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REGÊNCIA: CPC/1973. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E INDIGNIDADE NA FUNÇÃO PÚBLICA. PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA CAPITULADA COMO CRIME: PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NA LEI PENAL. PRECEDENTES. INDEPENDÊNCIA RELATIVA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA: ATO VINCULADO. PRECEDENTES. CONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA (ART. 134 DA LEI N. 8.112/1990). PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS NA VIA ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, **em negar provimento ao recurso ordinário**, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 6 de setembro de 2016.

RMS 33937 / DF

Ministra CÁRMEN LÚCIA - Relatora

07/06/2016

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 33.937 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
RECTE.(S) : HAMILTON FIORAVANTI
ADV.(A/S) : DANIEL LEON BIALSKI
RECDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Hamilton Fioravanti contra julgado da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que denegou o Mandado de Segurança n. 20.936/DF, impetrado contra ato do Ministro da Fazenda ao término do Processo Administrativo Disciplinar n. 16302.000046/2010-44 (SRF-8RF-ESCOR-SP), pelo qual aplicada pena de cassação de aposentadoria do Impetrante, Auditor-Fiscal da Receita Federal inativo,

“por ato de improbidade administrativa e por valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com fundamento nos arts. 134 e 132, incisos IV e XIII, este combinado com o art. 117, inciso IX, todos da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com restrição de retorno ao serviço público federal, nos moldes do art. 137, parágrafo único, do mesmo diploma legal” (fl. 59 do Evento n. 11).

2. Em 12.8.2015, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça denegou a ordem em acórdão com a seguinte ementa:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA

RMS 33937 / DF

DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. ART. 117, IX C/C ART. 132, IV E XIII, DA LEI 8.112/1990. OPERAÇÃO 14 BIS . CONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DISCIPLINAR. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA REGRA DO ART. 142, § 2º, DA LEI 8.112/1990 C/C ART. 109, II, DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PROVAS. INOCORRÊNCIA. PROPORCIONALIDADE DA PENALIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Pretende o impetrante, ex-Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, a concessão da segurança para anular o ato coator que cassou a sua aposentadoria, em razão da prática de infração disciplinar tipificada no art. 132, inc. IV (improbidade administrativa) e XIII (transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117) c/c art. 117, IX (valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública) da Lei 8.112/1990, ao fundamento da inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, da prescrição da pretensão punitiva disciplinar, a inexistência de provas contundentes da infração disciplinar e a desproporcionalidade da penalidade aplicada.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 23.299/SP, da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 06/03/2002, reconheceu a constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria prevista no art. 127, IV e 134 da Lei 8.112/1990. No mesmo sentido decidiu a 1ª Seção do STJ, no julgamento do MS 17.537/DF, da relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima, relator p/ o acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julg. em 11/03/2015, Dje 09/06/2015.

3. Em relação ao prazo prescricional, incide no casu a regra do § 2º do art. 142 da Lei 8.112/1990, segundo a qual 'os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime', isto porque o impetrante também foi denunciado na esfera penal nos autos da Ação Penal nº 2006.61.05.009503-4, em trâmite perante a 1ª Vara de Criminal

RMS 33937 / DF

Federal Especializada em Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Valores da Subseção Judiciária de Campinas - SP, pela prática dos crimes de contrabando e descaminho (art. 318 do Código Penal), corrupção passiva (art. 317 do Código Penal c/c art. 3º, II, da Lei 8.137/1990) e formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal).

4. Considerando-se as penas máximas in abstracto para os crimes imputados ao impetrante, o prazo prescricional é de 16 (dezesseis) anos, na forma do inciso II do art. 109 do Código Penal.

5. O ilícito apenas se tornou conhecido pela Administração Pública em 18 de agosto de 2006, quando do recebimento pela Corregedoria-Geral da RFB do Ofício 113/2006-VAB, oriundo da 1ª Vara de Criminal Federal Especializada em Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Valores da Subseção Judiciária de Campinas - SP, acompanhado da cópia da denúncia criminal oferecida pela Procuradoria da República contra o impetrante e outros servidores públicos, apuradas na Operação Policial denominada Operação 14 Bis. Em 31 de março de 2010, antes de decorrido o prazo prescricional, foi instaurado Processo Administrativo Disciplinar, para apuração da conduta ilícita imputada ao impetrante, o que importou na interrupção da contagem do prazo prescricional, que se reiniciou após 140 dias, ou seja, em 21/03/2011. Hipótese em que a penalidade foi aplicada em 13/12/2013, ou seja, antes de decorrido o prazo prescricional do art. 109, II do Código Penal c/c art. 142, § 2º, da Lei 8.112/1990, o qual findar-se-ia apenas em 21 de março de 2027, não havendo que se falar em prescrição da pretensão punitiva disciplinar.

6. Das provas pré-constituídas e acostadas aos autos, em especial das interceptações telefônicas e dos termos de depoimentos e interrogatórios prestados tanto no âmbito do processo penal, como no processo administrativo, revela-se que o conjunto probatório produzido no PAD foi mais que suficiente para comprovar a prática da infração disciplinar pelo impetrante, o qual, utilizando-se da sua condição de Chefe da Equipe de Trânsito Aduaneiro (Eqtran) do Aeroporto de Viracopos, em Campinas/SP, exigiu vantagem pecuniária indevida, consubstanciada em US\$ 5,000.00 (cinco mil

RMS 33937 / DF

dólares americanos) e 05 (cinco) aparelhos PALM TOP, modelo TREO 650, para possibilitar a concessão de trânsito aduaneiro de mercadorias amparadas pela DTA 05/0423487-0, retidas naquele setor em razão de indícios de subfaturamento.

7. O depoimento de co-autor deve ser sopesado em confronto com os demais elementos de provas constantes do autos, não podendo ser adotado de forma isolada, como pretende o impetrante, a fim de comprovar a sua inocência.

8. A MM. Juíza Federal da 1ª Vara de Criminal Federal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Valores da Subseção Judiciária de Campinas - SP julgou PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal formulada nos autos da Ação Penal nº 2006.61.05.009503-4, distribuído por dependência ao Processo nº 2005.61.05.003964-6, para condenar o impetrante como incurso nas penas dos arts. 317, § 1º e 318, do Código Penal, em concurso material, absolvendo-o com base no art. 386, VII, do CPP (não existir prova suficiente para a condenação), da prática dos delitos tipificados no art. 3º, II, da Lei 8.137/1990 c/c art. 288 do Código Penal, em razão dos mesmos fatos apurados no PAD 16302.000046/2010-44, fixando a pena privativa de liberdade em 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa, em regime semi-aberto, vedada a substituição da pena, pendente de julgamento de apelo pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

9. A pena de cassação de aposentadoria imposta ao impetrante atendeu aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo que se falar em violação do art. 128 da Lei 8.112/1990, porquanto há adequação entre o instrumento (processo administrativo disciplinar) e o fim (aplicação da pena), que a medida é exigível e necessária, diante da gravidade da conduta perpetrada pelo impetrante, o qual utilizou-se da condição de Chefe da Equipe de Trânsito Aduaneiro do Aeroporto de Viracopos, em Campinas/SP, para obter vantagem indevida a fim de possibilitar a concessão de trânsito aduaneiro de mercadorias amparadas pela DTA 05/0423487-0 e retidas naquele setor em razão de indícios de subfaturamento, o que evidencia a prática da infração disciplinar capitulada o art. 117, IX, da

RMS 33937 / DF

Lei 8.112/1990 e o acerto da pena aplicada, ainda mais quando inexistente outro meio legal para se chegar ao mesmo resultado e tampouco a medida é excessiva ou se traduz em resultado indesejado pelo sistema jurídico.

10. A suposta inexistência de prejuízo ao Erário ou que este seria mínimo não tem o condão de, por si só, afastar o enquadramento dado à conduta, pois trata-se de delito funcional, expressamente previsto na norma, e que restou claramente comprovado pelo conjunto probatório colhido no PAD.

11. Segurança denegada” (fls. 105-107 do Evento n. 13, DJe 11.9.2015).

3. Esse julgado é o objeto do recurso ordinário interposto em 29.9.2015, no qual o Recorrente alega não ter praticado ilicitude a justificar a pena aplicada, não havendo provas de requerimento ou obtenção de vantagem indevida no episódio investigado, consubstanciado na liberação de carga retida por pretensa fraude no preço constante da Declaração de Trânsito Aduaneiro n. 05/0423487-0, quando do desembarço no aeroporto de Viracopos, em Campinas/SP.

Assevera ter o despachante aduaneiro responsável pela importação da mercadoria, investigado pela Polícia Federal, requerido propina em nome do Recorrente, Chefe da Equipe de Trânsito Aduaneiro, para liberação da carga mencionada, o que seria *“uma mentira articulada tão somente para a locupletação daquele próprio despachante”* (fl. 50 do Evento n. 14).

Insiste na prescrição da pretensão punitiva disciplinar, argumentando ter o processo administrativo disciplinar sido instaurado depois do transcurso de cinco anos da ocorrência dos fatos investigados.

Sustenta, com base nos fundamentos expostos no voto vencido constante do acórdão recorrido, a ilegalidade na aplicação de pena disciplinar de cassação de aposentadoria, *“quer porque não existem indícios*

RMS 33937 / DF

quanto a eventual conduta ilícita supostamente praticada pelo Suplicante, quer porque a ação penal na qual fora submetido ainda não se ultimou, quer porque a aposentadoria do Recorrente é direito alimentar e previamente adquirido, de modo que sua negativa ofende INALIENÁVEL DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE GOZAR E USUFRUIR de direito previamente alcançado” (fl. 55).

Pondera que a transmutação do instituto da aposentadoria de benesse ao servidor em direito de caráter retributivo, pela edição das Emendas Constitucionais ns. 3/1993 e 20/1998, impede a aplicação da pena de cassação do benefício previdenciário, sob pena de se afrontarem os arts. 40, *caput*, e 195, § 5º, da Constituição da República, *“justamente por haver se tornado regra obrigatória o custeio da previdência pelos próprios servidores, devendo-se observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial dos benefícios, não poderiam ser simplesmente desconsiderados todos os aportes realizados pelo servidor ora Recorrente com essa finalidade, como mera consequência de sanção disciplinar, extirpando-lhe o direito ao benefício previdenciário a que faz jus”* (fl. 62).

Observa inexistir condenação transitada em julgado na esfera penal e ser de natureza alimentar o benefício previdenciário, pelo que sua cassação, *“por causa alheia à legislação previdenciária aplicável, importa em relegar o servidor à situação de absoluta indigência, privando-o dos recursos indispensáveis à sua sobrevivência, justamente no momento em que normalmente já não ostenta plenas condições de trabalho”* (fl. 63).

Insiste na desproporcionalidade da pena aplicada, *“porque a cassação dos proventos irá se prolongar até o fim da vida do Recorrente, inexistindo uma relação valorativa equivalente entre o ato supostamente praticado e a pena imposta”* (fl. 63).

4. Requer o provimento do recurso ordinário, para ser anulada a cassação da aposentadoria e para *“continuar percebendo regularmente o benefício previdenciário para o qual, arduamente, contribuiu ao longo de*

RMS 33937 / DF

décadas" (fl. 67).

5. A União apresentou contrarrazões (fls. 78-88).

6. Em 11.11.2015, o recurso foi admitido pela Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça (fl. 94).

7. A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer em 16.2.2016, opinando pelo desprovimento do presente recurso ordinário (Evento n. 17).

É o relatório.

07/06/2016

SEGUNDA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 33.937 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. O Recorrente pretende seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, considerada a data do conhecimento do fato como termo inicial de contagem do prazo (18.8.2006) e a data de aplicação da penalidade impugnada (13.12.2013).

O acórdão recorrido harmoniza-se com a orientação deste Supremo Tribunal de bastar a capitulação da infração administrativa como crime para ser considerado o prazo prescricional previsto na lei penal, como assentado nos seguintes julgados: Mandado de Segurança n. 24.013/DF, Redator para o acórdão o Ministro Sepúlveda Pertente, Plenário, DJ 1.7.2005; Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 31.506/DF, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 26.3.2015; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 30.965/DF, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 26.10.2012.

O fato imputado ao Recorrente caracteriza os crimes de contrabando e descaminho, corrupção passiva e associação criminosa, capitulados respectivamente nos arts. 318, 317 e 288 do Código Penal (Ação Penal n. 2006.61.05.009503-4), atraindo-se a incidência da norma contida no § 2º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990, segundo a qual se determina a consideração do prazo prescricional previsto na lei penal: dezesseis anos na espécie vertente (art. 109, inc. II, do Código Penal).

Não haveria cogitar-se do transcurso do prazo prescricional da pretensão punitiva, como assentado no voto prevalecente no acórdão recorrido.

RMS 33937 / DF

2. Tampouco a inocorrência de trânsito em julgado da sentença condenatória na esfera penal mostra-se relevante, pelo princípio da independência relativa entre as instâncias administrativa e penal, a significar a atuação simultânea das esferas, sem afetarem-se umas às outras, ressalvadas as hipóteses de reconhecimento, na esfera criminal, da inexistência do fato ou da negativa de autoria (Mandado de Segurança n. 25.880/DF, Relator o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 16.3.2007; Recurso Extraordinário com Agravo com Repercussão Geral n. 691.306/MS, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário Virtual, DJe 11.9.2012; Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 521.569/PE, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 14.5.2010; Mandado de Segurança n. 21.708, Redator para o acórdão o Ministro Maurício Corrêa, Plenário, DJ 18.5.2001; Mandado de Segurança n. 22.438, Relator o Ministro Moreira Alves, Plenário, DJ 6.2.1998), o que não ocorreu na espécie vertente.

3. Quanto à alegada desproporcionalidade na aplicação da pena de demissão, este Supremo Tribunal assentou que *“os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são impassíveis de invocação para banalizar a substituição de pena disciplinar prevista legalmente na norma de regência dos servidores por outra menos grave”* (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 30.455/DF, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 25.6.2012), pois, *“uma vez presente, a equação ‘tipo administrativo e pena aplicada’ exclui a tese da ausência de proporcionalidade”* (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24.956, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ 18.11.2005).

Foram imputados ao Recorrente ato de improbidade administrativa e transgressão ao inc. IX do art. 117 da Lei n. 8.112/1990, cuja penalidade de demissão está prevista nos incs. IV e XIII do art. 132, a qual será convertida em cassação de aposentadoria se inativo o servidor (art. 134), sendo assim ato vinculado, descabendo ao Administrador qualquer

RMS 33937 / DF

valoração, competindo-lhe unicamente aplicar a penalidade prescrita, pelo que despidendo cogitar-se de razoabilidade ou proporcionalidade.

4. Não procede a alegação de inconstitucionalidade do art. 134 da Lei n. 8.112/1990.

Em 6.3.2002, no julgamento do Mandado de Segurança n. 23.299/DF, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

“EMENTA: I. Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (L. 8.112/90, art. 134): constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e improcedente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito. (...) IV. Processo administrativo-disciplinar: congruência entre a indicição e o fundamento da punição aplicada, que se verifica a partir dos fatos imputados e não de sua capitulação legal” (Plenário, DJ 12.4.2002).

Naquela oportunidade, o Ministro Sepúlveda Pertence, Relator, enfatizou:

“Não há cogitar, igualmente, de ofensa ao ato jurídico perfeito da aposentadoria: a cassação da inatividade remunerada do servidor público é pena disciplinar legalmente prevista. À qual não se pode opor, como ato jurídico intangível, a concessão da aposentadoria, cuja existência, ao contrário, constitui o antecedente necessário de sua aplicabilidade.

De resto – como já assentado sem discrepância pelo Tribunal – ‘o ato jurídico perfeito impede que se desconstitua aposentadoria pela aplicação de lei posterior a ela, mas não há que se invocar esse princípio, que se situa no âmbito do direito intertemporal, para se pretender a inconstitucionalidade de lei que, com relação às aposentadorias ocorridas posteriormente a esta, comine sua cassação pela prática, na atividade – e, portanto, anteriormente à sua concessão, de falta punível com demissão’ (MS 22.728, Moreira Alves, DJ de 13-11-98)”.

RMS 33937 / DF

Esse entendimento tem sido reiterado em processos posteriores: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.198, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 27.11.2012; Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 729, Relator o Ministro Presidente Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 22.6.2015; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 866.877, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 9.9.2015; e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24.557, Relator o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 2.9.2003.

5. A autoridade administrativa competente realizou a análise materialmente valorativa das circunstâncias do processo para verificação da prática de conduta não permitida ao servidor, tendo a comissão processante asseverado:

“jamais afirmou sobre a incidência de improbidade administrativa culposa, valimento culposo de cargo ou corrupção passiva culposa. Na verdade, até por ter demonstrado logicamente a participação do servidor Hamilton nos fatos, a convicção da Comissão é a de que ele agiu conscientemente, pois ninguém solicita, negocia e recebe vantagens culposamente. A Defesa se limitou a afirmar que o indiciado ‘nunca agiu com dolo’, que os ‘vinte diálogos são ontologicamente falsos’, sem no entanto apresentar qualquer contraprova que contestasse, contradissesse ou desqualificasse a prova emprestada” (fl. 29 do Evento n. 10).

O reexame dessa questão é providência vedada ao Poder Judiciário, como assentado, por exemplo, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 31.494, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 6.12.2013; no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 28.638, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 15.10.2013; e no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24.256/DF, este com a seguinte ementa:

RMS 33937 / DF

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. LEI N. 8.112/90, ART. 132, INCISOS IV E XIII. DEMISSÃO DE SERVIDORA. AMPLA DEFESA. AUTORIA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA.

Faltas disciplinares apuradas em processo administrativo que correu regularmente, com observância do princípio da ampla defesa, não havendo resultado demonstrado, por outro lado, que os atos punidos eram alheios à competência da servidora, como alegado.

Impossibilidade de substituição da pena imposta sem reexame do mérito do ato administrativo, providência vedada ao Poder Judiciário.

Recurso ordinário a que se nega provimento” (Relator o Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 3.9.2002).

6. Pelo exposto, voto no sentido do desprovimento do presente recurso ordinário em mandado de segurança.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 33.937

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

RECTE.(S) : HAMILTON FIORAVANTI

ADV.(A/S) : DANIEL LEON BIALSKI (SP125000/)

RECDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto da Relatora, negando provimento ao recurso, no que foi acompanhada pelo Ministro Teori Zavascki, o julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista do Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 7.6.2016.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão a Senhora Ministra Cármen Lúcia e os Senhores Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Ravena Siqueira
Secretária

06/09/2016

SEGUNDA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 33.937 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto em face de acórdão do Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. ART. 117, IX C/C ART. 132, IV E XIII, DA LEI 8.112/1990. “OPERAÇÃO 14 BIS”. CONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DISCIPLINAR. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA REGRA DO ART. 142, § 2º, DA LEI 8.112/1990 C/C ART. 109, II, DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PROVAS. INOCORRÊNCIA. PROPORCIONALIDADE DA PENALIDADE. SEGURANÇA DENEGADA. 1. Pretende o impetrante, ex-Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, a concessão da segurança para anular o ato coator que cassou a sua aposentadoria, em razão da prática de infração disciplinar tipificada no art. 132, inc. IV (“improbidade administrativa”) e XIII (“transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117”) c/c art. 117, IX (“valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública”) da Lei 8.112/1990, ao fundamento da inconstitucional da pena de cassação de aposentadoria, da prescrição da pretensão punitiva disciplinar, a inexistência de provas contundentes da infração disciplinar e a desproporcionalidade da penalidade aplicada. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS

RMS 33937 / DF

23.299/SP, da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 06/03/2002, reconheceu a constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria prevista no art. 127, IV e 134 da Lei 8.112/1990. No mesmo sentido decidiu a 1ª Seção do STJ, no julgamento do MS 17.537/DF, da relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima, relator p/ o acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julg. em 11/03/2015, Dje 09/06/2015. 3. Em relação ao prazo prescricional, incide no casu a regra do § 2º do art. 142 da Lei 8.112/1990, segundo a qual "os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime", isto porque o impetrante também foi denunciado na esfera penal nos autos da Ação Penal nº 2006.61.05.009503-4, em trâmite perante a 1ª Vara de Criminal Federal Especializada em Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Valores da Subseção Judiciária de Campinas - SP, pela prática dos crimes de contrabando e descaminho (art. 318 do Código Penal), corrupção passiva (art. 317 do Código Penal c/c art. 3º, II, da Lei 8.137/1990) e formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal). 4. Considerando-se as penas máximas in abstracto para os crimes imputados ao impetrante, o prazo prescricional é de 16 (dezesesseis) anos, na forma do inciso II do art. 109 do Código Penal. 5. O ilícito apenas se tornou conhecido pela Administração Pública em 18 de agosto de 2006, quando do recebimento pela Corregedoria-Geral da RFB do Ofício 113/2006-VAB, oriundo da 1ª Vara de Criminal Federal Especializada em Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Valores da Subseção Judiciária de Campinas - SP, acompanhado da cópia da denúncia criminal oferecida pela Procuradoria da República contra o impetrante e outros servidores públicos, apuradas na Operação Policial denominada "Operação 14 Bis". Em 31 de março de 2010, antes de decorrido o prazo prescricional, foi instaurado Processo Administrativo Disciplinar, para apuração da conduta ilícita imputada ao impetrante, o que importou na interrupção da contagem do prazo prescricional, que se reiniciou após 140 dias,

RMS 33937 / DF

ou seja, em 21/03/2011. Hipótese em que a penalidade foi aplicada em 13/12/2013, ou seja, antes de decorrido o prazo prescricional do art. 109, II do Código Penal c/c art. 142, § 2º, da Lei 8.112/1990, o qual findar-se-ia apenas em 21 de março de 2027, não havendo que se falar em prescrição da pretensão punitiva disciplinar. 6. Das provas pré-constituídas e acostadas aos autos, em especial das interceptações telefônicas e dos termos de depoimentos e interrogatórios prestados tanta no âmbito do processo penal, como no processo administrativo, revela-se que o conjunto probatório produzido no PAD foi mais que suficiente para comprovar a prática da infração disciplinar pelo impetrante, o qual, utilizando-se da sua condição de Chefe da Equipe de Trânsito Aduaneiro (Eqtran) do Aeroporto de Viracopos, em Campinas/SP, exigiu vantagem pecuniária indevida, consubstanciada em US\$ 5,000.00 (cinco mil dólares americanos) e 05 (cinco) aparelhos PALM TOP, modelo TREO 650, para possibilitar a concessão de trânsito aduaneiro de mercadorias amparadas pela DTA 05/0423487-0, retidas naquele setor em razão de indícios de subfaturamento. 7. O depoimento de co-autor deve ser sopesado em confronto com os demais elementos de provas constantes do autos, não podendo ser adotado de forma isolada, como pretende o impetrante, a fim de comprovar a sua inocência. 8. A MM. Juíza Federal da 1ª Vara de Criminal Federal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Valores da Subseção Judiciária de Campinas - SP julgou PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal formulada nos autos da Ação Penal nº 2006.61.05.009503-4, distribuído por dependência ao Processo nº 2005.61.05.003964-6, para condenar o impetrante como incurso nas penas dos arts. 317, § 1º e 318, do Código Penal, em concurso material, absolvendo-o com base no art. 386, VII, do CPP ("não existir prova suficiente para a condenação"), da prática dos delitos tipificados no art. 3º, II, da Lei 8.137/1990 c/c art. 288 do Código Penal, em razão dos mesmos fatos apurados no PAD 16302.000046/2010-44, fixando a pena privativa de liberdade em 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 23

RMS 33937 / DF

(vinte e três) dias-multa, em regime semi-aberto, vedada a substituição da pena, pendente de julgamento de apelo pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 9. A pena de cassação de aposentadoria imposta ao impetrante atendeu aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo que se falar em violação do art. 128 da Lei 8.112/1990, porquanto há adequação entre o instrumento (processo administrativo disciplinar) e o fim (aplicação da pena), que a medida é exigível e necessária, diante da gravidade da conduta perpetrada pelo impetrante, o qual utilizou-se da condição de Chefe da Equipe de Trânsito Aduaneiro do Aeroporto de Viracopos, em Campinas/SP, para obter vantagem indevida a fim de possibilitar a concessão de trânsito aduaneiro de mercadorias amparadas pela DTA 05/0423487-0 e retidas naquele setor em razão de indícios de subfaturamento, o que evidencia a prática da infração disciplinar capitulada o art. 117, IX, da Lei 8.112/1990 e o acerto da pena aplicada, ainda mais quando inexistente outro meio legal para se chegar ao mesmo resultado e tampouco a medida é excessiva ou se traduz em resultado indesejado pelo sistema jurídico. 10. A suposta inexistência de prejuízo ao Erário ou que este seria mínimo não tem o condão de, por si só, afastar o enquadramento dado à conduta, pois trata-se de delito funcional, expressamente previsto na norma, e que restou claramente comprovado pelo conjunto probatório colhido no PAD. 11. Segurança denegada.

Em suas razões, defende o recorrente a necessidade de reforma do acórdão ao fundamento da inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, da prescrição da pretensão punitiva disciplinar, da inexistência de provas contundentes da infração disciplinar e da desproporcionalidade da penalidade aplicada.

Tenho que não merece razão a pretensão recursal, e, desse modo, acompanho a eminente relatora no voto por ela proferido, por seus próprios fundamentos.

Deixo, contudo, já nesta oportunidade, algumas considerações acerca de ponto específico desta demanda, qual seja, a discussão quanto

RMS 33937 / DF**à constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria.**

Entendo que, em algum momento, esta Suprema Corte precisará se deparar novamente com a temática, diante da nova perspectiva constitucional em que ela se pôs após a edição da EC nº 20/98 e, especialmente, da EC nº 41/03.

Esta Corte tem reafirmado a constitucionalidade da penalidade de cassação de aposentadoria, seguindo jurisprudência já consolidada, que analisou a questão sob a perspectiva da previsão constitucional da pena e da inexistência de violação de ato jurídico perfeito.

De fato, esta Corte já afastou a alegação de que a aposentadoria é um direito à inatividade remunerada cujo único pressuposto é o exercício do cargo por tempo determinado desde a sessão de 29/9/94, nos autos do MS nº 21.948/RJ, Relator o **Ministro Néria da Silveira**. O acórdão foi assim ementado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSAO. PROCURADOR AUTARQUICO. 2. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS III E IV DO ART. 127, DA LEI N. 8112/1990, AO ESTABELEECEREM ENTRE AS PENALIDADES DISCIPLINARES A DEMISSAO E A CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA OU DISPONIBILIDADE. SUA IMPROCEDENCIA. A RUPTURA DO VINCULO FUNCIONAL E PREVISTA NO ART. 41, PAR. 1. DA CONSTITUIÇÃO. HOUE, NO CASO, PROCESSO ADMINISTRATIVO, ONDE ASSEGURADA AO IMPETRANTE AMPLA DEFESA. A DEMISSAO DECRETOU-SE POR VALER-SE O IMPETRANTE DO CARGO, EM DETRIMENTO DA DIGNIDADE DA FUNÇÃO PÚBLICA E DESIDIA. LEI N. 8.112/1990, ART. 117, INCISOS IX E XI. 3. NÃO CABE, EM MANDADO DE SEGURANÇA, PENETRAR NA INTIMIDADE DAS PROVAS E FATOS DE QUE RESULTOU O PROCESSO DISCIPLINAR. 4. NÃO PODE PROSPERAR, AQUI, CONTRA A DEMISSAO, A ALEGAÇÃO DE POSSUIR O SERVIDOR MAIS DE TRINTA E SETE ANOS DE SERVIÇO PÚBLICO. A DEMISSAO, NO CASO, DECORRE DA APURAÇÃO DE

RMS 33937 / DF

ILICITO DISCIPLINAR PERPETRADO PELO FUNCIONÁRIO PÚBLICO, NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. NÃO E, EM CONSEQUENCIA, INVOCAVEL O FATO DE JA POSSUIR TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO SUFICIENTE A APOSENTADORIA. A LEI PREVE, INCLUSIVE, A PENA DE CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA, APLICAVEL AO SERVIDOR JA INATIVO, SE RESULTAR APURADO QUE PRATICOU ILICITO DISCIPLINAR GRAVE, EM ATIVIDADE. 5. AUTONOMIA DAS INSTANCIAS DISCIPLINAR E PENAL. 6. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO” (MS 21.948/RJ, Relator o Ministro **Néri da Silveira**, Tribunal Pleno, DJ de 7/12/95)

Em feitos que a esse sucederam, o entendimento foi seguidamente aplicado. Vide:

“I. Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (L. 8.112/90, art. 134): constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e improcedente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito. II. Presidente da República: competência para a demissão de servidor de autarquia federal ou a cassação de sua aposentadoria. III. Punição disciplinar: prescrição: a instauração do processo disciplinar interrompe o fluxo da prescrição, que volta a correr por inteiro se não decidido no prazo legal de 140 dias, a partir do termo final desse último. IV. Processo administrativo-disciplinar: congruência entre a indicição e o fundamento da punição aplicada, que se verifica a partir dos fatos imputados e não de sua capitulação legal” (MS 23.299/SP, Relator: Min. **Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 12/4/02)**

“EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. EX-POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. DEMISSÃO.

RMS 33937 / DF

ENQUADRAMENTO EM INFRAÇÕES DISCIPLINARES TIPIFICADAS COMO CRIME. CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. CONSTITUCIONALIDADE. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 26.5.2014. 1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal. Entender de modo diverso demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo regimental conhecido e não provido” (ARE nº 866.877/RJ-AgR, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, Primeira Turma, DJe de 10/9/15)

“AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. CONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO AGRAVADA QUE DEFERIU A SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I – A natureza excepcional da contracautela permite tão somente juízo mínimo de delibação sobre a matéria de fundo e análise do risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Controvérsia sobre matéria constitucional evidenciada e risco de lesão à ordem e à economia públicas verificado. II – O Plenário Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da cassação da aposentadoria, inobstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício

RMS 33937 / DF

previdenciário. Precedentes: MS 21.948/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, MS 23.299/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e MS 23.219-AgR/RS, Rel. Min. Eros Grau. III – Impõe-se a suspensão das decisões como forma de evitar o efeito multiplicador, que se consubstancia no aforamento, nos diversos tribunais, de processos visando ao mesmo escopo. Precedentes. IV – Agravo regimental a que se nega provimento” (STA 729/SC-AgR, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski** (Presidente), Tribunal Pleno, DJe de 23/6/15)

Todavia, com a atribuição constitucional de caráter contributivo à aposentadoria, essa, indiscutivelmente, perde seu caráter de “prêmio” ao servidor para se tornar uma espécie de seguro. Por essa razão, ganhou força, em âmbito doutrinário, reflexões quanto à inconstitucionalidade da previsão legal de cassação de aposentadoria, especialmente quando considerados seus reflexos pecuniários sobre proventos que resultaram de contribuição financeira ao sistema. Cito Maria Silvia di Pietro, que, em artigo publicado sobre o tema, assim se posicionou:

“Sendo de caráter contributivo, é como se o servidor estivesse ‘comprando’ seu direito à aposentadoria; ele paga por ela. Daí a aproximação com o contrato de seguro. Se o servidor paga a contribuição que o garante diante da ocorrência de riscos futuros, o correspondente direito ao benefício previdenciário não pode ser frustrado pela demissão”(Di Pietro, Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário de servidores. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoria-incompativel-regime-previdenciario-servidores>. Acesso em 25/8/16).

Tenho, portanto, que, em algum momento, esta Corte terá que se debruçar novamente sobre o tema, apreciando a questão também sob essa perspectiva.

Mas embora expresse minha intenção de, mais adiante, melhor refletir sobre a questão, **por ora mantenho o entendimento consagrado**

RMS 33937 / DF

nesta Corte. A uma porque, em princípio, não me filio à conclusão da inconstitucionalidade da pena (apenas entendo que, em alguma medida, pode ser necessário balizar as consequências da penalidade sob o viés constitucional instituído pelas emendas alusivas ao regime contributivo – EC nº 3/93, EC nº 20/98 e EC nº 41/03). A duas porque, sob a perspectiva que até aqui adoto, nenhum balizamento seria possível no caso dos autos, uma vez que se trata de servidor que ingressou no serviço público muito antes da instituição do regime contributivo (já que afirma, em sua exordial, ter trabalhado por mais de 32 anos, até ser aposentado por invalidez em 5/6/2009).

Pelo exposto, voto pelo não provimento do recurso ordinário, acompanhando a eminente Relatora, Ministra **Cármem Lúcia**.

06/09/2016

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 33.937 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Eu também, em relação a essa pontuação feita pelo ministro Dias Toffoli, tinha a impressão de que o tema merecia, pelo menos, uma composição. Por quê? Porque, a rigor, trata-se de um sistema não completamente contributivo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas solidário.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – É. É um sistema que gera uma solidariedade. Aumentou-se, mas evidente que, enquanto houver para aqueles que há garantia de pagamento de um benefício definido, é claro que não haverá essa possibilidade, porque a Fazenda Pública tem de arcar com esse dever, essa imposição. De modo que, mesmo que possamos falar nos servidores que entraram depois da Emenda que instituiu o modelo contributivo, certamente, há ainda muito aporte por parte do poder público. Acho que isso é decisivo. Então, faria essa nota.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu também não fiz juízo de valor.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Claro. É uma tese interessante, mas...

RMS 33937 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) -
Precisamos pensar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - E
também ficaríamos sem uma pena para casos que ocorrem, como esses,
lamentavelmente, de constatação de improbidade depois da
aposentadoria. Mas acompanho a eminente Relatora.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 33.937

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

RECTE.(S) : HAMILTON FIORAVANTI

ADV.(A/S) : DANIEL LEON BIALSKI (SP125000/)

RECDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto da Relatora, negando provimento ao recurso, no que foi acompanhada pelo Ministro Teori Zavascki, o julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista do Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 7.6.2016.

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Relatora. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 6.9.2016.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Teori Zavascki.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ravena Siqueira
Secretária