ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DESEMB - SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR
9 de maio de 2011

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AGV INSTRUMENTO Nº 24100915974 - VITÓRIA - 2ª
VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
EMBARGANTE : SANDRO MARTINS BAPTISTA
EMBARGADO : MINISTERIO PUBLICO ESTADUAL
RELATOR DES. SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR

RELATÓRIO

VOTOS

O SR. DESEMBARGADOR SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR (RELATOR):-

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº
024100915974
RELATOR : DES. SAMUEL MEIRA BRASIL JR.
RECORRENTE : SANDRO MARTINS BAPTISTA
ADVOGADO : GUSTAVO VARELLA CABRAL
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MAGISTRADO : PAULO CÉSAR DE CARVALHO
PROC. ORIGINÁRIO : 024.10.0015791-6

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR SAMUEL MEIRA BRASIL JR. (RELATOR):
DO CONHECIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO AGRAVO
INTERNO

Segundo a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, os Embargos de Declaração opostos em face de decisão proferida pelo relator com pretensão infringente podem ser recebidos e julgados como Agravo Interno. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes:

“EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RECEPÇÃO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INSCRIÇÃO DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. LEGITIMIDADE. 1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade. 2. Para obstar a negativação nos cadastros de proteção ao crédito torna-se indispensável

que o devedor demonstre a presença concomitante dos seguintes requisitos: (a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; (b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; e (c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl no REsp 916.879/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 11/05/2009).” Grifo nosso.

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE RECONSIDERA A ANTERIOR PARA DETERMINAR SUBIDA DO RESP. INTIMAÇÃO DO AGRAVO. DESNECESSIDADE. IRRECORRIBILIDADE. ART. 228, § 2º, DO RISTJ. VÍCIO DE ADMISSIBILIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO-EVIDENCIADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL, NÃO-PROVIDO. 1. Constatado que os aclaratórios ostentam pretensão exclusivamente infringente, por força dos princípios da celeridade processual e da fungibilidade recursal, o recurso deve ser conhecido como agravo regimental. 2. Os arts. 545, segunda parte, 557, § 1º, do CPC e 258 do RISTJ não condicionam o julgamento do agravo regimental ou o juízo de retratação do relator à abertura de prazo para a resposta da parte agravada. 3. O artigo 258, § 2º, do RI/STJ dispõe que é irrecorrível a decisão que dá provimento ao agravo de instrumento tão-somente para determinar a subida do recurso especial. 4. Excepcionalmente, admite-se recurso quando o agravo de instrumento possui algum vício referente aos seus pressupostos de admissibilidade, o que não é o caso dos autos. 5. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental. 6. Agravo regimental não-provido. (EDcl no AgRg no Ag 976769/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 05/03/2009).” Grifo nosso.

No caso em julgamento, o Recorrente pleiteia notadamente a reforma da decisão monocrática proferida no julgamento do Agravo de Instrumento, o que justifica o conhecimento dos aclaratórios como Agravo Interno.

Assim, aplico o princípio da fungibilidade recursal e RECEBO os embargos de declaração opostos como Agravo Interno e passo a analisar as questões suscitadas pelo Recorrente em suas razões recursais.

DO CABIMENTO DO JULGAMENTO MONOCRÁTICO

Nos termos do artigo 557, do CPC, o relator negará seguimento a recurso: (i) manifestamente inadmissível, (ii) improcedente, (iii) prejudicado ou (iv) em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

A decisão monocrática agravada subsume-se à segunda das hipóteses legais.

O ora Agravante objetivava, em síntese, a reforma da decisão agravada, que, diante dos indícios de envolvimento do Agravante em ato de improbidade administrativa, antecipou os efeitos da tutela recursal para decretar a indisponibilidade de todos os bens e ativos financeiros do mesmo, em como o seu afastamento temporário do cargo de Auditor Fiscal. Argumentou não haver nos autos prova robusta de sua participação no referido ato de improbidade, sem, entretanto, trazer aos autos qualquer documento apto a comprovar a alegação.

De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que eventuais nulidades decorrentes do julgamento monocrático restam sanadas diante da

manifestação do Colegiado ratificando a decisão do Relator, senão vejamos:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 557 DO CPC. EVENTUAL NULIDADE SUPERADA COM A REAPRECIÇÃO DO RECURSO PELO COLEGIADO NA VIA DE AGRAVO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. ICMS. CREDITAMENTO. LC 102/2000. SÚMULA 213/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO." (REsp 778.938/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 29/06/2009).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 535 E 557 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. IRPJ E CSLL. COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS. LEI 8.981/95. QUESTÃO DECIDIDA COM ENFOQUE EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL.

1. Não merece amparo a tese de negativa ou deficiência na prestação jurisdicional, se constatado no acórdão recorrido a fundamentação adotada pelo Tribunal de origem e a justificativa de que, diante da orientação predominante no STF, era desnecessária a abordagem das questões apontadas pela parte.

2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a eventual nulidade no julgamento monocrático do recurso resta superada diante da manifestação do Colegiado, ratificando o entendimento do relator. Precedentes.

3. Decidido pelo acórdão recorrido que a limitação à compensação de prejuízos fiscais de que trata a Lei 8.981/95 é constitucional, segundo os precedentes do STF nele mencionados, torna-se inviável rever a questão em recurso especial, máxime se ausente o prequestionamento dos dispositivos legais tidos por violados (arts. 1º da LICC e 43 do CTN).

4. Recurso especial conhecido em parte, mas não provido." (Resp 989683/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009)

Assim, estando a hipótese dos autos amparada pelo disposto no artigo 557 do CPC, o julgamento monocrático é admissível no caso em exame, restando afastada a alegação do Agravantes - apesar do brilho do eminente e culto advogado - de que a hipótese dos autos não autoriza decisão unipessoal.

MÉRITO RECURSAL

Na decisão monocrática agravada, aduzi as seguintes considerações acerca da possibilidade de os envolvidos em ato de improbidade administrativa serem, temporariamente e antes do recebimento da ação civil pública, afastados do cargo, emprego ou função que exercem:

"Inicialmente, destaco que a presente decisão diz respeito ao julgamento de um Agravo de Instrumento, referente a uma decisão proferida em cognição sumária. Nesse contexto, a cognição do presente recurso também é sumária, ou seja, superficial e provisória, ocupada apenas da aferição da verossimilhança da alegação e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

A cognição exauriente somente será prestada no julgamento da ação, após o contraditório sobre as provas produzidas. Feita essa admoestação, passo a julgar o presente recurso.

A controvérsia diz respeito à possibilidade (ou não) de decretação da indisponibilidade de todos os bens e ativos financeiros dos envolvidos em ato de improbidade administrativa, bem como do seu afastamento temporário do cargo, emprego ou função, antes do recebimento da Ação Civil Pública.

Pois bem.

Na decisão interlocutória proferida anteriormente, indeferi a tutela de urgência pleiteada, com base na seguinte argumentação, verbis:

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível a concessão de liminar inaudita altera parte, antes do recebimento da Ação Civil Pública, para, a título de cautela, decretar a indisponibilidade de bens e ativos financeiros do agente público ou de terceiro beneficiado por ato de improbidade, bem como para, em caráter excepcional, determinar o seu afastamento temporário do cargo, emprego ou função, desde que sua permanência possa ensejar dano efetivo à instrução processual. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR. INDISPONIBILIDADE E SEQÜESTRO DE BENS. REQUERIMENTO NA INICIAL DA AÇÃO PRINCIPAL. DEFERIMENTO DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS ANTES DA NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. POSSIBILIDADE. ARTS. 7º E 16 DA LEI 8429/92. AFASTAMENTO DO CARGO. DANO À INSTRUÇÃO PROCESSUAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 20 DA LEI 8.429/92. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA.

1. É lícita a concessão de liminar inaudita altera pars (art. 804 do CPC) em sede de medida cautelar preparatória ou incidental, antes do recebimento da Ação Civil Pública, para a decretação de indisponibilidade (art. 7º, da Lei 8429/92) e de seqüestro de bens, incluído o bloqueio de ativos do agente público ou de terceiro beneficiado pelo ato de improbidade (art. 16 da Lei 8.429/92), porquanto medidas assecuratórias do resultado útil da tutela jurisdicional, qual seja, reparação do dano ao erário ou de restituição de bens e valores havidos ilicitamente por ato de improbidade. Precedentes do STJ: REsp 821.720/DF, DJ 30.11.2007; REsp 206222/SP, DJ 13.02.2006 e REsp 293797/AC, DJ 11.06.2001.

2. Os arts 7º e 16, §§ 1º e 2º, da Lei 8.429/92, que tratam da indisponibilidade e do seqüestro de bens, dispõem:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais."

3. O art. 20 da Lei 8429/92, que dispõe sobre o afastamento do agente público, preceitua: "Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual."

4. A exegese do art. 20 da Lei 8.249/92 impõe cautela e temperamento, especialmente porque a perda da função pública, bem assim a suspensão dos direitos políticos, porquanto modalidades de sanção, carecem da observância do princípio da garantia de defesa, assegurado no art. 5º, LV da CF, juntamente com a obrigatoriedade do

contraditório, como decorrência do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), requisitos que, em princípio, não se harmonizam com o deferimento de liminar inaudita altera pars, exceto se efetivamente comprovado que a permanência do agente público no exercício de suas funções públicas importará em ameaça à instrução do processo.

5. A possibilidade de afastamento in limine do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, porquanto medida extrema, exige prova incontroversa de que a sua permanência poderá ensejar dano efetivo à instrução processual, máxime porque a hipotética possibilidade de sua ocorrência não legitima medida dessa envergadura. Precedentes do STJ: REsp 604.832/ES, DJ de 21.11.2005; AgRg na MC 10.155/SP, DJ de 24.10.2005; AgRg na SL 9/PR, DJ de 26.09.2005 e Resp 550.135/MG, DJ de 08.03.2004.

6. É cediço na Corte que: "Segundo o art. 20, caput, da Lei 8.429/92, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, como sanção por improbidade administrativa, só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, o afastamento cautelar do agente de seu cargo, previsto no parágrafo único, somente se legitima como medida excepcional, quando for manifesta sua indispensabilidade. A observância dessas exigências se mostra ainda mais pertinente em casos de mandato eletivo, cuja suspensão, considerada a temporariedade do cargo e a natural demora na instrução de ações de improbidade, pode, na prática, acarretar a própria perda definitiva. Nesta hipótese, aquela situação de excepcionalidade se configura tão-somente com a demonstração de um comportamento do agente público que, no exercício de suas funções públicas e em virtude dele, importe efetiva ameaça à instrução do processo" (AgRg na MC 10155/SP, DJ 24.10.2005).

7. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade de deferimento de liminar inaudita altera pars (art. 804 do CPC), apenas, para a decretação de indisponibilidade (art. 7º, da Lei 8429/92) e de seqüestro de bens, incluído o bloqueio de ativos do agente público ou de terceiro beneficiado pelo ato de improbidade (art. 16 da Lei 8.429/92).

(REsp 929.483/BA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 17/12/2008)

No caso, extrai-se dos autos, que o Agravante, juntamente com outras pessoas, foi denunciado pelo Ministério Público Federal pelo crime previsto no artigo 288 do CP (formação de quadrilha ou bando), uma vez que, provavelmente desde 1988, associaram-se para o fim de cometer crimes contra a ordem tributária, de corrupção ativa e passiva, violação de sigilo funcional, falsidade documental, estelionato, lavagem de dinheiro, entre outros.

Segundo a decisão agravada, foi atribuída ao Agravante e aos demais denunciados a prática de falsificações de recolhimentos tributários estaduais, "fabricação de carimbos", uso de máquinas de autenticação e outros documentos fraudados, utilização de empresas "laranja", o que demonstra a impossibilidade de os mesmos (inclusive o Agravante) continuarem desempenhando as funções inerentes ao cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Estadual.

Assim, em cognição sumária, típica de análise preliminar de agravo de instrumento, não vislumbro a verossimilhança da alegação e o risco de lesão grave ou de difícil reparação exigidos para a concessão da tutela de urgência.

Mantenho o posicionamento firmado na ocasião. Explico.

A indisponibilidade de bens é medida de caráter cautelar e visa a assegurar a efetividade de eventual decisão condenatória, não estando condicionada à comprovação de que os envolvidos no ato de improbidade objeto da demanda estejam dilapidando seu patrimônio ou na iminência de fazê-lo.

No caso em exame, há indícios de participação do Agravante nos atos de improbidade que deram ensejo à propositura da ação civil pública originária.

Por outro lado, neste momento processual, ainda não há nos autos elementos suficientes para quantificar as vantagens econômicas eventualmente percebidas pelo Agravante, a fim de limitar o âmbito de incidência da indisponibilidade de bens determinada na decisão agravada. Essa quantificação deverá ser feita pelo ilustre magistrado tão logo tenha elementos para a referida quantificação, ainda que em montante aproximado.

Nesse contexto, em sede de cognição sumária, típica de análise de agravo de instrumento, a decisão agravada não merece reparo.

3. DISPOSITIVO.

Em face do exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

Intimem-se. Publique-se na íntegra.”

Nesse contexto, a prova dos autos é suficiente para demonstrar que a permanência do ora Agravante no exercício das atividades inerentes ao cargo que ocupa pode enejar dano efetivo à instrução processual.

Por outro lado, as esferas administrativa, penal e civil são independentes, em se tratando de ato de improbidade administrativa, de forma que o resultado da ação penal ou de processo administrativo disciplinar não vincula o Ministério Público e o Poder Judiciário no que tange à ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Nessa ordem de ideias, o fato de o Recorrente ter sido absolvido por insuficiência de provas nos autos da ação penal nº 2005.50.01012276-4, em curso na Justiça Federal (cópia da sentença às fls. 603/679), não produz qualquer efeito na esfera cível. Inteligência do disposto nos artigos 65 e 66 do CPP.

Assim, considerando que o Recorrente não apresentou argumentos capazes de conduzir à alteração do entendimento anteriormente exposto - apesar do brilho singular com que se houve o culto e conceituado advogado -, mantenho a fundamentação anterior, embasada na jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria.

Ademais, não foi demonstrada a divergência jurisprudencial necessária para o provimento do Agravo Interno.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, para manter a decisão monocrática agravada.

É como voto.

Vitória – ES, 01 de abril de 2011.

Desembargador SAMUEL MEIRA BRASIL JR
Relator

*

O SR. DESEMBARGADOR TELEMACO ANTUNES DE ABREU FILHO :-

Voto no mesmo sentido

*

O SR. DESEMBARGADOR MAURÍLIO ALMEIDA DE ABREU :-

Voto no mesmo sentido

*

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AGV INSTRUMENTO Nº 24100915974 , em que são as partes as acima indicadas, ACORDA o Egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo (Quarta Câmara Cível), na conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, em, À UNANIMIDADE, RECEBER OS ACLARATÓRIOS COMO AGRAVO INTERNO, E NO MÉRITO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

*

*

*