



AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0071311-56.2017.8.19.0000

AGRAVANTE : JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR
AGRAVADO : ALEXANDRE FERREIRA LIMA
RELATOR : DES. PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS

Processo originário: 0289947-83.2017.8.19.0001

7ª Vara de Fazenda Pública

Juiz: Dr. Eduardo Antônio Klausner

A C Ó R D Ã O

Agravo de Instrumento. Direito Administrativo e Processual Civil. Ação Popular. Insurgência contra decisão que, nos autos de ação popular, suspendeu ato administrativo consistente na concessão de aposentadoria de membro do Tribunal de Contas do Estado até o julgamento do mérito de ação penal em curso, na qual figura como denunciado. Referendo da decisão que concedeu efeito suspensivo ao recurso. Juízo singular que se valeu de *in malam partem* de um recurso de analogia, o que é vedado não apenas na seara penal como também em todas as situações nas quais a aplicação da lei importar imposição de penalidade, uma vez que é regra geral de hermenêutica não conferir interpretação ampliativa a uma norma restritiva de direito. Ausência do requisito da probabilidade do direito, essencial para a concessão da tutela de urgência. Tendo como incabível o subterfúgio da analogia maléfica, inexistente na espécie o inarredável molde da matéria fática à norma cuja aplicação almejou o demandante, uma vez que os diplomas invocados viabilizam a suspensão do ato administrativo de aposentação quando o indivíduo responde a processo administrativo disciplinar, e não de persecução penal típica. Revogação da decisão agravada. Provimento do recurso.

Vistos, relatados e decididos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0071311-56.2017.8.19.0000, em que é Agravante JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR e Agravado ALEXANDRE FERREIRA LIMA.

A C O R D A M os Desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em CONHECER O RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator.



RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos de ação popular, suspendeu ato administrativo consistente na concessão de aposentadoria de membro do Tribunal de Contas do Estado até o julgamento do mérito de ação penal em curso, na qual figura como denunciado o ora agravante.

Afirma o recorrente que a decisão deve ser reformada, a fim de que sejam mantidos os efeitos do ato administrativo concessivo da aposentadoria. Como fundamentos de sua pretensão, sustenta, em síntese: (i) descabimento da ação popular; (ii) inexistência de desvio de finalidade; e (iii) inaplicabilidade de simetria.

Decisão concessiva de efeito suspensivo às fls. 31/33.

Pelo agravado não foram oferecidas contrarrazões ao recurso, conforme certidão de fl. 59.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às fls. 61/66, pelo provimento do recurso.

É o RELATÓRIO.

VOTO

Conheço o recurso uma vez que presentes os seus requisitos de admissibilidade.

Na nova ordem processual, o cabimento do agravo de instrumento é regido pelas hipóteses elencadas no art. 1.015 do CPC/15, que assim dispõe:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.



Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

O caso em tela se amolda ao previsto no inciso I do dispositivo colacionado, uma vez que a decisão proferida na origem versa sobre tutela antecipada.

Da análise dos autos verifica-se que assiste razão ao recorrente.

Analisando os autos, tem-se que a decisão que deferiu o efeito suspensivo deve ser referendada nos termos em que proferida, cujo teor segue adiante colacionado *in verbis*:

DECISÃO

Sendo relevante a fundamentação, e havendo risco de dano grave ou de difícil reparação, pode o relator atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Nesse sentido, refiram-se os dispositivos de regência no Código de Processo Civil:

*Art. 932. Incumbe ao relator:
(...)*

II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

Na espécie, os argumentos trazidos pelo agravante no sentido da inaplicabilidade das normas estatutárias por simetria ao caso concreto distanciam, ao menos em tese, a decisão recorrida dos requisitos necessários à concessão da tutela provisória originária.

No ponto, colha-se a passagem da decisão, in verbis (grifou-se):

A legislação que rege os servidores públicos estaduais impede que os agentes públicos se valham de expedientes para se subtraírem da punição. O Estatuto dos Funcionários Públicos do Rio de Janeiro, Decreto-Lei n. 220 de 1975 e seu



regulamento, o Decreto 2479/1979, em seus artigos 76 e 342, respectivamente, impedem que o servidor público peça exoneração quando existir a possibilidade de ser punido por demissão em procedimento disciplinar. No mesmo sentido dispõe a lei que rege os agentes públicos federais, Lei n. 8.112 de 1990, cujo artigo 172 assim dispõe:

“O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.”

Também os magistrados estão sujeitos a tal restrição. A Resolução n. 135 do Conselho Nacional de Justiça dispõe em seu artigo 27 que, in verbis:

“O magistrado que estiver respondendo a processo administrativo disciplinar só terá apreciado o pedido de aposentadoria voluntária após a conclusão do processo ou do cumprimento da penalidade.”

Tais disposições devem ser aplicadas por simetria em caso de processo penal, vez que o efeito da condenação penal pode resultar na perda do cargo público. *Exige a moralidade administrativa que assim seja, pois princípio constitucional previsto no artigo 37 da Constituição Federal que rege a administração pública nacional. O ato de aposentação que beneficiou o réu deve restar suspenso e sem produzir efeito até que o réu não responda mais a nenhum processo penal, administrativo-punitivo, ou por improbidade administrativa nos quais a perda do cargo seja uma das possíveis punições.*

Segundo o juízo singular, o fato de o demandado responder a processo penal autorizaria a suspensão do ato administrativo de aposentação pois, se estivesse submetido a processo administrativo disciplinar, o acesso à inatividade estaria interdito até que o feito fosse concluído e a penalidade acaso imposta estivesse cumprida.

Assim procedendo em sua fundamentação, o prolator da decisão valeu-se in malam partem de um recurso de analogia, o que é vedado não apenas na seara penal como também em todas as situações nas quais a aplicação da lei importar imposição de penalidade, uma vez que é regra geral de hermenêutica não conferir interpretação ampliada a uma norma restritiva de direito.

A situação seria diversa se a legislação de regência previsse a vedação da aposentadoria também nos casos em que o servidor respondesse a processo penal pela prática de infração funcional.

No caso em tela, não há notícia de que o agravante se encontre respondendo a processo administrativo disciplinar, de sorte que a probabilidade do direito enquanto substrato do pedido liminar de suspensão do ato administrativo de aposentadoria lançado no bojo da ação popular encontra-se esvaziada — o que conduz, primo ictu





oculi, à probabilidade de provimento do recurso e conseqüente concessão do almejado efeito suspensivo.

Diante do acima exposto, **DEFIRO o efeito suspensivo para neutralizar a decisão recorrida**, mantendo-a hígida até o julgamento do mérito da ação popular.

Na oportunidade, vale trazer à colação o magistério atemporal do mestre CARLOS MAXIMILIANO, de cuja obra clássica se colhe um alerta de todo pertinente, *in verbis*:

“Não é lícito pôr de lado a natureza da lei, nem o ramo do Direito a que pertence a regra tomada por base do processo analógico. Quantas vezes se não verifica o nenhum cabimento do emprego de um preceito fixado para o comércio, e transplantando afoitamente para os domínios da legislação civil, ou da criminal, possibilidade esta mais duvidosa ainda!”¹

Transpondo estas considerações para o caso em testilha, tem-se que a decisão recorrida há de ser reformada, uma vez que não se encontra presente o requisito da probabilidade do direito, essencial para a concessão da tutela de urgência.

Conforme consabido, para a concessão da tutela de urgência é dispensável a cognição exauriente, bastando, portanto, a cognição sumária vertical, na clássica denominação referida pela doutrina de KAZUO WATANABE².

Nesta ordem de ideias, permite-se ao juiz a concessão de uma tutela de urgência fundando-se meramente num juízo de probabilidade, ainda que especificamente na tutela antecipada seja exigida uma probabilidade mais intensa do direito alegado pela parte. Assim, depara-se o julgador com uma situação em que os motivos convergentes preponderam sobre os motivos divergentes acerca da aceitação de determinada proposição.

Para tanto, o juízo de prelibação deve se dar à luz de elementos que evidenciem a probabilidade do direito, o que se opera em meio à apreciação de prova inequívoca apta a gerar convencimento acerca da veracidade do direito pretendido pela parte. A noção de “prova inequívoca” nesse contexto não significa prova definitiva que demonstre sem qualquer possibilidade de erro a veracidade de uma alegação³, mas uma prova materialmente consistente e que corrobore a alegação autoral, a permitir que se identifique uma verdade provável sobre a matéria de fato e sua subsunção à norma invocada, a ponto de conduzir aos efeitos pretendidos.⁴

Com efeito, tendo como incabível o subterfúgio da analogia *in malam partem*, na espécie dos autos não há o inarredável molde da matéria fática — um servidor

¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. São Paulo: Forense, 2011. p. 173.

² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, ed. Revista dos Tribunais, 1987. 9. 83.

³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 78.

⁴ De ressaltar-se, por oportuno que nem sempre a verossimilhança advirá de prova trazida aos autos pela parte. Poderá assentar-se, por exemplo, em fatos incontroversos ou notórios, ou decorrentes de coisa julgada anterior, que serve com fundamento da pretensão (efeito positivo da coisa julgada).





aposentado respondendo a processo penal — à norma cuja aplicação almejou o demandante, uma vez que os diplomas invocados viabilizam a suspensão do ato administrativo de aposentação quando o indivíduo responde a processo administrativo disciplinar, e não de persecução penal típica, pelo que desatendido o requisito da probabilidade do direito.

Diante do acima exposto, **VOTO** no sentido de **CONHECER O RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO PARA REVOGAR A TUTELA PROVISÓRIA DEFERIDA NA ORIGEM.**

Rio de Janeiro, 13 de junho de 2018.

PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS
Desembargador Relator