

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.305.905 - DF (2012/0011487-9)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **DELÚBIO SOARES DE CASTRO**
ADVOGADO : **SEBASTIAO BOTTO DE BARROS TOJAL E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA**
ADVOGADO : **RODRIGO ALVES CHAVES E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **JOSÉ GENOÍNO NETO**
ADVOGADOS : **GABRIELLA FREGNI E OUTRO(S)**
MARIANA NADDEO LOPES DA CRUZ CASARTELLI
AGRAVADO : **SILVIO JOSÉ PEREIRA**
ADVOGADO : **SÉRGIO SALGADO IVAHY BADARÓ E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA**
ADVOGADO : **RODOLFO DE LIMA GROPEN E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **RAMON HOLLERBACH CARDOSO**
ADVOGADO : **HERMES VILCHEZ GUERRERO**
AGRAVADO : **CRISTIANO DE MELLO PAZ**
ADVOGADO : **JOSÉ ANTERO MONTEIRO FILHO E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **ROGERIO LANZA TOLENTINO**
ADVOGADO : **PAULO SÉRGIO ABREU E SILVA**
AGRAVADO : **SIMONE REIS LOBO DE VASCONCELOS**
ADVOGADO : **LEONARDO ISAAC YAROCHEWSKY E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **GEIZA DIAS DOS SANTOS**
ADVOGADO : **ROGÉRIO LANZA TOLENTINO**
AGRAVADO : **KÁTIA RABELLO**
ADVOGADO : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
AGRAVADO : **JOSÉ ROBERTO SALGADO**
ADVOGADO : **OSCAR LUÍS DE MORAIS E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **VINICIUS SAMARANE**
AGRAVADO : **AYANNA TENÓRIO TÔRRES DE JESUS**
ADVOGADO : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
AGRAVADO : **ANDERSON ADAUTO PEREIRA**
ADVOGADO : **THIAGO LOPES LIMA NAVES E OUTRO(S)**
INTERES. : **PAULO ROBERTO GALVÃO DA ROCHA**
INTERES. : **ANITA LEOCÁDIA PEREIRA DA COSTA**
INTERES. : **LUIZ CARLOS DA SILVA**
INTERES. : **JOÃO MAGNO DE MOURA**
INTERES. : **JOSE LUIZ ALVES**

VOTO-VISTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CASO CONHECIDO COMO "MENSALÃO". EXCLUSÃO DE ALGUNS LITISCONSORTES

PASSIVOS. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. *FUNGIBILIDADE RECURSAL*. CABIMENTO NO CASO ESPECÍFICO. DÚVIDA JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA. AGRAVO REGIMENTAL E RECURSO ESPECIAL PROVIDOS.

HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Necessário rememorar, mesmo que brevemente, a tramitação da demanda, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça, considerando que o presente processo, após pedido de vista antecipado, ficou com o e. Ministro Mauro Campbell Marques por quase três anos (de 28.8.2012 a 2.6.2015).

2. Trata-se de Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa, proposta em 17 de agosto de 2007 e relacionada ao denominado "Mensalão". O Juízo de primeiro grau recebeu a inicial em relação a apenas alguns réus, extinguindo a ação quanto a outros **quinze** (José Dirceu de Oliveira e Silva, José Genoíno Neto, Delúbio Soares de Castro, Marcos Valério Fernandes de Souza, Anderson Adalto Pereira, Sílvio José Pereira, Ramon Hollerbach Cardoso, Cristiano de Mello Paz, Rogério Lanza Tolentino, Simone Reis Lobo de Vasconcelos, Geiza Dias dos Santos, Kátia Rabello, José Roberto Salgado, Vinícius Samarane e Ayanna Tenório Torres de Jesus), sob duplo fundamento. Primeiro, com base em precedente do STF (Reclamação 2.138), que autoridades ocupantes do cargo de Ministro de Estado não responderiam por ato de improbidade administrativa (José Dirceu de Oliveira e Anderson Adalto Pereira); segundo, que estes dois e os demais réus já constavam no polo passivo das outras Ações de Improbidade Administrativa, que também tratavam do chamado "Mensalão".

3. Ao contrário do processo criminal, que tramitou no Supremo Tribunal Federal, em que os fatos delituosos foram objeto de **uma única ação penal**, na esfera da Improbidade Administrativa o Ministério Público Federal optou por ajuizar **cinco ações civis** diferentes que, em que pese haver réus comuns entre elas, **tratam de fatos ilícitos distintos**.

4. Contra a decisão de exclusão de litisconsortes passivos, o Ministério Público Federal interpôs **Apelação**, tendo o Tribunal de origem, por maioria, dela não conhecido, por entender que o recurso cabível deveria ser o de **Agravo de Instrumento**, afastando também a aplicação do *princípio da fungibilidade recursal*.

5. Com a interposição da Apelação, os autos, na íntegra, subiram ao TRF da 1ª Região e depois ao STJ, o que **impediu**, até o presente momento, o **prosseguimento e qualquer andamento da ação, mesmo em relação aos réus em que houve recebimento da petição**.

SITUAÇÃO DO JULGAMENTO NO STJ

6. O e. Ministro Humberto Martins votou pelo provimento do Agravo Regimental para aplicar o *princípio da fungibilidade* ao caso, de forma que a Apelação seja recebida como Agravo de Instrumento. O e. Ministro Mauro Campbell Marques pediu vista na citada sessão de 28.8.2012 e apresentou voto na sessão de 2.6.2015, **inaugurando a divergência** para afastar a aplicação do *princípio da fungibilidade recursal* e negar provimento ao Agravo Regimental.

PRESCRIÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

7. Constatação inicial inevitável que se faz é de que, a prevalecer o respeitável entendimento do e. Ministro Mauro Campbell Marques, o Ministério Público, caso pretenda **renovar a propositura da presente Ação de Improbidade Administrativa**, esbarrará na prescrição das penas previstas na Lei 8.429/92,

já que aí não produzirá efeitos úteis a interrupção do prazo prescricional neste processo proporcionado. Portanto, se o STJ decretar a "morte" desta Ação Civil Pública (e será essa a consequência concreta, a se aceitar a tese do erro grosseiro na utilização de Apelação em vez de Agravo de Instrumento), réus, condenados criminalmente pelo STF, deixarão de responder, na órbita cível, por eventual improbidade administrativa.

PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL NO STJ

8. Estão pacificados, no STJ, os requisitos para a aplicação do *princípio da fungibilidade recursal*: "a) dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível; b) inexistência de erro grosseiro; c) que o recurso inadequado tenha sido interposto no prazo do que deveria ter sido apresentado" (AgRg no AgRg nos EDcl nos EDv no AgRg no CC 134.824/GO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 31.3.2015).

DÚVIDA OBJETIVA

9. A dúvida objetiva quanto ao recurso cabível é totalmente constatável na presente hipótese. Observe-se que o art. 17, § 10, da LIA ("da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento") enseja entendimento de que, se a lei, por previsão expressa, dispõe caber Agravo de Instrumento da decisão que recebe a inicial; *a contrario sensu*, não deveria ser assim quando se rejeita a mesma inicial.

INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO DE DOIS PRECEDENTES DO STJ

10. Os dois primeiros julgamentos no STJ que afastam o *princípio da fungibilidade* por considerar erro grosseiro a interposição de Apelação contra exclusão de parte dos litisconsortes passivos (AgRg no REsp 1.012.086/RJ, Segunda Turma, Ministro Humberto Martins, DJe de 16.9.2009, e REsp 1.127.542/RN, Primeira Turma, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 12.11.2010) não analisaram a questão à luz das peculiaridades do rito especial da Ação de Improbidade Administrativa.

11. O primeiro acórdão, acima citado, foi exarado em exame de **Agravo Regimental** embasado em **casos que não tratavam de Improbidade Administrativa**. Já o **segundo julgado está fundamentado no primeiro precedente** e no acórdão do **REsp 907.603/PE** (Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 1º.7.2009) que cuidou da possibilidade de aviar um único Agravo de Instrumento para duas decisões interlocutórias distintas, matéria, portanto, destoante da hipótese ora tratada.

ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO APONTADO PELO EMINENTE RELATOR

12. O e. relator, Ministro Humberto Martins, aponta entendimento doutrinário e jurisprudencial que induz à interposição do recurso de Apelação quando **parte dos litisconsortes** em Ação de Improbidade é excluída (grifei): **"Também há na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça precedente no sentido de que, do ato que exclui determinado sujeito passivo da lide, prosseguindo o feito em relação aos demais, cabe apelação.** A propósito: '(...) 1. Embora a ação tenha prosseguimento em relação a um dos litisconsortes, houve extinção em relação à União, quando afastada por acolhimento da preliminar de ilegitimidade *ad causam*. 2. Havendo sentença terminativa, o recurso cabível é a apelação, nos termos do artigo 513 do CPC. 3. Recurso especial provido.' (REsp 678645/PE, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 12.4.2005, DJ 23.5.2005, p. 233). Registra-se também que **há na doutrina entendimento no sentido de que o recurso**

cabível seria a apelação, porquanto essa decisão ensejaria o fim do processo de conhecimento, extinguindo a ação civil de improbidade. (...) (Marino Pazzaglini Filho. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Ed. Atlas. São Paulo: 2011, p. 198)".

DÚVIDA NO PRÓPRIO TRIBUNAL DE ORIGEM

13. Constatado ainda que na própria Corte de origem, apesar de constar na ementa do acórdão a "ausência de dúvida objetiva quanto ao recurso cabível" (fl. 8112/e-STJ), formou-se a tal dúvida, isso porque a **votação foi por maioria**, tendo o e. Desembargador Federal Mário César Ribeiro citado a hesitação doutrinária emanada pelo jurista Theotonio Negrão, conforme trecho que segue (fls. 8107-8108/e-STJ): "E, anteriormente a essa lei, de fato, sempre havia uma grande discussão na doutrina e na jurisprudência com relação ao cabimento ou não do agravo, no caso de exclusão de litisconsorte do processo. Se o recurso cabível era o agravo de instrumento, ou o h. Não resta a menor dúvida, mas, agora, segundo esse eminente autor - inclusive, isso tem repercussão no âmbito da ação rescisória - já não se coloca mais a definição de sentença tal qual anteriormente a essas alterações introduzidas no Código de Processo Civil. E, sempre que há margem de dúvida, o entendimento sempre foi pacífico no sentido de que se deve aplicar o *princípio da fungibilidade recursal*. No caso, portanto, não parece que se trata de erro grosseiro, e, assim sendo, com essas considerações, conheço do recurso de apelação, com a devida vênua da eminente relatora".

INEXISTÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO

14. O erro grosseiro caracteriza-se pela interposição de recurso dissonante de regra legislativa expressa e clara, ou de orientação jurisprudencial consolidada. Exatamente o oposto do que aqui se apresenta. Sobre esse aspecto destaco excerto do voto condutor do acórdão proferido no REsp 1.330.172/MS (Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 17.3.2014): "pode-se dizer que **haverá erro grosseiro** sempre que não houver dúvida objetiva, ou, em outras palavras, **quando (i) a lei for expressa ou suficientemente clara** quanto ao cabimento de determinado recurso e (ii) **inexistirem dúvidas ou posições divergentes na doutrina e na jurisprudência** sobre qual o recurso cabível para impugnar determinada decisão".

15. No presente caso, demonstrado está que a jurisprudência e a doutrina oscilaram, ou não se pronunciaram, sobre o cabimento do recurso contra a exclusão de um ou alguns dos litisconsortes em Ação de Improbidade. Tal estado de incerteza configura dúvida objetiva que afasta o erro grosseiro.

16. Acentuo que o recurso de Apelação apresentado pelo Ministério Público Federal, objeto da presente análise sobre a aplicabilidade do *princípio da fungibilidade recursal*, foi apresentado em 19.3.2009 (fl. 7743), momento **anterior** aos **julgados específicos** do Superior Tribunal de Justiça acerca do recurso cabível contra a exclusão de litisconsortes em Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa, referidos, inclusive, no voto do e. Ministro Mauro Campbell Marques (REsp 1.168.739/RN, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 11.6.2014; AgRg no REsp 1.204.587/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 4.2.2011; REsp 1.127.542/RN, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 12.11.2010; REsp 1.012.086/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 16.9.2009). Assim, **tais precedentes, por óbvio, não podem ser aplicados retroativamente, de modo a implicar reconhecimento (no passado) de que**

a pacificação da questão no STJ (anos depois da interposição da Apelação impugnada) conduziria à verificação de erro grosseiro.

17. Todos esses elementos rechaçam a caracterização de erro grosseiro na interposição da Apelação, pois existia dúvida objetiva acerca do recurso cabível, o que, aliado à observância do prazo recursal, leva à conclusão de ser plenamente aplicável o *princípio da fungibilidade recursal* ao caso, de forma que o recurso de Apelação (fls. 7743-7773/e-STJ) seja recebido como Agravo de Instrumento pelo Tribunal de origem.

18. Por todo o exposto, **com todas as vênias ao e. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanho o eminente Ministro Humberto Martins, Relator, e provejo o Agravo Regimental, para, com base no *princípio da fungibilidade recursal*, receber o recurso de Apelação do Ministério Público (fls. 7743-7773/e-STJ) como Agravo de Instrumento.**

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN:

Trata-se de Agravo Regimental em Recurso Especial decidido monocraticamente pelo e. Relator, Ministro Humberto Martins, no sentido de não conhecer do recurso por o entendimento exarado na origem estar de acordo com a jurisprudência do STJ (Súmula 83/STJ).

O agravante aduz que a jurisprudência sobre o recurso cabível em caso de exclusão de litisconsorte em Ação de Improbidade não estava pacificada, à época da interposição, perante os órgãos fracionários do STJ. Aduz que a exclusão de 15 réus resultou na extinção do processo, o que deve ser desafiado por recurso de Apelação. Assevera, por fim, que não se trata de erro grosseiro, frente à divergência jurisprudencial e doutrinária sobre o tema, o que autoriza a aplicação do *princípio da fungibilidade recursal*.

Em decisão monocrática exarada em 21.5.2012 (fls. 8252-8258/e-STJ) o e. Relator aplicou a compreensão de que "a decisão que exclui do processo um dos litisconsortes, prosseguindo o processo com relação aos demais réus, tem natureza de decisão interlocutória, sendo recorrível por meio de agravo de instrumento, caracterizando-se erro grosseiro a interposição de apelação".

Na sessão de 26.6.2012, o Ministro Humberto Martins, em Agravo Regimental, realinhou sua compreensão e votou pelo provimento do recurso para aplicar o *princípio da fungibilidade* ao caso, de forma que a Apelação seja recebida como Agravo de Instrumento. O e. Ministro Cesar Asfor Rocha pediu vista e seguiu a linha da relatoria em voto apresentado na sessão de 28.8.2012.

O e. Ministro Mauro Campbell Marques pediu vista na citada sessão de 28.8.2012 e apresentou voto na sessão de 2.6.2015 abrindo a divergência para afastar a aplicação do *princípio da fungibilidade recursal* e negar provimento ao Agravo Regimental.

É o **relatório**.

Trata-se de Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa relacionada ao denominado "Mensalão", em que o Juiz de primeira instância excluiu 15 (quinze) dos litisconsortes passivos.

Ao contrário do processo criminal, em que todos os fatos delituosos foram objeto de **uma única Ação Penal**, na esfera da Improbidade Administrativa o Ministério Público Federal optou por ajuizar **cinco ações civis** diferentes que, em que pese haver réus comuns entre elas, tratam de fatos ilícitos distintos.

Na origem, o Juízo de primeiro grau recebeu a inicial apenas em relação a alguns réus, extinguindo a ação em relação a 15 (quinze) outros (José Dirceu de Oliveira e Silva, José Genoíno Neto, Delúbio Soares de Castro, Marcos Valério Fernandes de Souza, Anderson Adalto Pereira, Sílvio José Pereira, Ramon Hollerbach Cardoso, Cristiano de Mello Paz, Rogério Lanza Tolentino, Simone Reis Lobo de Vasconcelos, Geiza Dias dos Santos, Kátia Rabello, José Roberto Salgado, Vinícius Samarane e Ayanna Tenório Torres de Jesus), sob os fundamentos de que uns estavam sujeitos a crimes de responsabilidade (José Dirceu de Oliveira e Anderson Adalto Pereira) e que estes e os demais já constavam como réus nas outras Ações de Improbidade Administrativa.

Contra a decisão de exclusão de litisconsortes passivos, o Ministério Público Federal interpôs recurso de Apelação, tendo o Tribunal de origem, por maioria, dele não conhecido em razão de entender que o recurso cabível deveria ser o Agravo de Instrumento, afastando também a aplicação do *princípio da fungibilidade recursal*.

1. Prescrição das sanções da improbidade administrativa

Constatação inicial inevitável que se faz é de que, a prevalecer o respeitável entendimento do e. Ministro Mauro Campbell Marques, o Ministério

Público, caso pretenda **renovar a propositura da presente ação de improbidade administrativa**, esbarrará na prescrição das penas previstas na Lei 8.429/92, já que aí não produzirá efeitos úteis a interrupção do prazo prescricional neste processo proporcionada. Portanto, se o STJ decretar a "morte" desta Ação Civil Pública (e será esta a consequência concreta, a se aceitar a tese do erro grosseiro na utilização de Apelação em vez de Agravo de Instrumento), réus condenados criminalmente pelo STF deixarão de responder, na órbita cível, por eventual improbidade administrativa.

2. Atual jurisprudência do STJ

Não pretendo analisar aqui a jurisprudência do STJ que entende cabível o Agravo de Instrumento quando um dos litisconsortes passivos da Ação de Improbidade é excluído. É que tais precedentes são posteriores à data de interposição da Apelação pelo Ministério Público.

Daí que foco minha análise na aplicação do *princípio da fungibilidade recursal* no caso específico.

3. Princípio da fungibilidade recursal

Os requisitos para a aplicação do *princípio da fungibilidade recursal* estão hoje pacificados no STJ, de forma que transcrevo precedente representativo desse entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA ACÓRDÃO. RECURSO INCABÍVEL. ERRO GROSSEIRO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. Na forma dos artigos 545 do Código de Processo Civil e 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, somente é cabível agravo regimental contra decisão monocrática, sendo manifestamente inadmissível sua interposição contra acórdão.

2. **Não incide o princípio da fungibilidade em caso de ausência de qualquer dos requisitos a que se subordina, quais sejam: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível; b) inexistência de erro grosseiro; c) que o recurso inadequado tenha sido interposto no prazo do que deveria ter sido apresentado.**

3. Agravo regimental não conhecido.

(AgRg no AgRg nos EDcl nos EDv no AgRg no CC 134.824/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 31/03/2015).

Passo, portanto, à análise e aplicação dos requisitos acima elencados ao presente caso.

4. Dúvida objetiva

A necessidade de haver dúvida objetiva quanto ao recurso cabível é totalmente constatável na presente hipótese. Vejamos a redação do art. 17, § 10, da LIA:

§ 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento.

Os primeiros julgados do STJ que afastam o *princípio da fungibilidade* por considerar erro grosseiro a interposição de Apelação contra exclusão de parte dos litisconsortes passivos são os seguintes (grifei):

PROCESSUAL CIVIL – ATO QUE EXCLUI LITISCONSORTES DA RELAÇÃO PROCESSUAL – NATUREZA JURÍDICA DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA – RECURSO DE APELAÇÃO – NÃO-APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE – ERRO GROSSEIRO.

1. De acordo com a jurisprudência do STJ, o recurso de apelação não é cabível em face de decisão que, antes da prolação da sentença, reconhece a ilegitimidade de alguma das partes.

2. Conforme já sedimentado na jurisprudência desta Corte, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal demanda, além da não-configuração da má-fé da parte, a existência de dúvida objetiva na doutrina e na jurisprudência, a ausência de erro grosseiro na interposição, e a observância do prazo do recurso adequado.

3. Diante da ausência de dúvida objetiva e do reconhecimento de erro grosseiro na espécie, mostra-se inviável a incidência do princípio da fungibilidade recursal na hipótese dos autos.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1012086/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 16/09/2009).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR DE

INIDONEIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE EXCLUI LITISCONSORTE. NATUREZA DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PRELIMINAR AFASTADA. MAGISTRADO. POLO PASSIVO DA AÇÃO. POSSIBILIDADE. AGENTE POLÍTICO. NÃO ENQUADRAMENTO DE JUIZ NA LEI DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, **"a decisão que exclui do processo um dos litisconsortes, prosseguindo o processo com relação aos demais réus, é recorrível por meio de agravo de instrumento, caracterizando-se erro grosseiro a interposição de apelação"** (AgRg no REsp 1.012.086/RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 16/9/09).

2. Os crimes de responsabilidades podem ser imputados aos ministros do Supremo Tribunal Federal e, desde a vigência da Lei 10.028/00, aos presidentes e seus substitutos no exercício da Presidência dos Tribunais Superiores, Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça e aos Juízes e Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição (arts. 39 e 39-A da Lei 1.079/50).

3. Os demais membros da magistratura, que não se enquadram nas hipóteses dos arts. 39 e 39-A da Lei 1.079/50, não respondem por crime de responsabilidade, estando, todavia, sujeitos à lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92).

4. "... as razões de decidir assentadas na Reclamação nº 2.138 não têm o condão de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário, porquanto estabelecidas em processo subjetivo, cujos efeitos não transcendem os limites inter partes" (Rcl 2.197/DF).

5. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para determinar a inclusão do recorrido no polo passivo da Ação Civil Pública 001.08.007323-0, em curso na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal/RN.

(REsp 1127542/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe 12/11/2010).

Como se nota, esses dois julgados não analisaram a questão à luz das peculiaridades do rito especial da Ação de Improbidade Administrativa.

O primeiro precedente, de relatoria do Min. Humberto Martins, foi exarado em exame de Agravo Regimental que **se embasou em casos que não tratavam de Improbidade Administrativa**. Cito, a respeito, trecho do voto condutor (grifei):

No entanto, é pacífico nesta Corte Superior que a decisão que exclui do processo um dos litisconsortes, prosseguindo o processo com relação

aos demais réus, é recorrível por meio de agravo de instrumento, caracterizando-se erro grosseiro a interposição de apelação.

A propósito, os seguintes julgados:

"Processual civil. Recurso especial. **Ação de indenização por danos materiais e morais**. Interposição de recurso de apelação em face de decisão que determina a exclusão de alguns dos indicados no pólo passivo. Inadmissibilidade. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Impossibilidade. - De acordo com a jurisprudência do STJ, o recurso de apelação não é cabível em face de decisão que, antes da prolação da sentença, reconhece a ilegitimidade de alguma das partes. - Conforme já sedimentado na jurisprudência desta Corte, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal demanda, além da não configuração da má-fé da parte, a existência de dúvida objetiva na doutrina e na jurisprudência, a ausência de erro grosseiro na interposição, e a observância do prazo do recurso adequado. - Diante da ausência de dúvida objetiva e do reconhecimento de erro grosseiro na espécie, mostra-se inviável a incidência do princípio da fungibilidade recursal na hipótese dos autos. Recurso especial provido."

(REsp 1.026.021/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17.4.2008, DJ 30.4.2008.)

"PROCESSUAL CIVIL. **EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE**. MATÉRIAS PASSÍVEIS DE ARGÜIÇÃO. SÚMULA 07/STJ. EXCLUSÃO DE UM DOS EXECUTADOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL, SEM EXTINÇÃO DO PROCESSO. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO.

(...)

4. 'A decisão que exclui do processo um dos litisconsortes, sob o fundamento de ilegitimidade passiva ad causam, é impugnável por meio de agravo, uma vez que não põe termo à relação processual' (Resp 364339/SP, Primeira Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 21.06.2004).

5. Recurso especial a que se nega provimento."

(REsp 801.347/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 21.3.2006, DJ 3.4.2006.)

"RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO – PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE – NÃO-APLICABILIDADE – OCORRÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO.

(...)

3. Ainda que assim não fosse, por ser interlocutória a decisão que julga procedente o pedido de exceção de incompetência – que é um incidente processual –, o recurso cabível ao caso é o agravo de instrumento. Assim, tendo em vista que o recurso interposto foi a apelação, trata-se de erro grosseiro, o que exclui a aplicação da fungibilidade. Recurso especial não-conhecido."

(REsp 625.993/MG, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 2.2.2007.)

Já o segundo precedente se fundou no anterior, o primeiro, de relatoria do Min. Humberto Martins, e no julgamento do REsp 907.603/PE (Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 1º/7/2009), que tratou da possibilidade de aviar um único Agravo de Instrumento para duas decisões interlocutórias distintas, como segue:

PROCESSUAL CIVIL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DEFESA PRELIMINAR. EXCLUSÃO DE DOIS DOS RÉUS EM DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DISTINTAS. INTERPOSIÇÃO DE UM ÚNICO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. ASPECTO MATERIAL DO PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL.

1. Os argumentos articulados quanto à necessidade de nova intimação para oferecimento de resposta ao agravo e à legitimidade dos recorrentes para figurarem no pólo passivo da ação de improbidade administrativa não observaram a tecnicidade exigida pela instância especial, haja vista que não indicaram o dispositivo legal cuja pretensa violação autorizaria o exame do assunto. Incidência da Súmula 284/STF.

2. Narram os autos que o Ministério Público do Estado de Pernambuco manejou agravo de instrumento contra duas decisões proferidas no âmbito de ação civil pública por improbidade administrativa que, acolhendo as defesas prévias ofertadas pelos recorrentes, os excluiu da relação processual em razão de suposta ilegitimidade passiva ad causam.

3. A discussão resume-se em determinar a regularidade do agravo de instrumento aviado pelo Parquet para impugnar simultaneamente as duas decisões interlocutórias proferidas em relação a litisconsortes passivos distintos.

4. Sob o influxo do princípio da instrumentalidade processual, ainda que seja prescrita determinada forma, torna-se impositivo o aproveitamento do ato ou da manifestação realizada de maneira diversa, desde que sirva a atingir seus objetivos sem acarretar gravames às partes, como bem ilustra o brocardo pas de nulité sans grief.

5. Os recorrentes foram regularmente intimados para oferecerem resposta ao agravo de instrumento, oportunidade na qual puderam exercer o contraditório e a ampla defesa por meio da exposição de argumentos que consideraram apropriados a demonstrar o descabimento do recurso e a necessidade de manutenção das decisões interlocutórias.

6. Dada a ausência de proibição legal e de comprovação de qualquer gravame às partes contrárias, não há motivo para se reputar inadmissível o instrumento utilizado pelo Ministério Público Estadual.

7. Ademais, as decisões interlocutórias que, acolhendo a defesa preliminar, excluíram os recorrentes do pólo passivo da ação de improbidade administrativa constituem, em última análise, apenas um julgado sob o ponto de vista material e, portanto, podem ser desafiadas por um único agravo de instrumento.

8. Ainda que o magistrado de primeira instância tenha optado por fracionar formalmente a rejeição da ação de improbidade administrativa em relação a dois dos réus (art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92), prolatando um específico decisum para cada um deles, não se pode olvidar que as decisões interlocutórias sob exame representam um único pronunciamento jurisdicional, haja vista que foram tomadas: (i) em um mesmo momento – 11.06.04 –; (ii) na mesma fase processual – deliberação acerca das defesas prévias –; (iii) com lastro em fundamentação bastante assemelhada – ausência de legitimidade passiva ad causam –.

9. Exigir-se que o Parquet Estadual interpusesse um agravo de instrumento para cada uma das decisões exaradas significaria emprestar ao recurso uma limitação que contrariaria frontalmente os princípios da celeridade e da economia processual, pois ambos os agravos dirigidos ao Tribunal de origem deveriam ser distribuídos a um mesmo relator em virtude da prevenção, apenas sobrecarregando a carga de feitos a serem julgados com o conseqüente retardamento da tutela perseguida.

10. Recursos especiais conhecidos em parte e não providos.

(REsp 907.603/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 01/07/2009).

Voltando ao presente caso, o e. relator, Ministro Humberto Martins, aponta entendimento doutrinário e jurisprudencial que também induz à interposição do recurso de Apelação quando parte dos litisconsortes em Ação de Improbidade é excluída (grifei):

Denota-se que o exame das questões trazidas no contraditório preliminar, anterior ao recebimento da inicial da ação de improbidade (§§ 8º e 9º do art. 17), é de extrema relevância, porquanto poderá convencer o magistrado singular sobre a inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, que poderá resultar na rejeição da ação (§ 8º, art. 17), e, por consequência, a sua extinção. **Não havendo, de modo específico e expreso, qualquer menção ao recurso cabível na hipótese de rejeição da inicial.**

No entanto, quando diz respeito ao recebimento da inicial, a lei é expressa ao afirmar que "**caberá agravo de instrumento**" (§ 10 do art. 17), o que reforça mais uma vez a inexistência de recurso no caso rejeição inicial.

Também há na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça precedente no sentido de que, do ato que exclui determinado sujeito passivo da lide, prosseguindo o feito em relação aos demais, cabe apelação.

A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. **EXCLUSÃO DA LIDE. RECURSO CABÍVEL.**

1. **Embora a ação tenha prosseguimento em relação a um dos litisconsortes, houve extinção em relação à União, quando afastada por acolhimento da preliminar de ilegitimidade ad causam.**

2. **Havendo sentença terminativa, o recurso cabível é a apelação, nos termos do artigo 513 do CPC.**

3. **Recurso especial provido."**

(REsp 678645/PE, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 12.4.2005, DJ 23.5.2005, p. 233.)

Registra-se também que **há na doutrina entendimento no sentido de que o recurso cabível seria a apelação, porquanto essa decisão ensejaria o fim do processo de conhecimento, extinguindo a ação civil de improbidade.**

Nesse sentido:

"Após a fase de apresentação da defesa prévia do requerido ou superado o prazo para o seu oferecimento, vem a fase de juízo prévio da admissibilidade da ação, ou seja, o Juiz, **em decisão fundamentada preliminar, recebe a petição inicial ou rejeita a ação civil de improbidade** (§§ 8º e 9º do art. 17).

Com efeito, o Magistrado, julgando, nesse momento processual, **que há nos autos elementos probatórios idôneos** sobre a ocorrência (verossímil) do ato de improbidade administrativa imputado ao requerido, **recebe a petição inicial** e determina a citação do requerido para apresentar contestação. **E dessa decisão cabe agravo de instrumento (§§ 9º e 10 do art. 17).**

Ao contrário, **convencido o Magistrado da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita**, em decisão fundamentada, rejeitará a ação (§ 8º, art. 17). **Esta decisão, que põe termo ao processo de conhecimento, extinguindo a ação civil de improbidade, é apelável (art. 513, CPC).**

Frise-se que nas hipóteses de rejeição da ação civil de improbidade por inexistência do ato de improbidade ou por improcedência da ação há julgamento de mérito preliminar, com a extinção, mesmo antes da formação regular da relação processual, do processo."

(Marino Pazzaglini Filho. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Ed. Atlas. São Paulo: 2011, p. 198.)

Portanto, considerando a reforma processual implantada pela Lei n. 11.232, de 2005, é razoável a conclusão expressada pelo voto vencido na Corte Regional, no sentido de que é cabível a aplicação do "*princípio da fungibilidade*", pois o recurso de apelação foi interposto no mesmo prazo do agravo de instrumento, e não existe na lei, expressamente, qual o recurso cabível, além disso não há consenso na doutrina e na jurisprudência sobre tema.

A título ilustrativo, reproduzo o entendimento consignado no referido voto vencido (fl. 8108, e-STJ):

"[...] há, efetivamente, dúvidas plausíveis com relação a cabimento do recurso: se agravo ou se apelação, tendo em vista essa alteração que foi introduzida no conceito de decisão interlocutória. Essas são as razões que me levam a interpretar a hipótese tal qual anteriormente firmou-se a jurisprudência: no caso de dúvida fundada, aplicação o princípio da fungibilidade."

Assim, como defende o Ministério Público Federal, é perfeitamente possível a aplicação do princípio da fungibilidade, por não se tratar de erro grosseiro e inescusável.

Veja-se, por exemplo, que o próprio Juiz da causa recebeu a apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl.7831, e-STJ).

O Superior Tribunal de Justiça somente não admite "*o princípio da fungibilidade recursal quando não houver dúvida objetiva sobre qual o recurso a ser interposto, quando o dispositivo legal não for ambíguo, quando não houver divergência doutrinária ou jurisprudencial quanto à classificação do ato processual recorrido e a forma de atacá-lo*" (EDcl no AgRg na Rcl 1.450/PR, Rel. Min. Edson Vidigal, Corte Especial, DJ 29.8.2005).

Ressalte-se ainda que, quando da aplicação do princípio da fungibilidade recursal, também deve ser observada a tempestividade da irresignação e a ausência de má-fé do recorrente – requisitos que não foram rechaçados pela Corte de origem, conforme se extrai do acórdão impugnado.

A propósito:

*"No caso, portanto, **embora o recurso tenha sido interposto dentro do prazo estabelecido para interposição de agravo,** não é possível o seu conhecimento em face da caracterização de erro grave, injustificável, que exclui a aplicação do princípio da fungibilidade recursal"* (fl. 73, e-STJ).

A moderna doutrina ressalta o advento da fase instrumentalista do Direito Processual, ante a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e à efetividade dos direitos materiais "(OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, n. 137, p. 7-31, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010)*".

Portanto, interpretando os institutos processuais de modo mais favorável ao acesso à justiça, deve ser aplicado ao caso dos autos o princípio da da fungibilidade, conforme acima fundamentado.

Essa admitida "indução" ao recurso de Apelação pelo não recebimento da inicial, citada pelos eminentes Ministros Cesar Asfor Rocha e Humberto Martins, é também reconhecida por Calil Simão Neto (Improbidade Administrativa: teoria e prática. Leme: J. H. Mizuno, 2011, página 512), embora dela discorde.

A dúvida se fortalece ainda mais pela compreensão de que, se a exclusão fosse de todos os litisconsortes, e não de apenas alguns como na presente hipótese, desafiaria recurso de Apelação. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. EXCLUSÃO DE LITISCONSORTES DA DEMANDA. NÃO EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA N° 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pelo cabimento do recurso de agravo de instrumento em face da decisão interlocutória que exclui litisconsorte de um dos pólos da demanda, **quando não ocorre a extinção do processo sem resolução do processo para todos os litigantes.**

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 566.359/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 28/10/2014).

Constato ainda que na própria Corte de origem houve a citada dúvida sobre o recurso cabível, isso porque a votação foi por maioria, tendo o e. Desembargador Federal Mário César Ribeiro citado a hesitação doutrinária emanada pelo jurista Theotônio Negrão, conforme passo a transcrever (fls. 8107-8108/e-STJ, grifei):

Segundo anota Teotônio Negrão na 41a edição de sua obra intitulada Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, edição 2009, Editora Saraiva, há de se considerar agora a Lei 11.232, de 22.12.2005. Com efeito, escreve esse conceituado autor:

O agravo é o recurso previsto para a impugnação das decisões sobre questões incidentais tomadas no curso do feito (art. 162, § 20). Até o advento da Lei 11.232 de 22/12/2005, era fácil identificar as decisões interlocutórias e,

portanto, agraváveis. Tratava-se do pronunciamento dotado de conteúdo decisório e que não colocava fim ao processo. Se o ato do juiz nada decidia, apenas impulsionando o processo, estava-se diante de despacho. Se o pronunciamento judicial colocava fim ao processo, estava-se diante de sentença. O mais era decisão interlocutória. A referida lei não interferiu na distinção entre despacho e decisão interlocutória. Todavia, ao reformular o conceito de sentença ('ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta lei, nos termos do art. 162, § 11'), tal lei traz certo distanciamento do objetivo critério anterior ou, ao menos, exige uma releitura dele, de modo a vincular a sentença não apenas ao término do processo, mas também ao encerramento de uma das suas grandes fases, quais sejam, a de conhecimento e a de liquidação ou cumprimento.

Agora, o que deverá a parte fazer diante de um pronunciamento que se limite a excluir um dos litisconsortes do feito ou que rejeite liminarmente a reconvenção? Agravar, porque assim era anteriormente? Apelar, porque tal pronunciamento tem apoio num dos incisos do art. 267 e se trataria, pois, de sentença?

Até que a jurisprudência traga uma resposta segura a essas indagações, é recomendável o recrudescimento da fungibilidade entre agravo e apelação.

E, anteriormente a essa lei, de fato, sempre havia uma grande discussão na doutrina e na jurisprudência com relação ao cabimento ou não do agravo, no caso de exclusão de litisconsorte do processo. Se o recurso cabível era o agravo de instrumento, ou o recurso de apelação. Não resta a menor dúvida, mas, agora, segundo esse eminente autor - inclusive, isso tem repercussão no âmbito da ação rescisória - já não se coloca mais a definição de sentença tal qual anteriormente a essas alterações introduzidas no Código de Processo Civil. E, sempre que há margem de dúvida, o entendimento sempre foi pacífico no sentido de que se deve aplicar o princípio da fungibilidade recursal. No caso, portanto, não parece que se trata de erro grosseiro, e, assim sendo, com essas considerações, conheço do recurso de apelação, com a devida vênia da eminente relatora.

Friso novamente que, entre os próprios Desembargadores Federais do Tribunal *a quo*, ficou manifesta a dúvida objetiva sobre qual recurso cabível, apesar de a ementa do julgado ter afastado o *princípio da fungibilidade recursal* pela "ausência de dúvida objetiva quanto ao recurso cabível" (fl. 8112/e-STJ).

O erro grosseiro caracteriza-se pela interposição de recurso dissonante de regra legislativa expressa e clara, casada com firme entendimento doutrinário e jurisprudencial. Sobre esse aspecto destaco excerto do voto condutor do acórdão

proferido no REsp 1.330.172/MS (Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 17.3.2014):

Pode-se dizer que haverá erro grosseiro sempre que não houver dúvida objetiva, ou, em outras palavras, quando (i) a lei for expressa ou suficientemente clara quanto ao cabimento de determinado recurso e (ii) inexisterem dúvidas ou posições divergentes na doutrina e na jurisprudência sobre qual o recurso cabível para impugnar determinada decisão.

A dúvida, como visto, deve ser objetiva, oriunda das fontes do direito, e não decorrente da análise subjetiva do operador do direito que interpôs o recurso.

Aponto que o recurso de Apelação apresentado pelo Ministério Público Federal, objeto da presente análise sobre a aplicabilidade do *princípio da fungibilidade recursal*, foi apresentado em **19.3.2009** (fl. 7743), momento **anterior** aos **julgados específicos** desta Corte Superior acerca do recurso cabível contra a exclusão de parte dos litisconsortes em Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa, referidos, inclusive, no voto do e. Ministro Mauro Campbell Marques (REsp 1.168.739/RN, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 11.6.2014; AgRg no REsp 1.204.587/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 4.2.2011; REsp 1.127.542/RN, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 12.11.2010; REsp 1.012.086/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 16.9.2009). Assim, **tais precedentes, por óbvio, não podem ser aplicados retroativamente, de modo a implicar reconhecimento (no passado) de que a pacificação da questão no STJ (anos depois da interposição da Apelação impugnada) conduziria à verificação de erro grosseiro.**

Todos esses elementos rechaçam a caracterização de erro grosseiro na interposição do recurso, pois, muito ao contrário, indicam a existência de dúvida objetiva acerca da interposição do recurso cabível.

Aliando-se, portanto, o cumprimento de tais requisitos com a observância do prazo recursal, conclui-se que é plenamente aplicável o *princípio da fungibilidade recursal* ao caso, de forma que o recurso de Apelação (fls. 7743-7773/e-STJ) seja recebido como Agravo de Instrumento pelo Tribunal de origem.

Por todo o exposto, **com todas as vênias ao e. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanho o eminente Ministro Humberto Martins,**

Relator, e provejo o Agravo Regimental, para, com base no *princípio da fungibilidade recursal*, receber o recurso de Apelação do Ministério Público (fls. 7743-7773/e-STJ) como Agravo de Instrumento.

É como voto.
