

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.475.101 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
RECTE.(S) :MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : _____
ADV.(A/S) :PAULO ROBERTO MACHADO TARCHIANI

DECISÃO

Trata-se de Agravo em Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Doc. 8).

Inicialmente, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO ajuizou ação por ato de improbidade administrativa e ressarcimento de danos patrimoniais e morais em face de _____. E OUTROS, objetivando a condenação dos réus pela prática de atos que importaram enriquecimento ilícito e que atentam contra os princípios da Administração Pública, art. 9º, “caput”, e inciso VIII, e art. 11, “caput”, todos da Lei 8.429/1992, consubstanciados em fraude à licitação para fornecimento de insumos para hospitais da rede pública e fraude durante a execução do contrato.

Após o recebimento da inicial, o MP opôs Embargos de Declaração, os quais foram parcialmente providos pelo Juízo de primeira instância, para reconhecer a prescrição punitiva de _____ em relação à prática de atos de improbidade e, por consequência, a imposição das sanções previstas na Lei 8.492/1992, e determinar a conversão da ação de improbidade administrativa em ação civil pública de ressarcimento ao erário, nos termos do art. 17, § 16, da Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021 (*Art. 17, § 16 - A qualquer momento, se o magistrado identificar a existência de ilegalidades ou de irregularidades administrativas a serem sanadas sem que estejam presentes todos os requisitos para a imposição das sanções aos agentes incluídos no polo passivo da demanda, poderá, em decisão motivada, converter a ação de improbidade administrativa em ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*), bem como a citação dos réus.

Em face dessa decisão, _____ interpôs Agravo de Instrumento.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, deu provimento ao Agravo, em acórdão assim ementado (fl. 2, Doc. 8):

“IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONVERSÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. Pleito voltado à declaração da prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário. 1) Decisão agravada que reconheceu a prescrição da pretensão punitiva em relação à prática de atos de improbidade e à imposição das sanções previstas na Lei 8.492/92” e determinou a conversão da ação de improbidade administrativa em ação civil pública de ressarcimento ao erário, nos termos do art. 17, §16, da Lei nº 8.429/92. 2) Preliminares de vício de fundamentação e violação do art. 17, §10-C, da Lei nº 8.429/92 afastadas. 3) Condutas descritas na petição inicial como tipificadas na Lei nº 8.429/92, razão pela qual seria imprescritível o pedido de ressarcimento ao erário. RE nº 852.475 (Tema 897 do E. STF) que declarou a imprescritibilidade do pedido de ressarcimento ao erário, ressalvando a necessidade de declaração judicial prévia de prática de ato de improbidade administrativa, ainda que por meio de ação meramente declaratória, para oportunizar ao réu o direito à ampla defesa e ao contraditório (R.E. nº 852.475 Tema 897)). Condutas imputadas aos réus que não foram declaradas ímprobas judicialmente. Pretensão punitiva prescrita, nos termos no art. 23, da Lei 8.429/92, diante do decurso de prazo superior a cinco anos entre as datas do desligamento do corréu _____ do cargo de Secretário Municipal de Saúde e do término do contrato celebrado com a empresa Home Care Medical Ltda e o ajuizamento da ação. Prescrição. Ocorrência. Processo extinto, com resolução do mérito (art. 487, II, do CPC). Prejudicado o pedido de conversão da ação de improbidade em ação civil pública de ressarcimento ao erário. Agravo de instrumento provido.”

foram os seguintes os argumentos desenvolvido pelo Tribunal de origem para dar provimento ao Agravo de Instrumento do ora recorrido (fls. 7-10, Doc. 8):

“Sobreveio a decisão agravada (fls. 3.410/3.413) que acolheu os embargos de declaração e reconheceu a prescrição, consignando que (i) o contrato com a empresa Home Care foi celebrado em 17/11/2005, encerrando-se em 12/12/2008, (ii) tendo o último cargo em comissão ocupado pelo corréu _____ sido o de Secretário Municipal de Saúde até janeiro de 2009 (iii) sendo a ação proposta em 23/05/2016, após o decurso do prazo de cinco anos previsto no art. 23, da Lei nº 8.429/92.

A magistrada determinou a conversão da ação de improbidade para ação civil pública de ressarcimento ao erário, com base na tese fixada no julgamento do R.E. nº 852.475/SP TEMA 897 - STF, segundo a qual: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.”

Entretanto, a tese relativa à imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso de improbidade administrativa, não pode ser aplicada na forma estabelecida na decisão agravada.

Isso porque, conquanto as condutas descritas na petição inicial guardem identidade, em tese, com os atos de improbidade administrativa tipificados no artigo 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sem o devido processo legal não é possível, numa ação de ressarcimento ao erário, classificar as condutas dos réus como atos de improbidade administrativa com o intuito evitar o reconhecimento da prescrição.

No julgamento do R.E. nº 852.475, o Supremo Tribunal Federal assentou ser necessária a declaração judicial prévia de prática de ato de improbidade administrativa, ainda que por meio de ação meramente declaratória, a fim de assegurar ao réu o direito à ampla defesa e ao contraditório.

(...)

Em tal cenário, não tendo sido as condutas imputadas aos réus declaradas ímprobas judicialmente, operou-se a prescrição da pretensão punitiva, nos termos no art. 23, da Lei 8.429/92, diante do decurso de prazo superior a cinco anos entre a datas do ajuizamento da ação (23/05/2016) e do desligamento do corréu

_____ do cargo de Secretário Municipal de Saúde (janeiro de 2009), assim como, do encerramento do contrato celebrado com a empresa Home Care (12/12/2008).

Tendo em vista o entendimento consolidado no E. Superior Tribunal de Justiça¹ que admite a aplicação, pelo Tribunal, do efeito translativo dos recursos em sede de agravo de instrumento para extinguir a ação, pondo fim ao processo, RECONHEÇO A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA quanto ao aspecto sancionador da Lei nº 8.429/92, (II) assim como da PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO, e declaro o processo extinto, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso II, do Código de Processo Civil, ficando prejudicado o pedido de conversão da ação de improbidade administrativa e ação civil pública de ressarcimento ao erário. Sem condenação do autor ao reembolso das custas e despesas processuais e ao pagamento dos honorários dos advogados dos réus, diante da ausência de má-fé, cuidando-se de regular exercício do direito de ação.

Observo, por oportuno que por força do efeito expansivo dos recursos, previsto no art. 10052 do CPC de 2015, é possível que o recurso interposto por um dos litisconsortes se estender aos demais, ainda que não tenham recorrido, razão pela qual a prescrição reconhecida surtirá efeitos quanto a todos os corréus, conforme o decidido por esta Corte.”

Opostos Embargos de Declaração pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (Doc. 10), foram rejeitados (Doc. 12).

No Recurso Extraordinário (Doc. 16), interposto com amparo no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, aponta violação aos art. 5º, XXXV e LV; 37, §§ 4º e 5º; e 93, IX, da Constituição Federal.

Quanto ao art. 93, IX, da CF/1988, sustenta que o acórdão recorrido não foi motivado, pois “para acolher a pretensão do recorrido, reconheceu-se ter ocorrido a prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário sob entendimento de não haver prévia declaração judicial da prática de ato de

improbidade administrativa, todavia não considerou que o processo ainda estava em trâmite” (fls. 6-7, Doc. 16).

No ponto, alega que o Tribunal de origem ignorou a tese firmada no RE 852.475-RG (Tema 897 da repercussão geral), que “em momento algum condiciona a imprescritibilidade da pretensão ao ressarcimento à prévia declaração judicial da prática de ato de improbidade administrativa” (fl. 7, Doc. 16).

Aduz, ainda, que o acórdão recorrido foi omissivo “sobre o relevante argumento de que a configuração ou não do ato doloso de improbidade administrativa, a ensejar ou não a incidência da tese firmada no julgamento do Tema n. 897, depende do prosseguimento do feito no douto Juízo de origem, ainda em seguimento de instrução probatória e do contraditório e da ampla defesa” (fl. 8, Doc. 16).

Acresce que o Tribunal de origem também ignorou o Tema 1199, “o que corrobora a assertiva não apreciada quanto à precipitação em reconhecer a prescrição da pretensão ao ressarcimento ao erário e extinguir imediatamente o feito, ao invés de permitir o trâmite regular na origem, o que implicou em repudiável supressão de instância e clara afronta ao princípio do devido processo legal” (fl. 9, Doc. 16).

Sublinha que o TJSP (i) “ofendeu o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pois extinguiu precipitadamente o feito e impediu o controle jurisdicional dos atos narrados na petição inicial, os quais, em essência, são qualificados como atos ímprobos” (fls. 10-11, Doc. 16); e (ii) “ao exigir injustificadamente prévia declaração judicial da prática de atos dolosos de improbidade, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo simplesmente suprimiu uma instância judicial, “atropelou” o processo em andamento, interditou o acesso ao Poder Judiciário ao impedir, suprimir o direito do Autor à instrução do feito, necessário para, corroborando a prática de atos dolosos de improbidade administrativa, atrair a incidência da tese formulada no Tema n. 897” (fl. 11, Doc. 16).

Defende que “era imprescindível o prosseguimento do processo principal para comprovar a prática dolosa dos mencionados atos e sua qualificação enquanto improbidade administrativa, a viabilizar o ressarcimento ao erário, como determina o §4º, do artigo 37, da Constituição Federal” (fl. 12, Doc. 16).

Com base nisso, afirma que “ao vedar o Autor à demonstração da prática de atos dolosos de improbidade administrativa pelos demandados, os vv. acórdãos combatidos impediram a incidência da tese da imprescritibilidade na hipótese e, conseqüentemente, inviabilizaram o ressarcimento ao erário” (fl. 13, Doc. 16).

Ressalta que “em momento algum, diferentemente do posicionamento do E. Tribunal de origem, essa C. Corte condicionou a imprescritibilidade da pretensão ao ressarcimento à prévia declaração judicial da prática de ato de improbidade administrativa” (fl. 13, Doc. 16).

Por fim, requer o provimento do presente recurso para que seja “declarada a nulidade dos vv. acórdãos, com o retorno dos autos à origem para novo julgamento; ou, para que sejam reformados, determinando-se o restabelecimento da decisão interlocutória proferida pelo douto Juízo de 1º Grau com o prosseguimento regular da ação em relação à pretensão de ressarcimento ao erário face os requeridos” (fls. 14-15, Doc. 16).

Em seguida, o RE foi inadmitido aos fundamentos de que (a) “os argumentos expendidos não são suficientes para infirmar as conclusões do v. acórdão combatido que contém fundamentação adequada para lhe dar respaldo, tampouco ficando evidenciado o suposto maltrato às normas constitucionais enunciadas” (fl. 1, Doc. 22); e (b) aplicam-se ao caso dos autos as Súmulas 636 e 279, ambas do STF (Doc. 22).

No Agravo, a parte sustenta que o acórdão recorrido violou dispositivos constitucionais, além de ser inaplicável na espécie os Enunciados 279 e 636 do STF (Doc. 26).

É o relatório. Decido.

Quanto à alegação de afronta à ampla defesa e ao direito de ação, o apelo extraordinário não tem chances de êxito, pois esta CORTE, no julgamento do ARE 748.371-RG/MT (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 660), rejeitou a repercussão geral da alegada violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada ou aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, quando se mostrar imprescindível o exame de normas de natureza infraconstitucional.

Quanto ao aspecto central do RE, verifica-se que o Tribunal de origem concluiu que a pretensão punitiva por ato de improbidade administrativa está prescrita, uma vez que transcorreu o prazo de 5 (cinco) anos, previsto no art. 23 da Lei 8.429/1992, na sua redação original, entre as datas do ajuizamento da ação (23/05/2016) e do desligamento do corréu _____ do cargo de Secretário Municipal de Saúde, em janeiro de 2009, bem como do encerramento do contrato celebrado com a empresa Home Care, em 12/12/2008. Reconheceu, ainda, a prescrição em relação a todos os corréus, ainda que não tenham recorrido, por força do efeito expansivo dos recursos previsto no art. 1005 do CPC de 2015, que dispõe: “O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses.”

Diante da prescrição, consignou ser incabível aplicar a tese fixada no Tema 897 da repercussão geral, no qual esta CORTE assentou a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, isso porque “sem o devido processo legal não é possível, numa ação de ressarcimento ao erário, classificar as condutas dos réus como atos de improbidade administrativa com o intuito evitar o reconhecimento da prescrição” (fl. 7, Doc. 8).

O Ministério Público de São Paulo alega, em seu apelo extremo, que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não “condicionou a imprescritibilidade da pretensão ao ressarcimento à prévia declaração judicial da prática de ato de improbidade administrativa” (fl. 13, Doc. 16).

No Tema 897, o Plenário desta CORTE estabeleceu a seguinte tese: *São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.* Veja-se a ementa do julgado:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de

grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento.

(RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08-08-2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019)”

Em acréscimo, veja-se que no julgamento do RE 669.069-RG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 28/4/2016, Tema 666 da repercussão geral, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL firmou entendimento no sentido de que é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. O acórdão ficou assim ementado:

“CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO.

1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.
2. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

O Relator, ao votar consignou que a imprescritibilidade alcança apenas os ilícitos penais e aqueles tipificados como ato de improbidade. Confira-se o seguinte trecho do voto:

“3. Em suma, não há dúvidas de que o fragmento final do § 5º do art. 37 da Constituição veicula, sob a forma da imprescritibilidade, uma ordem de bloqueio destinada a conter eventuais iniciativas legislativas displicentes com o patrimônio público. Esse sentido deve ser preservado. Todavia, não é adequado embutir na norma de imprescritibilidade um alcance ilimitado, ou limitado apenas pelo (a) conteúdo material da pretensão a ser exercida – o ressarcimento – ou (b) pela causa remota que deu origem ao desfalque no erário – um ato ilícito em sentido amplo. O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a **imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais.**” (grifo nosso)

Ou seja, diferentemente do que alega o MP, a condenação pela prática do ato de improbidade é sim pressuposto do reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário.

No caso, reconhecida a prescrição da ação de improbidade, não há como se aplicar a tese do Tema 897 da repercussão geral.

Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, **NEGO SEGUIMENTO AO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.**

Publique-se.

Brasília, 1º de fevereiro de 2024.

Ministro **ALEXANDRE DE MORAES**

Relator

ARE 1475101 / SP

Documento assinado digitalmente