

**EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.029.311 - RJ
(2016/0322799-2)**

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
EMBARGANTE : DANIELLE ALVES DE SOUZA
ADVOGADOS : CARLOS ELIAS DOS SANTOS CURTY E OUTRO(S) -
RJ034958
DANIEL NEVES CURTY - RJ143392
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos por DANIELLE ALVES DE SOUZA contra decisão de minha lavra, assim fundamentada (fls. 805/811):

*Trata-se agravo manejado por **Danielle Alves de Souza** contra decisão que não admitiu seu recurso especial, este interposto, com fundamento no art. 105, III, a, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.*

Para a perfeita compreensão da controvérsia, considero oportuno rememorar os principais acontecimentos processuais subjacentes ao presente recurso.

Pois bem, na origem, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face da ora agravante, sob a alegação de que a ré, contratada para o cargo de "agente de disciplina" da Secretaria de Estado da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro, foi remunerada sem, jamais, exercer de fato as atribuições do cargo. Em suma, de acordo com a exordial, "a Ré não trabalhou efetivamente para o Estado do Rio de Janeiro, falsificou folhas de ponto do DEGASE para fazer crer que laborava na Instituição e ainda recebeu salário pago com dinheiro público durante este tempo" (fl. 6).

Em primeiro grau de jurisdição, a pretensão autoral foi julgada parcialmente procedente e, em consequência, a ré, ora agravante, foi condenada pela prática de ato de improbidade administrativa, nos seguintes termos (trechos da sentença de fls. 459/468):

[...]

Na sequência, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento à apelação interposta pela ré, mediante acórdão assim ementado (fl. 539):

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO E
CONSTITUCIONAL. IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA. FUNCIONÁRIA**

*'FANTASMA'. RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO.
IMPRESCRITIBILIDADE. SENTENÇA DE
PROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO.*

Ação Civil Pública ajuizada sob a alegação de prática de ato de improbidade administrativa por parte da ré, consistente no pagamento de numerário, sem a contrapartida do serviço prestado, o que exige o ressarcimento aos cofres públicos.

Comprovação da prática dos atos ímprobos que afrontaram, especificamente, os princípios da legalidade, da moralidade administrativa e da impessoalidade visados na Constituição da República e na Lei nº 8.429/92.

Preliminares rejeitadas.

Recurso a que se nega provimento.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fl. 565/578). Nas razões do recurso especial, a parte agravante aponta violação aos arts. 9º, 11, 12 e 23, I, todos da Lei nº 8.429/1992. Sustenta, em síntese, que: (I) a prescrição incidiu sobre o próprio fato ímprobo, de forma que, ultrapassados os cinco anos prescricionais, não cabe mais o ajuizamento de ação civil pública por improbidade administrativa, mas sim ação de ressarcimento pela via própria; (II) decretada a prescrição do ato ímprobo, não pode a Ação Civil Pública seguir somente com relação ao ressarcimento ao erário; (III) deve ser aplicada a regra do artigo 23, I, da LIA, também ao ressarcimento de dano ao erário, pois o dispositivo legal não discriminou qual sanção será passível da prescrição, de forma a tratar de todas, sem exceção; (IV) em momento nenhum fez-se a análise da vontade da agente, da consciência da ilicitude da sua conduta, do dolo específico de se enriquecer ilicitamente; (V) para que seja o agente público responsabilizado conforme disposto nos artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade, é necessário que haja a averiguação da conduta dolosa e desonesta; (VI) apesar de estar lotada no CRIAM, trabalhava no gabinete de seu pai, pois não tinha consciência da ilicitude da conduta; (VII) não poderia ser condenada a devolução de valores no período de 01/10/1997 a 30/09/1999, por não haver comprovação de recebimento de salários do referido período, já que o órgão pagador informou que somente houve pagamento no período de 01/10/1999 a 30/04/2002.

O Ministério Público Federal, em parecer ofertado pela Subprocuradora-Geral da República Denise Vinci Tulio, opina pelo conhecimento do agravo, para conhecer parcialmente o recurso especial e, no que conhecido, seja negado provimento (fls. 704/708).

Prossigo para anotar que, por meio da decisão de fls. 710/712, determinei a devolução dos autos ao Tribunal de origem, com a respectiva baixa, para que, após a publicação do acórdão a ser

proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 852.475/SP, fossem observadas as disposições do art. 1.040 do CPC/15.

Ultimado o julgamento do mencionado recurso extraordinário, o Tribunal de origem aplicou ao caso a tese fixada pela Suprema Corte ("São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.") e deixou de admitir o recurso especial (fls. 757/760).

Sobreveio, então, o presente agravo, manejado com o objetivo de "reformular a vergastada decisão denegatória, admitindo e determinando o regular processamento do Recurso Especial interposto, com exceção do fundamento de prescritibilidade do ressarcimento de danos ao erário em razão de ato de improbidade (violação ao artigo 23, inciso I, da Lei nº. 8.429/1992 c/c artigo 37, § 5º, da CRFB) por restar superada pelo Tema 897 do Supremo Tribunal Federal" (fl. 778)..

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

Inicialmente, relembro que a leitura do art. 1.042, caput, do CPC/15 permite inferir que não cabe agravo contra decisão que não admite recurso especial com fundamento na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral.

Portanto, deve ser mantida a decisão do Tribunal de origem no que respeita ao tema da prescrição do ressarcimento ao erário.

Feita essa observação, passo ao exame das demais questões veiculadas no recurso especial interposto às fls. 618/632.

Neste ponto, convém lembrar que, nos termos da jurisprudência desta Corte, "o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico" (**REsp 951.389/SC**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011). Em outras palavras, o dolo, nessas hipóteses, resta consubstanciado na vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica, ou, ainda, na anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria, sendo despreciando perquirir acerca de finalidades específicas.

Pois bem, ao manter a condenação da ora agravante, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim se pronunciou (fls. 545/547):

[...]

De se ver, portanto, que, segundo a narrativa firmada pelo acórdão recorrido, restaram devidamente comprovados todos os elementos exigidos para a configuração do ato ímprobo, inclusive no que respeita ao seu elemento anímico (dolo). Logo, para se dissentir dessa conclusão, como almejado pela

agravante, indispensável seria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada em especial apelo, como decorre da Súmula 7/STJ.

ANTE O EXPOSTO, conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Sustenta a parte embargante que o julgado restou omissos quanto às seguintes questões: (a) diante do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva acerca do ato tido por ímprobo, *"não mais caberia o ajuizamento da Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa pelo Ministério Público, mas sim a Ação de Ressarcimento pela via própria e pelo ente prejudicado, na hipótese dos autos o Estado do Rio de Janeiro"* (fl.817); (b) *"não poderiam os MM. Julgadores a quo fixar a condenação com base na data da contratação (como feito), mas sim fixar a condenação de ressarcimento de valores efetivamente recebidos pela embargante, já que o artigo 12 da LIA exige que o ato praticado pelo agente tenha causado efetivo prejuízo"* (fl. 819).

Por fim, requer o acolhimento dos aclaratórios e, nessa extensão, que seja conhecido e provido o recurso especial.

Impugnação às fls. 838/847.

É O RELATÓRIO. PASSO À FUNDAMENTAÇÃO.

De acordo com o art. 1.022 do CPC/2015, são cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de obscuridade, contradição, omissão ou para correção de erro material.

In casu, verifica-se que o *decisum* embargado efetivamente se encontra omissos quanto à questão elencada pela parte ora embargante, razão pela qual passo ao seu exame.

Nas razões do recurso especial, a parte ora embargante apontou violação aos seguintes dispositivos legais:

a) arts. 12 e 23, I, da Lei 8.429/1992, aduzindo, em apertada síntese, que, diante do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva acerca do ato tido por ímprobo, não mais teria o Ministério Público legitimidade para o ajuizamento da subjacente ação civil pública por ato de improbidade administrativa, de modo que o

eventual ressarcimento do erário "*deve ser pleiteado pela via própria e pelo ente lesado, ou seja, pelo Estado do Rio de Janeiro*" (fl. 622);

b) art. 12 da LIA, tendo em vista que "*não poderia ser condenada a devolução de valores no período de 01/10/1997 a 30/09/1999, por não haver comprovação de recebimento de salários do referido período, já que o órgão pagador informou que somente houve pagamento no período de 01/10/1999 a 30/04/2002. Não houve comprovação de dano naquele período (requisito imprescindível na forma do artigo 12 da LIA), sendo impossível a condenação por dano hipotético*" (fl. 629).

Pois bem.

Os dispositivos legais tidos por afrontados têm a seguinte redação:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da

qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

[...]

Como se vê, esses dispositivos legais não possuem comando normativo capaz de sustentar as teses de ilegitimidade ativa *ad causam* do *Parquet* estadual e de inadequação da via eleita, razão pela qual incide na espécie a Súmula 284/STF, por analogia.

Acrescente-se, ademais, que o Tribunal de origem afastou a tese de ilegitimidade ativa a partir da interpretação do art. 25, IV, *b*, da Lei 8.625/1993 c/c o art. 34, I, *g*, *i* e *k*, da Lei Complementar Estadual 106/2003; por sua vez, a tese de inadequação da via eleita foi rejeitada com base nas disposições do art. 5º, LXXIII e 129, III, da Constituição Federal c/c o art. 1º, IV, da Lei 7.347/1985 e a Lei 8.429/1992.

Sucedendo que, não bastasse o fato de a parte recorrente não ter interposto recurso extraordinário para impugnar o fundamento constitucional do acórdão recorrido, o que atrai a incidência da Súmula 126/STJ, verifica-se, ainda, que o apelo nobre não impugnou especificamente os demais fundamentos infraconstitucionais lançados pelo Tribunal de origem, o que também dá ensejo à aplicação da Súmula 283/STF, por analogia.

Melhor sorte não socorre a parte embargante no que tange ao ressarcimento.

Com efeito, o Tribunal de origem entendeu que o termo *a quo* para fixar o *quantum* a ser ressarcido aos cofres públicos é a data da contratação da parte ora embargante, nos seguintes termos (fl. 647):

Superior Tribunal de Justiça

Em relação aos valores que devem ser devolvidos ao erário, restou comprovado, por documento público emitido pela Secretaria de Estado de Direitos Humanos e Sistema Penitenciário - Departamento Geral de Ações Socio educativas - DEGASE (fl. 48, index 00061), que a contratação da ré foi realizada no dia 01/10/1997. Desse modo, não há falar em equívoco da sentença, ao estabelecer o limite temporal da condenação, vez que se baseou em documento público, encaminhado pela própria contratante da ré. Assim, correta a condenação da demandada a devolver, ao erário, o valor total recebido, a ser apurado em liquidação de sentença, haja vista que, uma vez constatada a existência de dano ao patrimônio público, os artigos 5º e 6º, da Lei de Improbidade Administrativa e o § 4º, do art. 37, da Constituição da República determinam o ressarcimento, aos cofres públicos, de todo o prejuízo ilicitamente causado.

Buscando infirmar tal conclusão, a parte embargante aduz no apelo nobre que *"não poderia ser condenada a devolução de valores no período de 01/10/1997 a 30/09/1999, por não haver comprovação de recebimento de salários do referido período, já que o órgão pagador informou que somente houve pagamento no período de 01/10/1999 a 30/04/2002. Não houve comprovação de dano naquele período (requisito imprescindível na forma do artigo 12 da LIA), sendo impossível a condenação por dano hipotético"* (fl. 629).

Ocorre que tal premissa fática – *"o órgão pagador informou que somente houve pagamento no período de 01/10/1999 a 30/04/2002"* (fl. 629) – não foi examinada pelo Tribunal de origem, malgrado a oposição de embargos declaratórios, restando ausente seu necessário prequestionamento, nos termos da Súmula 211/STJ.

Outrossim, para se acolher a pretensão da parte embargante, seria necessária nova incursão na seara fático-probatória dos autos, o que esbarra na vedação da Súmula 7/STJ.

ANTE O EXPOSTO, acolho os embargos declaratórios de fls. 817/821, para sanar a omissão existente no julgado, sem efeitos modificativos.

Publique-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 02 de abril de 2020.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator