

QUARTOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
EMBTE.(S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTDO.(A/S) : **ADILSON FRANCO PENTEADO**
ADV.(A/S) : **JOSÉ GERALDO SIMIONI**
INTDO.(A/S) : **PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITATIBA**
ADV.(A/S) : **NATALINA APARECIDA DELFORNO DOS SANTOS ALVES**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE ITATIBA**
INTDO.(A/S) : **CELSO APARECIDO CARBONI**
ADV.(A/S) : **CELSO APARECIDO CARBONI**
INTDO.(A/S) : **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB**
ADV.(A/S) : **EGON RAFAEL DOS SANTOS OLIVEIRA**
ADV.(A/S) : **CLAUDIA PAIVA CARVALHO**
ADV.(A/S) : **MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO**
ADV.(A/S) : **RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO**
ADV.(A/S) : **OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JUNIOR**
ADV.(A/S) : **FERNANDA MARINELA DE SOUSA SANTOS NUNES**
ADV.(A/S) : **LIZANDRA NASCIMENTO VICENTE**
ADV.(A/S) : **ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE**
ADV.(A/S) : **MANUELA ELIAS BATISTA**
ADV.(A/S) : **BRUNA SANTOS COSTA**
INTDO.(A/S) : **CESA - CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS**
ADV.(A/S) : **RUBENS NAVES E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **ANTÔNIO SÉRGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C LTDA**
ADV.(A/S) : **RODRIGO ALEXANDRE DE OLIVEIRA**
ADV.(A/S) : **ANTONIO SERGIO BAPTISTA**
ADV.(A/S) : **JULIANA ARANHA FONTES**
ADV.(A/S) : **MARIA FERNANDA PESSATTI DE TOLEDO E**

RE 656558 ED-QUARTOS / SP

OUTRO(A/S)

ADV.(A/S)

: BRUNA SILVEIRA SAHADI

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cuida-se de quatro embargos de declaração opostos contra acórdão mediante o qual o Tribunal Pleno fixou tese para o Tema nº 309, deu provimento ao RE nº 656.558/SP, restabelecendo a decisão de improcedência da ação, e julgou prejudicado o RE nº 610.523/SP. Eis o teor da referida tese:

“a) O dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal), de modo que é inconstitucional a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa prevista nos arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária. b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com a responsabilidade profissional exigida pelo caso, observado, também, o valor médio cobrado pelo escritório de advocacia contratado em situações similares anteriores.”

Os **primeiros embargos de declaração** (e-doc. 240) foram opostos pelo Ministério Público do Estado de São Paulo após a publicação da ata do julgamento do mérito. Eles giram em torno das seguintes alegações: a)

RE 656558 ED-QUARTOS / SP

o Tribunal teria incidido em julgamento **extra petita** ao reconhecer a inconstitucionalidade da modalidade culposa de ato de improbidade administrativa embasado nos arts. 5º ou 10 da Lei nº 8.429/92; b) o julgado embargado teria sido omissivo em relação à decisão tomada pela Corte no Tema nº 1.199 e à ideia de que o dolo não configuraria imposição do § 4º do art. 37 da Constituição Federal; c) existiria necessidade de modulação dos efeitos da decisão, a fim de que sejam imunizadas as decisões transitadas em julgado nas quais foi reconhecida a prática de ato de improbidade administrativo culposos.

Por sua vez, os **segundos embargos de declaração** (e-doc. 279) foram opostos contra o acórdão publicado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), admitido nos autos na qualidade de assistente de Antônio Sérgio Baptista Advogados Associados S/c Ltda.. Sustentou o embargante que: a) haveria erro material no item 'b' da tese transcrita na ementa do acórdão recorrido; b) a Corte, sob pena de contradição, não poderia ter imposto condições adicionais especificamente para a contratação direta de serviços advocatícios com base nos arts. 13, inciso V, e 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93, devendo ser retomada a tese originariamente proposta pelo Relator no tocante a essa contratação; c) a Corte teria incorrido em omissão ao não restringir o disposto no item b da tese da repercussão geral à contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública Municipal.

Após a republicação do acórdão com a correção do erro material, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) opôs os **terceiros embargos de declaração** (e-doc. 288), ratificando apenas as alegações relacionadas à citada omissão e à referida contradição, pendentes de apreciação. O Ministério Público do Estado de São Paulo, por sua vez, ratificou integralmente (e-doc. 292) os primeiros embargos de declaração por si opostos.

Já a União opôs os **quartos embargos de declaração**, pleiteando a modulação dos efeitos da decisão, para que haja aplicação prospectiva da tese de inconstitucionalidade, a partir da publicação do acórdão do Tema

RE 656558 ED-QUARTOS / SP

nº 309, às ações em curso ainda não transitadas em julgado, com a consequente preservação integral da coisa julgada formada anteriormente à publicação do acórdão, impedindo-se a propositura de ações rescisórias fundadas exclusivamente na tese da inconstitucionalidade da modalidade culposa de improbidade administrativa. Pediu a União, ainda, que, superado esse item, a Corte esclareça que a declaração de inconstitucionalidade prevista no acórdão embargado não deve ter o condão de desconstituir a condenação ao ressarcimento ao erário em virtude de atos de improbidade administrativa culposos.

DOS PRIMEIROS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO (E-DOC. 240)

Exceto quanto à questão atinente à modulação dos efeitos da decisão, verifico que os primeiros embargos de declaração não merecem ser acolhidos.

De início, destaco que as partes não podem levantar questão de ordem. Nesse sentido: RE nº 651.703/PR-ED-ED, Tribunal Pleno, de **minha relatoria**, DJe de 29/4/22.

Ademais, o julgado embargado não incorreu em omissão, tendo o órgão julgador decidido, fundamentadamente, todos os pontos colocados em debate, nos limites necessários ao deslinde do feito. Outrossim, a contradição que autoriza opor o recurso declaratório deve ser interna à decisão, verificada entre os fundamentos do julgado e sua conclusão, o que não ocorreu no caso em tela. Da mesma forma, a decisão não é obscura, pois a ela não faltam clareza nem certeza quanto ao que foi decidido.

No caso concreto, a condenação por ato de improbidade administrativa se deu tendo presente simples vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito. Nos autos do AI nº 791.811/SP (posteriormente substituído pelo presente RE nº 656.558//SP), o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no que interessa ao presente ponto, a repercussão da matéria relativa ao “alcance das sanções impostas pelo

RE 656558 ED-QUARTOS / SP

art. 37, § 4º, da Constituição Federal aos condenados por improbidade administrativa” (grifo nosso). O assunto passou a corresponder ao Tema nº 309.

No julgado ora embargado, a Corte, **interpretando citado dispositivo constitucional, foi clara ao assentar que o dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa. Anote-se que esse dispositivo não se restringe aos atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da administração pública, abrangendo todos os tipos de atos de improbidade administrativa.**

O Tribunal, assim, afastou a modalidade culposa de **qualquer tipo** de ato de improbidade administrativa, bem como, evidentemente, a responsabilização objetiva por ato de improbidade administrativa. Inexiste, portanto, qualquer impropriedade no reconhecimento da inconstitucionalidade da modalidade culposa de ato de improbidade administrativa prevista nos arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária.

Ademais, a decisão tomada pela Corte no Tema nº 1.199 foi considerada no julgado ora embargado. Na ocasião, realcei que a invocação desse tema seria insuficiente para pacificar a discussão em torno do art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Cabe, ainda, destacar que o presente caso é muito mais antigo do que o próprio reconhecimento da repercussão geral do referido Tema nº 1.199, que se deu em 24/2/22 (Tema nº 1.199). Com efeito, relembre-se que o AI nº 791.811/SP, do qual se originou este recurso extraordinário, foi autuado nesta Corte em março de 2010. Anote-se também que a primeira vez que liberei o presente Tema nº 309 para julgamento foi em fevereiro 2015 e que o exame de seu mérito pelo Tribunal Pleno se iniciou em junho de 2017, portanto antes mesmo da própria existência daquele outro tema.

Consigno, ainda, que, no julgado embargado, ficou vencida a corrente que sustentava a simples aplicação, no presente caso, das teses fixadas no Tema nº 1.199 e a possibilidade da existência da modalidade

RE 656558 ED-QUARTOS / SP

culposa de ato de improbidade administrativa. Como se vê, o acolhimento dos embargos de declaração quanto a essas questões, importaria concessão de efeitos infringentes ao recurso e na conversão da corrente vencida em corrente vencedora.

No mais, verifico ser o caso de se modularem os efeitos da decisão, embora não nos termos pleiteados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (em seu modo de ver, as decisões transitadas em julgado devem ser imunizadas), sob pena de esvaziamento da própria tese fixada.

DA PROPOSTA DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO

Até o advento da Lei nº 14.230/21, a qual estabeleceu ser necessário o dolo para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa, a Lei de Improbidade Administrativa vigeu por 29 anos com a previsão, em seus arts. 5º e 10, da modalidade culposa de ato de improbidade administrativa. Em outros termos, por quase três decênios esses dispositivos vigoraram com presunção de constitucionalidade. É evidente que, ao longo desse tempo, diversas condenações por ato culposos transitaram em julgado.

As sanções possíveis de serem aplicadas no caso de ato de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, que admitia a modalidade culposa, estavam previstas na redação original do inciso II do art. 12 da referida lei. Eram elas: a) ressarcimento integral do dano; b) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer essa circunstância; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos; e) pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano; f) proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual o sancionado seja sócio majoritário pelo prazo de 5 (cinco) anos. Tais sanções podiam ser aplicadas independentemente das ações penais, civis e administrativas. Cabe registrar, contudo, que, desde a liminar do Ministro **Gilmar Mendes** deferida na ADI nº 6.678/DF, que conferiu ao

RE 656558 ED-QUARTOS / SP

art. 12, inciso II, em comento interpretação conforme à Constituição Federal, a sanção de suspensão de direitos políticos não se aplicava a atos de improbidade culposos que causam dano ao erário.

Com o julgamento do mérito do presente tema de repercussão geral (ata foi publicada no DJe de 4/11/24), firmou-se a inconstitucionalidade da modalidade culposa de qualquer ato de improbidade administrativa. A rigor, se não houver modulação, abre-se a possibilidade de reversão de diversas situações já consolidadas, decorrentes daquelas decisões transitadas em julgado. Nesse contexto, abre-se espaço para, **v.g.:** a) a restituição, para o condenado, de valores já recolhidos aos cofres públicos a título de multa e/ou ressarcimento integral do dano; b) discussões sobre eventual direito a ingresso em (ou retorno a) função pública, emprego público, cargo público, cargo eletivo etc., com as consequências daí decorrentes (como cobrança retroativa de remunerações não pagas), em razão da indevida aplicação da sanção de perda da função pública ou suspensão dos direitos políticos; c) discussões sobre eventual perda de chance de contratar com o Poder Público ou direito de receber, retroativamente, benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios que não foram concedidos. Permitir a reversão de situações consolidadas pode gerar, entre outras consequência, importantes impactos negativos no erário dos diversos níveis federativos, afora o ajuizamento de diversas ações rescisórias.

Por razões de segurança jurídica e de interesse social, julgo ser o caso de se determinar, a título de modulação dos efeitos da decisão, o seguinte: (i) devem ser mantidas as situações consolidadas até a data da publicação da ata do julgamento do mérito, observada a liminar do Ministro **Gilmar Mendes** deferida na ADI nº 6.678/DF; e (ii) as condenações por ato culposo de improbidade administrativa ou em razão de responsabilidade objetiva por ato de improbidade administrativa transitadas em julgado não poderão ser mais executadas a partir da data da publicação da ata do julgamento do mérito.

Note-se que, em razão do item (i) da proposta de modulação, ficam

RE 656558 ED-QUARTOS / SP

mantidas, por exemplo: a sanção de perda da função pública ou de suspensão de direitos políticos consolidada até aquela data, com as consequências daí decorrentes, observada a liminar do Ministro **Gilmar Mendes** deferida na ADI nº 6.678/DF; as multas pagas e os ressarcimentos ao erário realizados até o citado marco; as proibições de contratar com a Administração Pública concretizadas até então, não sendo possível eventual discussão sobre perda de chance de contratar; os benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios não recebidos também até a data em alusão, o quais não poderão ser cobrados retroativamente.

Já em razão do item (ii), *v.g.*, o Poder Público não poderá mais cobrar débitos ainda em aberto a título de multas aplicadas e/ou de ressarcimento integral do dano. Ademais, a partir do referido marco temporal (data da publicação da ata do julgamento do mérito), cessa a contagem dos prazos eventualmente remanescentes, atinentes à perda de direitos políticos e à 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.

DOS SEGUNDOS E TERCEIROS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, OPOSTOS PELO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (CFOAB) (E-DOC. nºs 279 E 288)

Em relação ao erro material apontado nos segundos embargos de declaração, verifica-se que a questão ficou prejudicada com a republicação do acórdão com a devida correção.

No mais, é o caso de rejeição dos segundos embargos de declaração na parte não prejudicada, bem como dos terceiros embargos de declaração (os quais, a rigor, consistiram em ratificação daqueles, na parte não prejudicada).

Com efeito, a Corte não incorreu em contradição ou omissão ao fixar na tese de repercussão geral **condições para a contratação direta** (arts. 13, inciso V, e 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93) **especificamente de serviços**

RE 656558 ED-QUARTOS / SP

advocatícios pela Administração Pública de qualquer dos níveis federativos.

No início do voto que proferi no julgamento ora embargado, expressamente consignei que uma das matérias em debate cuidava da análise da contratação direta (inexigibilidade de licitação) justamente dos citados serviços (advocatícios), e não de serviços de outra natureza. É certo, ainda, que os arts. 13, inciso V, e 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93, invocados para a tal contratação, são aplicáveis à Administração Pública de todos os níveis federativos, e não apenas à Administração Pública Municipal.

Paralelamente a isso, atente-se que a condição prevista no subitem (i) da letra **b** da tese de repercussão geral (inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público), resumidamente, se conecta à compreensão constitucional de que, em regra, “assessoria jurídica das entidades federativas, tanto na vertente consultiva como na defesa em juízo, ca[be] aos advogados públicos”, como bem registrou o Ministro **Roberto Barroso** na ADC nº 45/DF, **sendo exceção a referida contratação direta de advogados privados**. E a condição prevista no subitem (ii), atinente ao preço, está relacionada intimamente ao princípio constitucional da razoabilidade, como igualmente indicou Sua Excelência naquele caso. Acrescente-se que, no tocante a esse ponto, assim me manifestei ao proferir aditamento ao voto:

“Em primeiro lugar, reconheço a necessidade de que o preço cobrado pelo escritório de advocacia deve refletir a responsabilidade que o advogado assume no caso. É preciso levar em conta que os contratos administrativos estão sujeitos a exigências e regras específicas (como cláusulas exorbitantes) e, nesse contexto, existe a possibilidade de o advogado, v.g., ter de indenizar o poder público ou o ente contratante caso cometa algum erro.

Em segundo lugar, esclareço que o ‘preço compatível com

RE 656558 ED-QUARTOS / SP

o praticado pelo mercado' é aquele que considera a realidade particular de cada escritório de advocacia, e não propriamente a base total de escritórios de advocacia existentes no mercado. Isso é, trata-se do valor médio cobrado por determinado escritório de advocacia em situações similares anteriores. Creio que essa referência seja segura o suficiente para homenagear os interesses dos escritórios de advocacia contratados e os do poder público.

Ademais, entendo que exigir que o preço cobrado fosse compatível com o praticado pela base total de escritórios de advocacia existentes no mercado contrastaria, de maneira desarrazoada, com um importante requisito que embasa a contratação por inexigibilidade de licitação: se determinado escritório contratado é que preenche o requisito da natureza singular (no que se inclui a avaliação do grau de confiança), não faria muito sentido comparar o preço por ele cobrado com o preço relativo à base total de escritórios de advocacia existentes no mercado, os quais (salvo o próprio contratado) não atendem àquele requisito."

Reitero, portanto, que, ao contrário do argumento do embargante, não há que se falar em contradição ou omissão no acórdão embargado. Insta, ademais, destacar que não se prestam os embargos de declaração para o fim de se promover o rejuízo da causa.

DOS QUARTOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, OPOSTOS PELA UNIÃO (E-DOC. 297)

Verifica-se que a União foi admitida nos autos na qualidade de **amica curiae**.

Curvando-me à orientação prevalecente no julgamento dos primeiros, dos segundos, dos terceiros e dos quartos embargos de declaração no RE nº 949.297/CE (Tema nº 881) e dos primeiros e dos segundos embargos de declaração no RE nº 955.227/BA (Tema nº 885),

RE 656558 ED-QUARTOS / SP

verifica-se que a Corte não admite embargos de declaração de **amicus curiae** contra julgamento do mérito de tema com repercussão geral.

Nessa toada, é o caso de não se conhecer dos quartos embargos de declaração. Registre-se, de mais a mais, que a questão da modulação dos efeitos da decisão já foi enfrentada na análise dos primeiros embargos de declaração.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, i) não conheço dos quartos embargos de declaração; ii) rejeito os segundos embargos de declaração, na parte não prejudicada, bem como os terceiros embargos de declaração, e iii) acolho, em parte, os primeiros embargos de declaração, para, a título de modulação dos efeitos da decisão, estabelecer que: a) ficam mantidas as situações consolidadas até 4/11/24, data da publicação da ata do julgamento do mérito, observada a liminar do Ministro **Gilmar Mendes** deferida na ADI nº 6.678/DF; b) as condenações em razão de ato culposo de improbidade administrativa ou de responsabilidade objetiva por ato de improbidade administrativa transitadas em julgado não poderão ser mais executadas a partir da referida data.

É como voto.