

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR):** O aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF).

A Constituição de 1988 privilegiou o combate à improbidade administrativa, para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava Platão, na clássica obra REPÚBLICA, a punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva para que os servidores públicos não se deixem *"induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado"*.

O combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados.

A corrupção é a negativa do Estado Constitucional, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos, pois não só desvia os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos, mas também corrói os pilares do Estado de Direito e contamina a necessária legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da Democracia representativa, pois, como afirmado por MARCO TÚLIO CÍCERO (*Manual do candidato às eleições*):

"fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois não apenas se impregnam de vícios eles mesmos, mas os

## RE 852475 / SP

infundem na sociedade, e não apenas a prejudicam por se corromperem, mas também porque a corrompem, e são mais nocivos pelo exemplo do que pelo crime (As leis, III, XIV, 32)".

Essa inovação constitucional de 1988, em permitir tratamentos sancionatórios diferenciados entre os *atos ilícitos em geral* e os *atos de improbidade administrativa*, inclusive com a normatização em parágrafos diversos, decorreu da necessidade de se punir mais severamente a *ilegalidade qualificada*, ou seja, a Constituição comandou ao Congresso Nacional a edição de lei que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência.

No dizer de WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, "*a Lei federal 8.429/92 instituiu no direito brasileiro um autêntico código da moralidade administrativa*" (Enriquecimento ilícito de agentes públicos. Evolução patrimonial desproporcional a renda ou patrimônio. RT 755/94); e, como bem acentuado por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, a previsão constitucional de punição da improbidade administrativa reflete "*a revolta do povo brasileiro contra a corrupção nos escalões governamentais e administrativos*". (Comentários à Constituição brasileira de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 253). Como bem salienta IVES GANDRA DA SILVA MARTINS:

"é irresponsável aquele que macula, tisona, fere, atinge, agride a moralidade pública, sendo ímprobo administrador, favorecendo terceiros, praticando a concussão ou sendo instrumento de corrupção" (Aspectos procedimentais do instituto jurídico do *impeachment* e conformação da figura da improbidade administrativa. RT 685/286).

A Constituição Federal, portanto, no campo civil, pretendeu punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou

## RE 852475 / SP

de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativas, mas, para tanto, exigiu a tipificação legal das condutas denominadas “atos de improbidade” e geradoras das graves sanções previstas no § 4º do art. 37 e disciplinadas no art. 12 da Lei 8.429/1992, de maneira a possibilitar a ampla defesa e o contraditório.

A lei definiu os atos de improbidade administrativa como aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da Administração Pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 337; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 83; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 60 e ss.; MELLO, Cláudio Ari. Improbidade administrativa: considerações sobre a Lei nº 8.426/92. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, ano 3, n. 11, abr./jun. 1995, p. 49).

A *natureza civil* dos atos de improbidade administrativa é essencial para a análise da questão prescricional e decorre do comando constitucional, que é bastante claro ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula “*sem prejuízo da ação penal cabível*”. Nesse exato sentido, FÁBIO KONDER COMPARATO ensina que:

"a própria Constituição distingue e separa a ação condenatória do responsável por atos de improbidade administrativa às sanções por ela expressas, da ação penal cabível, é, obviamente, porque aquela demanda não tem natureza penal" (Ação de improbidade: Lei 8.429/92. Competência ao juízo do 1º grau. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 1, n. 9, jan. 1999.).

Esse é o mesmo entendimento de GIANPAOLO POGGIO SMANIO e de DAMÁSIO DE JESUS, ao afirmarem que:

"as sanções previstas para os atos de improbidade administrativa são de natureza civil, distintas daquelas de natureza penal. Os atos de improbidade administrativa deverão ser analisados na esfera da ilicitude dos atos civis e não dos tipos penais" (Responsabilidade penal e administrativa de prefeitos municipais. *Boletim IBCCrim*, n. 54, maio 1997).

Em que pese sua natureza civil, o ato de improbidade administrativa exige, para a sua consumação, um desvio de conduta do agente público, devidamente tipificado em lei, e que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público, mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções. Há, portanto, necessidade de apontar os fatos e imputações de cada um dos réus, mesmo que não se exija a mesma rigidez de tipicidade do campo do Direito Penal, pois não há responsabilidade objetiva que possibilite as sanções da Lei de Improbidade Administrativa, devendo ser demonstrado o elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo, e, excepcionalmente, em condutas do art. 10, o elemento normativo culpa (STJ, 1ª T., REsp 926.772/MA, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI; STJ, 2ª T., REsp 1.042.100/ES, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES).

A lei adotou a posição mais ampla possível para possibilitar a responsabilização geral daqueles que pratiquem atos de improbidade administrativa, independentemente de sua condição de pessoa física ou jurídica, agente público ou privado (FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa; comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 27; MATTOS NETO, Antonio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. *RT* 752/ 31).

O servidor público será o autor do ato lesivo ao ordenamento jurídico, pois as três espécies de atos de improbidade previstas na Lei 8.429/1992 (arts. 9º, 10 e 11) exigem sua conduta (*improbidade própria*);

## RE 852475 / SP

enquanto o particular - pessoa física ou jurídica - que induzir, concorrer ou se beneficiar do ato de improbidade será o partícipe (*improbidade imprópria*). Porém, a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa sempre exige a plena comprovação da responsabilidade subjetiva.

Nesse sentido, ao analisar a necessidade da presença do elemento subjetivo (dolo) para a prática dos atos de improbidade administrativa, o Ministro LUIZ FUX, então no SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ensinou que:

"a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade, quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador. *Destarte, o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a Responsabilidade objetiva*" (1ª TURMA – REsp 1.130.198/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 15/12/2010)

No mesmo sentido: RESP 604.151/RS, Min. TEORI ZAVASCKI, DJ de 8/6/2006; RESP 734.984/SP, 1ª T., Min. LUIZ FUX, DJ de 16/6/2008; RESP 875.425/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 11/2/2009; RESP 658.415/RS, 2ª T., Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 3/8/2006; RESP 626.034/RS, 2ª T., Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 5/6/2006; AgRg no RESP 479.812/SP, 2º T., Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 14/8/2007; 1ª T.,

## RE 852475 / SP

AgRg no RESP 1.122.474/PR, Rel. Min . ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 2/2/2011.

Essa premissa é importante por não permitir qualquer hipótese em que o Ministério Público ou qualquer outro dos colegitimados, pretendendo o ressarcimento ao erário decorrente da prática de ato de improbidade, aponte genericamente condutas de agente público sem o necessário elemento subjetivo do tipo e sem qualquer indicação que mostrasse a intenção de praticar ato de corrupção, caracterizando a acusação tão somente responsabilidade objetiva do réu, por exercer determinado cargo ou função pública, pois, como ressaltado pelo saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, quando no SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

"não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade" (RESP 827.455/SP, Red. p/ acórdão Min. TEORI ZAVASCKI).

A análise da imputação deve sempre demonstrar a existência clara e flagrante do elemento subjetivo do tipo, não restando qualquer dúvida sobre a prática de ilegalidade qualificada pela má-fé, ou seja, pela intenção da prática de ato de corrupção; pois, nos termos dos arts. 5º, 6º, 10 e 12 da Lei 8.429/1992, somente é possível responsabilizar os agentes públicos pela prática de ato de improbidade administrativa quando presente o elemento subjetivo do tipo, ou seja, quando estiver presente e comprovada nos autos a *"ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente"* (RESP 827.455/SP, Red. p/ acórdão Min. TEORI ZAVASCKI) por ser o elemento subjetivo *"essencial à configuração da improbidade"* (AgRg no RESP 1.122.474/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA), *"inexistindo a possibilidade da atribuição da Responsabilidade objetiva na esfera da Lei 8.429/92"* (RESP 875.425/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA), por ser vedada *"interpretação ampliativa"*, que

## RE 852475 / SP

*"poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público", exigindo-se, portanto, a "má-intenção do administrador" (RESP 1.130.198/PR, Rel. Min. LUIZ FUX).*

Em hipóteses nas quais a conduta imputada ao agente é realizada de maneira objetiva, sem comprovação de mera participação do agente público ou de terceiro, ou mesmo de parcela de sua responsabilidade - impedindo-se, dessa maneira, inclusive a possibilidade do exercício da ampla defesa - resultando patente a ausência do elemento subjetivo do tipo (dolo), não se poderá afirmar que a conduta do agente público foi direcionada para a corrupção, ou ausente o elemento normativo (culpa), quando possível (art. 10), estará descaracterizado o ato de improbidade administrativa, e, conseqüentemente, a aplicação das sanções estabelecidas na Lei 8.429/1992, inclusive o ressarcimento ao erário.

Dessa forma, a comprovação de responsabilidade subjetiva para a condenação por ato de improbidade administrativa, com a conseqüente aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992, inclusive a de *ressarcimento ao erário*, somente poderá ocorrer após a constatação da prática das elementares do tipo previstas nos arts. 9º, 10 ou 11, e, desde que presente o necessário elemento subjetivo do tipo (dolo), ou na hipótese do art. 10, também o elemento normativo (culpa), mediante o devido processo legal e a observância da ampla defesa e contraditório, na ação específica prevista nos arts. 14 a 18 da Lei 8.429/1992 e cujo prazo para ajuizamento está disciplinado em seu art. 23.

A condenação por improbidade administrativa e conseqüente imposição das respectivas sanções somente poderão ocorrer se, nos prazos fixados em lei, houver o ajuizamento da ação específica, e, após o devido processo legal, garantida a ampla defesa e o contraditório, houver uma decisão judicial condenatória.

Em um Estado de Direito, assim como no campo penal, também na responsabilidade civil por ato de improbidade, o Poder Público tem um prazo legal para exercer sua pretensão punitiva, não podendo, em regra, manter indefinidamente essa possibilidade, sob pena de desrespeito ao

devido processo legal.

As exceções à prescritibilidade estão única e exclusivamente previstas na Constituição Federal, no campo punitivo penal, nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e *imprescritível*, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIV - constitui crime inafiançável e *imprescritível* a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

O devido processo legal, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em restringir a liberdade ou a propriedade individual, entre elas, certamente, a estipulação de prazos fatais para o exercício das pretensões em juízo, na hipótese de improbidade administrativa.

O desrespeito às regras legais para o processo e julgamento por atos de improbidade administrativa, editadas em observância ao § 4º do art. 37, inclusive no tocante ao prazo possível para o ajuizamento da ação, conflita com a garantia do devido processo legal, que configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor, dentro de regras procedimentais previamente estabelecidas e que consagrem a plenitude de defesa e impeçam o arbítrio do Estado. Como salientado pelo Decano desta SUPREMA CORTE, Ministro CELSO DE MELLO, ao analisar o poder persecutório do Estado, “a própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado” (1ª Turma, HC 73.338/RJ).

A tese da *imprescritibilidade*, conforme ressaltado pela Ministra CÁRMEN LÚCIA, em voto no julgamento do RE 669.069/MG, prejudica o integral exercício do *direito de defesa*:



“Eu estou acompanhando, Presidente, e, como já foi afirmado, até mesmo o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, insuperável administrativista brasileiro, vinha sustentando até a 26ª edição do seu Curso de Direito Administrativo, a tese da imprescritibilidade, que ele, então, mudou e apresenta argumentos muito ponderáveis e aproveitáveis por nós, neste julgamento, exatamente para aquilo que ele chamou de "imprescritibilidade limitada". Ou seja, a Constituição teria adotado apenas para os casos específicos listados, como já foi aqui ponderado por muitos dos eminentes Pares que me antecederam. E, naquela ocasião, também esse foi um tema de discussão do 6º Congresso Mineiro de Direito Administrativo, e se registrou, na conclusão daquele Congresso, **que essa tese de imprescritibilidade esbarraria no direito de defesa, que é muitíssimo caro ao sistema constitucional**. Primeiro, porque não é do homem médio guardar, além de um prazo razoável, e hoje, até por lei, não se exige isso, a documentação necessária para uma eventual defesa.

(...)

O Professor Celso Antônio lembra que o prazo prescricional haverá de respeitar necessariamente o que é possível para um homem médio se defender. E bastaria este argumento para se ver que não se teria, em qualquer ato, a possibilidade de pleno exercício do direito de defesa. A Constituição se interpreta sistematicamente, garantindo os princípios fundamentais, um dos quais é exatamente este”.

**(sem destaques no original)**

Exatamente em respeito ao devido processo legal, o legislador consagrou o mandamento do § 4º do art. 37 da Constituição Federal e editou a Lei 8.429/1992, prevendo, expressamente, no art. 23, que:

“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;

(II) dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego

(III) até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei”

Não bastasse isso, não seria razoável que, considerando-se as mesmas condutas geradoras tanto de responsabilidade civil como de responsabilidade penal, *houvesse* imprescritibilidade implícita de uma única sanção pela prática de um ilícito civil definido como ato de improbidade, e *não houvesse* na esfera penal, que é de maior gravidade.

Em face da segurança jurídica, portanto, nosso ordenamento jurídico afasta a imprescritibilidade das ações civis patrimoniais. Como resultado, não deveria ter surgido qualquer dúvida quanto à prescritebilidade de todas as sanções civis por ato de improbidade administrativa, inclusive a de ressarcimento ao erário, pois a legislação observou o mandamento do próprio § 4º do art. 37, que exige a edição de lei específica para tipificar os atos de improbidade e estabelecer a forma e gradação de todas as sanções.

Nesse sentido, como bem destacado pelo Ministro MARCO AURÉLIO, nos debates no julgamento e no voto do RE 669.069/MG, o *sistema revela a incidência da prescrição contra ações patrimoniais*:

“De início, o sistema revela a incidência da prescrição contra ações patrimoniais. Por que teria o § 5º do artigo 37 – a parte final do parágrafo – o alcance de revelar imprescritíveis as ações patrimoniais de regresso do Poder Público contra o servidor, surgindo a incongruência apontada por Vossa Excelência? A ação de improbidade está submetida aos cinco anos, considerada a projeção, presente o término do exercício da função ou do próprio mandato.

(...)

Já adiantaria, inclusive, ponto de vista, porque há um sistema, e nunca soube de ação patrimonial imprescritível. Já adiantaria, se a matéria for essa. Por isso, observei que indagaria ao Plenário a questão prévia: o que estamos a julgar? Se a tese for essa, vou sustentar – e já agora na linha, inclusive, da melhor doutrina, Celso Antônio Bandeira de Mello, ele próprio evoluiu – que há prescrição – e o quinquênio precisa ser observado –, que a cláusula final do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal não encerra a imprescritibilidade das ações decorrentes de ato que possa ser rotulado como de improbidade administrativa, mesmo porque, quando o legislador quis, cogitou – como ressaltado pelo ministro Dias Toffoli – da imprescritibilidade, fazendo-o quanto ao racismo, a atos de grupos armados contra o Estado. Não o fez nesse campo, campo que diz respeito – vou afirmar – a uma questão patrimonial. (...)

O que se tem na Constituição Federal? O constituinte foi explícito quanto às situações jurídicas que afastam a prescrição, instituto voltado a preservar bem maior, a segurança jurídica. Ele o fez – e isso já foi ressaltado nesta assentada, principalmente no voto-vista do ministro Dias Toffoli – nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º. E ousou dizer que o fez de forma limitada, apenas no campo penal, não no campo cível, não no campo patrimonial. E tem-se alusão à imprescritibilidade do crime de racismo, também do crime praticado por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Presidente, repito mais uma vez: prescrição, como a decadência, que atinge o próprio direito, não simplesmente a pretensão, visa ter-se preservado esse bem que está agasalhado pela Carta de 1988, que é a segurança jurídica. Se formos, Presidente, ao Código Civil, veremos, por exemplo, que, não havendo norma que preveja expressamente, para a situação concreta, prazo prescricional, esse prazo é de dez anos. Veremos também que o prazo para a ação de reparação por ato ilícito é de três anos. A preocupação maior que se teve na redução dos prazos

prescricionais, considerado o Código Civil pretérito e o atual, foi enorme. Teria o Estado o direito eterno, inclusive contra os herdeiros, de a qualquer tempo, mesmo estruturado em termos de representação processual e ciente do prejuízo, ingressar em Juízo para obter a reparação do dano? Não, porque isso implicaria, como dito por Marçal Justen Filho, um direito de ação eterno e, pior, no campo patrimonial”.

Ocorre, porém, que a doutrina e a jurisprudência majoritárias, inclusive do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, passaram a entender que, apesar da *natureza civil do ato de improbidade* e da *natureza jurídica de sanção*, entre as várias aplicáveis pela Lei 8.429/1992, o ressarcimento ao erário seria o único protegido pelo manto da imprescritibilidade, em virtude da redação aparentemente equivocada do § 5º do art. 37 da CF.

Em virtude disso da errônea ideia de imprescritibilidade, que sempre será uma excepcional anomalia em qualquer sistema jurídico, em especial para aplicação de sanções, logo surgiu um novo conflito interpretativo e grave divergência processual doutrinária e jurisprudencial, até o momento não solucionados, sobre a adequação da ação a ser proposta para obter o ressarcimento ao patrimônio público discutindo o cabimento de ação ordinária autônoma ou a utilização da própria ação civil condenatória com base na própria Lei 8.429/1992, quando a obrigação de ressarcimento ao erário for derivada da prática de ato de improbidade administrativa, mesmo que as demais sanções estiverem prescritas, pois se verificou que a *imprescritibilidade dessa única sanção* poderia acarretar graves prejuízos ao *devido processo legal* e seus princípios corolários, *ampla defesa e contraditório*, pela permanência infinita do poder persecutório do Estado.

Em relação a esse problema específico da escolha de um desses instrumentos processuais, em face do posicionamento jurisprudencial do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA pela imprescritibilidade, tive a oportunidade de apontar, em artigo acadêmico na obra organizada pelo eminente Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, os perigos em se permitir o ajuizamento de mera ação de ressarcimento ao erário, uma vez

que o texto constitucional o prevê, nessa hipótese, como sanção pela prática e pela condenação por ato de improbidade, após o reconhecimento de responsabilidade subjetiva durante o devido processo legal, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório (*A necessidade de ajuizamento ou prosseguimento de ação civil de improbidade administrativa para fins de ressarcimento ao erário público, mesmo nos casos de prescrição das demais sanções previstas na Lei 8.429/1992*. Improbidade Administrativa. Temas atuais e controvertidos. Editora GEN: 2016). Dos males, entendo que o menor seria a possibilidade mais ampla de defesa na própria ação civil por ato de improbidade, que, porém, estaria desrespeitando o prazo processual para seu ajuizamento.

A questão principal, portanto, é mais aguda do que a mera escolha do instrumento processual adequado para obter esse específico ressarcimento ao erário decorrente de condenação por ato de improbidade administrativa, uma vez que *não há previsão constitucional expressa de imprescritibilidade da sanção de ressarcimento ao erário pela prática de ato de improbidade administrativa*.

A simples leitura da expressão “*ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*”, prevista no § 5º do art. 37 da CF, em sua literalidade, por si só, não permite a afirmação de ter sido adotada a imprescritibilidade de qualquer ação de ressarcimento ao erário, seja por atos ilícitos, seja por atos de improbidade administrativa, cujo comando constitucional, inclusive, se encontra em outro parágrafo, o § 4º.

A interpretação do texto constitucional não pode ser legitimada sem que se aprecie o conjunto das normas vigorantes, em uma necessária homogeneidade equilibrada de todo o ordenamento jurídico, sob pena de grave lesão a dispositivo constitucional não só quando é violentada a sua literalidade, mas também quando sua aplicação é apartada de seu espírito e de seu conteúdo.

O ordenamento jurídico adota o *princípio da prescritibilidade* como essencial à segurança jurídica das relações em sociedade, como salientado pelo Ministro DIAS TOFFOLI, em voto no julgamento do RE 669069/MG:

“Também devo destacar que a prescritibilidade das pretensões consiste em regra universal e foi adotada, no sistema jurídico brasileiro, como corolário dos princípios da segurança jurídica e da paz social, os quais estão entalhados na Carta da República. Daí poder-se concluir que a imprescritibilidade das ações só pode ser uma opção da própria Constituição, como ocorreu na eleição das ações penais relativas à prática de racismo (art. 5º, inciso XLII, CF) ou à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional ou o Estado democrático (art. 5º, inciso XLIV, CF). Também foi garantida constitucionalmente a imprescritibilidade do direito estatal sobre seus bens imóveis, dispondo-se que são insuscetíveis de usucapião os imóveis públicos urbanos ou rurais (arts. 183, § 3º e 191, parágrafo único, da CF)”.

Por isso, o afastamento excepcional de sua aplicação conduz à necessidade de interpretação restritiva do texto constitucional, por se constituir em uma ressalva destoante dos tradicionais princípios jurídicos que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit jus*); ainda mais se tratando, como na presente hipótese, de *sanção imposta pela prática de ato de improbidade administrativa*.

Em auxílio para a realização de uma interpretação equilibrada e homogênea do texto constitucional na presente hipótese, o elemento histórico é muito importante para a definição do conteúdo dessa expressão, pois, durante a Assembleia Nacional Constituinte, a redação inicial do § 4º do art. 44 – equivalente ao atual § 5º do art. 37 – do Projeto de Constituição (A) da Comissão de Sistematização foi elaborada da seguinte forma:

“A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS”

Porém, quando da apresentação do Projeto de Constituição (B) da

## RE 852475 / SP

Comissão de Sistematização, foi acolhida a emenda de Plenário 2P02039-9 que excluía essa expressão clara e incisiva – “QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS” –, tendo sido, conseqüentemente, expurgada do texto, conforme se verifica pela leitura de seu § 5º do art. 38 (correspondente ao atual § 5º do art. 37).

Antes de ser uma decisão isolada da Assembleia Nacional Constituinte, a exclusão dessa hipótese de imprescritibilidade foi uma clara e consciente opção em privilegiar a segurança jurídica, restringindo ao máximo essas excepcionalidades que causavam grande desconforto nos debates entre os constituintes.

A título exemplificativo, importante lembrar que o Projeto de Constituição “A” também dispunha sobre a “não incidência da prescrição no curso do contrato de trabalho e até dois anos de sua cessação” (art. 7º, XXVI). Posteriormente, a Emenda de Plenário 2P02038-1 inseria no dispositivo a expressão “imprescritibilidade” (art. 8º, XXVI). Porém, da mesma maneira que nas hipóteses de “ações de ressarcimento”, prevaleceu a consagração da segurança jurídica com a adoção pelo Projeto de Constituição “B” da incidência da prescrição com a adoção de prazos variados (art. 8º, XXIX), posteriormente, simplificada e tornada definitiva no atual texto (art. 7º, XXIX).

Repita-se que o legislador constituinte somente reservou a imprescritibilidade para os crimes de racismo e ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

A possibilidade de afastamento da tese de imprescritibilidade pela interpretação histórica foi salientada pelo Ministro ROBERTO BARROSO, em voto no julgamento do RE 669.069/MG:

“a regra geral no Direito brasileiro é a prescritibilidade, salvo as exceções inequívocas, que estão na Constituição, que são: o crime de racismo e as ações de grupos armados contra o Estado democrático e contra a Constituição. Portanto, nesses dois casos, eu não tenho dúvida. Esse dispositivo, que nós estamos debatendo, que é o 37, § 5º, ele tem um componente de obscuridade, na sua locução final, quando ele fala - apenas para

retomar a discussão na companhia de todos: Art. 37. ... § 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. Eu pedi uma breve pesquisa histórica para ver se os trabalhos constituintes esclareciam exatamente, o que se quis dizer com esta cláusula. E verifiquei, Presidente, que, numa redação anterior, penúltima redação antes da aprovação do texto final, essa cláusula dizia: "Ressalvadas as respectivas ações, que serão imprescritíveis". E, aí, esta locução final caiu, na última versão do texto constitucional, o que aumentou um pouco a perplexidade a ponto de sugerir que talvez a interpretação histórica seja no sentido de que o constituinte não quis tornar essas ações imprescritíveis".

A ressalva que permaneceu no § 5º do art. 37 da CF ("*ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*"), mesmo após a retirada da expressão "QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS", teve por finalidade evitar, principalmente, uma *anomia* em relação à possibilidade de ressarcimento ao erário em face de responsabilização pela prática de eventuais atos ilícitos, enquanto ainda não tipificados pela lei exigida no § 4º do art. 37 da CF como atos de improbidade administrativa.

A preocupação do legislador constituinte foi legítima, pois, em virtude da exigência do § 4º de edição de lei específica para a definição dos "atos de improbidade administrativa", bem como da forma e gradação da aplicação das sanções de suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, poderiam surgir dúvidas sobre a recepção do ordenamento jurídico que, desde a década de 1940, permitia ações de ressarcimento no caso de improbidade administrativa, apesar da inexistência de conceituação e de tipificação específica dos denominados "*atos de improbidade administrativa*".

Em outras palavras, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que ampliou a possibilidade de sanções por atos de improbidade administrativa, e em respeito aos *princípios da reserva legal e da*



## RE 852475 / SP

*anterioridade*, passou-se a exigir a edição de lei específica para tipificar as condutas correspondentes a atos de improbidade administrativa. Nesse momento, houve o justo receio do legislador constituinte quanto à ocorrência de interpretações que passassem a impossibilitar ações de ressarcimento ao erário pela prática de atos ilícitos tradicionalmente entendidos como improbidade administrativa, desde a década de 1940, mas ainda não tipificados pela nova legislação, que somente foi editada em 1992.

A ressalva prevista no § 5º do art. 37 da CF não pretendeu estabelecer uma exceção implícita de imprescritibilidade, mas obrigar constitucionalmente a recepção das normas legais definidoras dos instrumentos processuais e dos prazos prescricionais para as ações de ressarcimento do erário, inclusive referentes a condutas ímprobas, mesmo antes da tipificação legal de elementares do denominado “ato de improbidade” (Decreto 20.910/1932, Lei 3.164/1957, Lei 3.502/1958, Lei 4.717/1965, Lei 7.347/1985, Decreto-Lei 2.300/1986); mantendo, dessa maneira, até a edição da futura lei e para todos os atos pretéritos, a ampla possibilidade de ajuizamentos de ações de ressarcimento.

Essa previsão foi importante, pois, em que pese o combate específico à improbidade administrativa, no campo civil, ter sido iniciado na década de 1940, somente com a Constituição de 1988 foi estabelecida a exigência de edição de lei que tipificasse o denominado “*ato de improbidade administrativa*”, possibilitando, além do ressarcimento ao erário, a aplicação de graves sanções como a suspensão de direitos políticos, a perda do cargo ou função e a indisponibilidade de bens.

O Decreto-Lei Federal 3.240, de 8 de maio de 1941, previa, somente, o sequestro e a perda dos bens de autores de crimes que resultaram prejuízo para a Fazenda Pública, desde que resultasse locupletamento ilícito, e subsidiariamente a reparação civil do dano e a incorporação ao patrimônio público de bens de aquisição ilegítima de pessoa que exercesse ou tivesse exercido função pública.

A Constituição de 1946 estabeleceu a possibilidade de regulamentação legal sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso

## RE 852475 / SP

de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica (art. 141, § 3º). A regulamentação legal veio com a Lei 3.164/1957 (Lei Pitombo-Godói). Posteriormente, o Congresso Nacional editou a Lei 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto), estabelecendo as providências para o combate ao enriquecimento ilícito.

O AI 14/1969, ao conferir nova redação ao art. 150, § 11, da Constituição Federal de 1967, posteriormente renomeado para art. 153, § 11, pela EC 1/1969, da mesma maneira que a Constituição de 1946, estabeleceu a possibilidade de regulamentação legal sobre o confisco e sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta.

A Constituição Federal de 1988, portanto, foi mais além do que simplesmente prever o perdimento de bens e reparação de dano civil, pois em seu art. 37, § 4º, determinou que os atos de improbidade administrativa passariam a importar a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Porém, por ser norma constitucional de eficácia limitada, o § 4º somente seria aplicado a partir da edição da legislação específica correspondente, o que poderia acarretar um vácuo jurídico em relação ao ressarcimento ao erário nas hipóteses de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública que a legislação já admitia e que, certa e futuramente, seriam definidas como atos de improbidade administrativa. Em relação a essas hipóteses, o § 5º solucionou a questão da recepção, permitindo a continuidade das ações de ressarcimento ao erário nos prazos prescricionais já existentes, até a edição da lei específica (Lei 8.429/1992), que, inclusive, poderia nunca ter sido editada.

Portanto, a ressalva do § 5º do art. 37 permitiu a recepção dos prazos prescricionais existentes para as ações de ressarcimento decorrentes de

## RE 852475 / SP

graves condutas de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública pela legislação então em vigor, até que fosse editada a lei específica exigida pelo §4º do mesmo artigo; não tendo, portanto, estabelecido qualquer hipótese implícita de imprescritibilidade.

Esse também foi o entendimento explicitado pelo Ministro GILMAR MENDES, em voto no RE 669.069/MG:

“De qualquer sorte, se tivesse que me pronunciar sobre a temática, encaminharia o voto, de forma global, no sentido de uma releitura do texto, tal como fez o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, não vislumbrando, na ressalva, uma referência à imprescritibilidade”.

Atendendo ao mandamento constitucional e em respeito aos princípios da reserva legal, anterioridade, segurança jurídica e ao preceito jurídico universal de limitação de prazo de exercício de pretensões em juízo, em especial aquelas com conteúdo sancionatório, a Lei 8.429/1992 tipificou os denominados “*atos de improbidade administrativa*”, estabeleceu a forma e gradação na aplicação das sanções e o prazo prescricional para o ajuizamento da respectiva ação.

A edição da Lei 8.429/1992 concedeu eficácia plena ao § 4º do art. 37 da Constituição, norma especificamente dirigida à responsabilização pela prática de atos de improbidade, deixando, portanto, de ser necessária a aplicação do § 5º do mesmo art. 37 para os atos de improbidade praticados após a edição da referida lei.

Ao regulamentar o §4º do art. 37 da Constituição Federal, o art. 23 da Lei nº 8.429/1992 expressamente estabeleceu os prazos prescricionais para a propositura das “*ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas*” pela prática de ato de improbidade, da seguinte maneira:

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

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do

## RE 852475 / SP

serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

Importante salientar, ainda, que, nas hipóteses em que a conduta prevista como ato de improbidade administrativa também for tipificada como infração penal, nos termos do inciso II do art. 23 da Lei 8.429/1992 combinado com o § 2º do artigo 142 da Lei nº 8.112/1990 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos), os prazos prescricionais serão aqueles estipulados pela legislação penal. Dessa maneira, em face da gravidade dos atos de improbidade administrativa, a legislação equiparou o prazo para propositura das ações – inclusive de ressarcimento – aos prazos mais acentuados do Direito Penal.

Não há, portanto, qualquer previsão de imprescritibilidade nos §§ 4º e 5º do art. 37 em relação à sanção de ressarcimento ao erário por condenação pela prática de ato de improbidade administrativa, que deve seguir os mesmos prazos prescricionais do art. 23 da Lei 8.429/1992, com a complementação de que, se o ato de improbidade administrativa também for capitulado como crime, deverá ser considerado o prazo prescricional estabelecido na lei penal, como vem decidindo o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (MS 24.013/DF, Rel. p/Acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; AgRg RMS 31.506/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO).

Por fim, importante salientar que, em relação aos atos ilícitos atentatórios à probidade da administração pública, mas anteriores à Lei 8.429/1992, as ações de ressarcimento serão regidas pelas leis específicas, devendo ser aplicados os prazos prescricionais dos demais atos ilícitos, na forma como decidido em Repercussão Geral no RE 669.069 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI).

Obviamente, em relação aos ilícitos civis praticados antes da edição da Lei 8.429/1992, mesmo que correspondentes às tipificações dos arts. 9º, 10 e 11, em face dos *Princípios da Reserva Legal e Anterioridade*, o § 5º do artigo 37 da CF permanece com aplicabilidade total, inclusive no tocante

## RE 852475 / SP

aos prazos prescricionais para ação de ressarcimento, definidos por esta CORTE SUPREMA no julgamento do RE 669.069, de relatoria do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI.

Quanto aos ilícitos civis praticados antes da edição da Lei 8.429/1992, não há possibilidade de responsabilização dos agentes públicos por improbidade administrativa, nos termos do § 4º do art. 37. Conseqüentemente, não será possível a aplicação das sanções legais estabelecidas no art. 12 da referida lei, em virtude da necessidade de prévia previsão legal das condutas ilícitas, sob pena de ferimento aos princípios da reserva legal e anterioridade (FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 34, n. 136, out.-dez. 1997, p. 101; FIGUEIREDO, Marcelo. Responsabilidade por atos de improbidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, ano 5, n. 19, abr.-jun. 1997, p. 123; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Moralidade e impessoalidade administrativa. *RT* 766/107; MELLO, Cláudio Ari. Improbidade administrativa: considerações sobre a Lei 8.429/92. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: RT, n. 36, 1995, p. 176).

Dessa forma, os agentes públicos e terceiros somente poderão ser responsabilizados, nos termos do § 4º do artigo 37 da Constituição Federal, pelo cometimento de atos de improbidade posteriores à edição da Lei 8.429/1992, sendo vedada a aplicação do referido diploma legal retroativamente, como aponta IVES GANDRA DA SILVA MARTINS:

"Sendo a Lei 8.429/92, de 2-6-92, poderia ser aplicada retroativamente, ou seja, a fatos anteriores a sua promulgação? Entendo que não, muito embora a matéria sobre improbidade administrativa já tivesse tratamento penal pretérito." (*Aspectos procedimentais do instituto jurídico do impeachment e conformação da figura da improbidade administrativa - Parecer*. Disponível em [www.gandramartins.adv.br](http://www.gandramartins.adv.br)).

No caso concreto, o Ministério Público do Estado de São Paulo recorreu de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que,

## RE 852475 / SP

dando provimento ao recurso de apelação, reformou em parte sentença que julgara parcialmente procedente o pedido, para reconhecer a ocorrência de prescrição quanto aos réus ex-servidores públicos, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 415, doc. 4):

"Ação Civil Pública Licitação Alienação de bens móveis Avaliação abaixo do preço de mercado A Lei Federal n. 8.112/90 dispõe que a ação disciplinar prescreve em 5 (cinco) anos quanto às infrações puníveis com demissão (inciso I), sendo que o prazo prescricional começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido (§ 1º) Fatos ocorridos em 26.04.1995 e 21.11.95 Ação interposta em 03.07.2001 Ocorrência da prescrição Ação julgada extinta em relação aos ex-servidores. Recurso provido".

Alega o *Parquet*, com base no § 5º do art. 37 da CF, a imprescritibilidade da ação de improbidade administrativa ajuizada pela Lei 8.429/1992, no tocante à sanção de ressarcimento ao erário, tese diametralmente oposta à demonstrada no presente voto.

Diante de todo o exposto, VOTO PELO DESPROVIMENTO do recurso extraordinário, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição, com a fixação da seguinte TESE: "A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos e terceiros pela prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado pela Lei 8.429/1992 prescreve juntamente com as demais sanções do artigo 12, nos termos do artigo 23, ambos da referida lei, sendo que, na hipótese em que a conduta também for tipificada como crime, os prazos prescricionais são os estabelecidos na lei penal".