

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. EDSON FACHIN**
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) : **ANTÔNIO CARLOS COLTRI E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **RUY MALDONADO**
AM. CURIAE. : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

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 expreso (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,

RE 852475 / SP

§ 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, apreciando o tema 897 da repercussão geral, em dar parcial provimento ao recurso para afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e determinar o retorno dos autos ao tribunal recorrido para que, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento. Vencidos os Ministros Alexandre de Moraes (Relator), Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na

RE 852475 / SP

Lei de Improbidade Administrativa”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Nesta assentada, reajustaram seus votos, para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin, os Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso.

Brasília, 8 de agosto de 2018.

Ministro **EDSON FACHIN**
Redator para o acórdão

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 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) : **ANTÔNIO CARLOS COLTRI E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **RUY MALDONADO**
AM. CURIAE. : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário interposto em ação de improbidade administrativa em que se pleiteia a aplicação, aos réus, das sanções previstas no art. 12, II e III, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), inclusive de ressarcimento de danos. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso de apelação, reformando 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.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

No recurso extraordinário, a parte recorrente sustenta, preliminarmente, a existência de repercussão geral da matéria, conforme estabelece o art. 543-A, § 2º, do CPC/1973, porque a possibilidade de que

RE 852475 / SP

ocorra a prescrição da ação visando à recomposição do dano fará com que determinados atos fiquem impunes e que o Tesouro, formado com a contribuição de cada um dos integrantes da sociedade, seja diminuído (e-STJ, fl. 444, doc. 5).

Aponta ofensa ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, pois, “mesmo que se considerassem prescritas as penas previstas na Lei n. 8.429/92, esta prescrição não alcançaria a penalidade (...) de ressarcimento do erário” (e-STJ, fl. 445, doc. 5). Assevera, ademais, que “é indubitoso que a disposição do art. 37, § 5º, contém dois comandos: o primeiro, da prescritibilidade dos ilícitos administrativos praticados por qualquer agente público, segundo dispuser a lei e o segundo, o da imprescritibilidade das ações de ressarcimento, não podendo a lei, obviamente, dispor em contrário” (e-STJ, fl. 445, doc. 5). Alega, ainda, que ofende os princípios federativo e da autonomia municipal a aplicação, a ex-servidores públicos municipais, do prazo prescricional previsto na Lei 8.112/1990 para a pena de demissão.

Requer, por fim, o provimento do recurso extraordinário para que seja reformado o acórdão recorrido, “afastando-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição ou, quando menos, o afastamento da declaração de prescrição da sanção do ressarcimento do dano” (e-STJ, fl. 452, doc. 5).

Sem contrarrazões.

Em 29/4/2016, o processo foi submetido ao exame do Plenário Virtual, propondo-se fosse reconhecida a repercussão geral do tema relativo à prescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário de danos decorrentes de ato de improbidade administrativa.

Em 14/6/2016, o saudoso Min. TEORI ZAVASCKI determinou a suspensão do processamento de todas as demandas em tramitação no território nacional que tratem da mesma questão (vol. 9 dos autos eletrônicos).

Em parecer, o Procurador-Geral da República opinou pelo provimento parcial do recurso extraordinário, propondo a fixação da tese de que “São imprescritíveis as ações de ressarcimento do erário fundadas

RE 852475 / SP

na prática de ato de improbidade administrativa, independentemente de prévia declaração do ato como ímprobo e do agente que o pratique, servidor público ou não” (fl. 38, doc. 26).

A União, manifestando-se na qualidade de *amicus curiae*, defendeu o provimento do recurso extraordinário, ao argumento de que, “havendo prejuízo ao patrimônio público, desde que este seja fruto de ato ímprobo, deverá haver ressarcimento, sem que incida sobre essa pretensão qualquer prazo prescricional” (fl. 7, doc. 36). Sustentou, ainda, que “a mera descrição dos fatos, com indícios da prática de improbidade, é o necessário para que seja reconhecida a imprescritibilidade dessas ações, as quais também têm requisitos distintos da ação de improbidade, seja quanto ao procedimento (não há defesa preliminar), seja quanto à flexibilização do ônus da prova” (fl. 15, doc. 36).

É o relatório.

02/08/2018

PLENÁRIO

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*):

RE 852475 / SP

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

RE 852475 / SP

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

RE 852475 / SP

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).

RE 852475 / SP

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*); 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

RE 852475 / SP

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., 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

RE 852475 / SP

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 *"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

RE 852475 / SP

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

RE 852475 / SP

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:

RE 852475 / SP

“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 prescribibilidade 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

RE 852475 / SP

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

RE 852475 / SP

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

RE 852475 / SP

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

RE 852475 / SP

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”

RE 852475 / SP

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

RE 852475 / SP

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

RE 852475 / SP

1988, que ampliou a possibilidade de sanções por atos de improbidade administrativa, e em respeito aos *princípios da reserva legal e da 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.

RE 852475 / SP

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

RE 852475 / SP

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

RE 852475 / SP

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.

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 8.249/1992, 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,

RE 852475 / SP

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 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).

RE 852475 / SP

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

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? O próprio mestre Celso Antônio Bandeira de Mello evoluiu nessa matéria e, com fidelidade intelectual, deu a mão à palmatória, no que sustentou inicialmente a imprescritibilidade patrimonial, o que discrepa do sistema atual e pretérito.

RE 852475 / SP

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Exatamente, Ministro Marco Aurélio, até porque seria, além de tudo, essa falta de razoabilidade, uma inversão, como disse Vossa Excelência, no nosso ordenamento jurídico atual e pretérito, o que não raras vezes o ato de improbidade, a conduta - e eu diria que as condutas mais graves sempre também são tipificadas como crime...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mais um detalhe é a incongruência. Quer dizer: para as sanções, previstas no artigo 12 da Lei de regência, há o prazo prescricional de 5 anos, e não há quanto ao ressarcimento ao setor público...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Que é uma sanção aqui.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não sei se sanção ou consequência.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) – Cancelado.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Se Vossa Excelência me permite, art. 183, § 3º:

"§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião."

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) – Cancelado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Apenas proporia a substituição do "serão" por "são os estabelecidos na Lei Penal".

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - "São os estabelecidos na Lei Penal"; já aditado.

02/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminentes Pares e eminente Ministro-Relator, Ministro Alexandre de Moraes, que vem brindar este Colegiado e a comunidade jurídica brasileira com um voto que percorreu um dos temas mais relevantes que há, para se extrair da interpretação dos §§ 4º e 5º do art. 37 da Constituição Federal. Portanto, cumprimento o eminente Ministro-Relator, cujo entendimento, já por precedentes apreciados neste Colegiado, vai ao encontro - pelo menos é o que me parece - da compreensão majoritária deste Colegiado, exceto a minha, eis que, em ocasião anterior, já houvera me manifestado em sentido diverso.

Recebi, para reflexão - Sua Excelência teve a bondade de remeter -, a proposição de voto como também recebi, Senhora Presidente, nota técnica e outros elementos de natureza doutrinária, extremamente importantes, e que fazem uma reflexão, por meio da qual - como o eminente Ministro Marco Aurélio, aqui, já sinalizou, e também foi lembrado pelo eminente Ministro-Relator - levara alguns autores a alterar a compreensão, inicialmente, existente da imprescritibilidade.

É nessa direção que também pude haurir a sustentação que foi feita da tribuna pelo Professor Georghio Tomelin, aqui presente, que também trouxe a este Colegiado as reflexões não apenas feitas como advogado, no caso, mas também como professor e docente, o que revela uma virtude importante esta de unir o discurso à prática, que é uma clivagem, infelizmente, mais presente do se imagina, e, portanto, Vossa Senhoria recebe os nossos cumprimentos.

Também me permito, Senhora Presidente, dizer que não me alongarei no voto, uma vez que - como já disse, repito - conheço a posição majoritária deste Colegiado, mas, gostaria de cumprimentar os advogados e advogadas aqui presentes na pessoa do Doutor Eduardo Rocha Virmond, ilustre advogado e *bâtonnier* da Ordem do Advogados do Brasil da Seccional do Estado do Paraná.

RE 852475 / SP

E, ao fazer esses cumprimentos, Senhora Presidente, também me recorro da necessidade de, neste Colegiado, sem embargo de compreender que a maioria se formou, e eu acompanho, monocraticamente, por óbvio, a maioria, mas, aqui, no Colegiado, é também o espaço epistêmico do dissenso.

Tenho sustentado, nessas questões, um conjunto de ideias que vou, obviamente, resumir para não fazer uma espécie de panóplia argumentativa e encobrir-me atrás dessas "armas" de argumentos para, simplesmente, manifestar um ponto de vista vencido.

O que tenho sustentado pode ser resumido, basicamente, em quatro premissas sobre esta matéria.

A primeira delas é que a prescrição, efetivamente, é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, compreende a prescrição uma dimensão relevante, específica, do princípio da segurança jurídica, que é princípio de caráter vinculante e estruturante no Estado de Direito Democrático. Portanto, eis aqui uma premissa com a qual, creio, estamos todos de acordo.

A segunda - e aqui também creio que temos concordância -, há, na seara normativa e constitucional, uma série de exceções explícitas, portanto, exceções no texto constitucional à prescritibilidade, como a prática dos crimes de racismo, que corresponde ao inciso XLII do art. 5º da Constituição da República; a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e Estado Democrático, inciso XLIV do art. 5º da Constituição e, como o eminente Ministro Alexandre de Moraes acaba de lembrar, também o § 3º do art. 183, que trata da imprescritibilidade dos bens públicos.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Na verdade, Vossa Excelência que lembrou, eu esqueci.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas foi a partir da memória da tese normativa de Vossa Excelência, que eu só tive uma lembrança elementar, que foi do dispositivo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Também no campo patrimonial, mas imprescritibilidade aquisitiva.

RE 852475 / SP

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Isto. Trata-se de uma vedação da prescrição aquisitiva, regra essa, aliás, que é repetida no parágrafo único do art. 191 da mesma Constituição, dizendo, precisamente, a mesma preceituação.

A segunda premissa da qual parto é de que há exceções à prescritibilidade na Constituição. Creio que também aqui não temos divergência até este momento, especialmente com o eminente Ministro-Relator.

Uma terceira premissa - as premissas resumem o voto - diz respeito à seguinte ideia: que o texto constitucional é expresso ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos, na esfera civil ou penal, aqui entendidos em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados os atos por qualquer agente. E até aqui também, creio, estamos de acordo.

O nosso dissenso nasce de uma vírgula e do que depois vem da vírgula - aliás, não raro na comunicação não só jurídica, mas humana, os problemas, às vezes, não são os pontos, e sim as vírgulas -, eis que este § 5º do art. 37, ao dizer, como acabo de reafirmar de outro modo, que *"A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário,"* - disso, é texto constitucional imune à dúvida. O problema é que, após essa afirmação, há uma vírgula e aí advém a expressão e a sua compreensão sistemática que gera debates - *"ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento"*. Aqui, nasce o dissenso que tem formada a posição que tenho sustentado, porque entendo que o legislador constitucional decotou do comando contido na primeira parte as ações cíveis de ressarcimento, ou seja, as ações de recomposição do erário. Reconheço que a palavra "imprescritível" ou "imprescritibilidade" não está no § 5º do art. 37 da Constituição.

Portanto, reconheço que há espaço para a construção que o eminente Ministro-Relator traz à colação, como, aliás, não poderia deixar de ser. Por isso, compreendo que, ao dizer *"ressalvadas as respectivas ações"*, quer uma interpretação histórica dos próprios anais da Assembleia Nacional Constituinte, quer a compreensão doutrinária evolutiva, quer a

RE 852475 / SP

compreensão sistêmica ou sistemática da condição, pode levar a uma sustentação de que esta ressalva diz respeito à ideia segundo a qual há leis para as primeiras ações de prescrição, isto é, ilícitos praticados por agentes, sejam eles servidores ou não, do que se apartaria uma outra lei, dotada de uma especialidade ainda maior, atinente às ações de ressarcimento, ou seja, ao tema da improbidade. Reconheço que há solidez nesse argumento, mas, embora vencido, não estou, pelo menos por ora, convencido de que é possível fazer esta compreensão do dispositivo nomeadamente pelo que advém do parágrafo anterior. O § 4º - se é que devemos e devemos mesmo fazer uma interpretação sistemática, especialmente dos parágrafos que estão fechados em um mesmo dispositivo - assenta que:

"§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão 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."

Logo, se o § 5º estiver se referindo a outra lei, a outra lei deve tratar da forma e da gradação, e não da prescrição; a menos que "prescrição" seja espécie de gênero "gradação" ou do gênero "forma". Se não for, como de fato não me parece que é, portanto estou pedindo todas as vênias para manter o meu ponto de vista, estou adotando o pronunciamento que já fiz, neste Tribunal Pleno, no julgamento de 3 de fevereiro 2016, no Recurso Extraordinário 669.069, da relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, aqui obviamente já referido.

Senhora Presidente, pedindo todas as vênias ao eminente Ministro-Relator e também à sustentação oral e à solidez da tese em si diversa, estou mantendo esse ponto de vista. Entendo, e isso consta de meu voto, que esta matéria diz respeito à tutela dos bens públicos. Aliás, talvez aqui, no plano das sustentações orais, pudesse ter tido também cabimento uma boa defesa da tutela dos bens públicos, porque o problema de dizer-se que é necessário estabelecer um lapso temporal dentro do qual deve fluir um prazo para essa forma de prescrição, uma vez que estamos na seara

RE 852475 / SP

patrimonial, há que se também entender que o que ocorre aí é, por outro lado, pelo menos, uma imputação de ofensa ao patrimônio público.

Por isso, para quem tem sustentado - e faço parte dessa ordem de sustentação - a constitucionalização dos Direitos, de um modo geral; e a constitucionalização do Direito Privado, de um modo especial; e, de modo ainda mais especial, da constitucionalização do Direito Civil, some um paradoxal essa colonização do Direito Público por espaços tradicionais do Direito Privado oitocentista, porque o que se coloca aqui é uma regra que está no Estado Democrático de Direito, é uma regra que está dentro da Constituição e que diz claramente que a lei que estabelece os prazos de prescrição para os ilícitos, tais como referidos no § 5º desta Lei, estão ressalvadas as ações de ressarcimento.

Portanto, vejo, com alguma preocupação - se é que posso dizer assim - as circunstâncias dessa ordem de sustentação que refletem uma projeção de perspectivas de um Direito Privado pretérito para o Direito Público, e, no meu modo de ver, neste caso, em ofensa à coisa pública. Não me parece que, aqui, há qualquer incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, com o Estado de Direito Democrático, sustentar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em matéria de probidade, eis que, tendo em vista do que foi mencionado pelo Ministro-Relator, a questão atinente à ofensa à coisa pública, portanto, à corrupção, eis que não rara a prescrição é o biombo por meio do qual se encobre a corrupção e o dano ao interesse público.

É com essa perspectiva que, em meu modo de ver, é possível, como já disse, embora vencido, manter o ponto de vista que, até agora, tenho sustentado. E entendo que essa compreensão não significa nem pode significar que se tornariam imprescritíveis todos os créditos públicos passíveis de inscrição em dívida ativa e cobrança mediante execução fiscal. E faço, obviamente, essa diferenciação no voto que lançarei nos autos.

E também aqui assento, Senhora Presidente, que, em meu modo de ver, o poder constituinte originário houve por bem escolher não apenas o alçamento da boa governança, patamar constitucional, mas também a

RE 852475 / SP

compreensão de que a coisa pública, não rara, tratada com desdém e vilipendiada por agentes particulares ou estatal, o constituinte, neste § 5º do art. 37, também trouxe, na sua dimensão normativa, um compromisso fundamental a ser protegido por todos.

E, portanto, no voto, depois de assentar esse aspecto, examino a amplitude do vocábulo agente, em relação ao que - creio - não há, nessa dimensão, divergência.

Faço uma reflexão - especialmente em homenagem ao eminente Ministro-Relator e à sustentação feita, da tribuna, pelo Professor George Tomlin, bem como da nota técnica de extraordinário apuro teórico que recebi e subscrito pelo ilustre Professor Marçal Justen Filho - sobre a segurança jurídica, mas chegando a uma conclusão oposta, entendendo que a segurança jurídica nessa perspectiva não leva, necessariamente, nada obstante que seja tanto um princípio normativo quanto um ideal republicano, não leva a autorizar a proteção, pelo decurso do lapso temporal, a quem causar prejuízo ao erário e locupletando-se da coisa pública.

Eu acolho o que consta do parecer da Procuradoria-Geral da República sobre esta matéria, que aqui reproduzo e me escuso de ler, e entendo que a imprescritibilidade constitucional não trata, aqui, de uma injustificada e eterna obrigação de guarda, pelo particular, de elementos probatórios aptos à conclusão de que inexistente o dever de ressarcir, mas, sim, da afirmação da importante proteção da coisa pública da qual cada um de nós também somos titulares e cada cidadão é, ainda que indiretamente, titular.

O caso concreto, como dito, é um caso que tem obviamente suas especificidades, nascido de uma ação de improbidade administrativa, aforada em 03.07.2001, e fatos ocorridos em 1995. O Tribunal de Justiça do Estado São Paulo reconheceu a tese que está sendo agora acolhida pelo eminente Ministro-Relator da prescrição quinquenal.

Como disse e repito, nos termos do voto e pedindo de modo genuíno, como sói acontecer, vênia, eu estou votando pelo provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, restabelecendo-se,

RE 852475 / SP

assim, o ressarcimento integral do dano causado ao erário, tal como assentou a sentença de primeiro grau.

É como voto, Senhora Presidente.

02/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

VOTO

1. O presente voto, ao dispor aos eminentes pares e às partes a respectiva íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 10 (dez) páginas. A síntese e conclusão podem ser apresentadas, sem prejuízo da explicitação no voto contida, à luz do procedimento que se fundamenta nos termos do insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em cuja abrangência se insere a celeridade de julgamento, mediante sucinta formulação que tem em conta as seguintes premissas e arremate:

1.1. Premissas:

Primeira: a prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, a uma dimensão específica do princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado de Direito.

Segunda: 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). Nesse mesmo rol está o dispositivo previsto no art. 37, § 5º, CRFB.

Terceira: o texto constitucional é expresso 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. Logo em seguida, porém, decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento (ou seja, de *recomposição*) do erário, tornando-as, assim, imprescritíveis.

RE 852475 / SP

Quarta: São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa.

1.2. Base constitucional: artigo 37, §§ 4º e 5º, CRFB.

1.3. Base em precedentes: o voto se estriba em precedentes que formam jurisprudência deste Tribunal; especificamente cita-se o seguinte: RE 669.069, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 03.02.2016

1.5. Conclusão: voto pelo 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.

Tese de julgamento: São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Adoto o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Alexandre de Moraes.

Conforme consignou Sua Excelência, trata-se de recurso extraordinário interposto em ação de improbidade administrativa em que se pleiteia a aplicação das sanções previstas no art. 12, II e III, da Lei n.º 8.429/92. A apelação foi provida pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para reconhecer a ocorrência da prescrição e dispensar os servidores do ressarcimento de danos.

Discute-se, portanto, a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos em decorrência de alegado ato de improbidade administrativa.

Era o que havia a rememorar.

RE 852475 / SP

Trago algumas considerações que auxiliam a descortinar aquela que, em meu sentir, é a interpretação mais adequada do dispositivo previsto no art. 37, § 5º, da Constituição da República.

Consigno desde já que este último elemento – a República – constitui a moldura institucional construída pela Constituição e caracteriza nitidamente um Estado Constitucional e Democrático de Direito que tem como seus alicerces a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (art. 1º, II, III, e V, CRFB).

Bem por isso, não há espaço aqui para se pensar a partir de um republicanismo totalizante, em que o ideal de cidadania ativa aniquile a dimensão individual e a diversidade típica das democracias constitucionais contemporâneas.

É salutar que se levem a sério os compromissos fundamentais, especialmente - no que interessa - aqueles que materializam a proteção da coisa pública e da probidade administrativa, incorporados à narrativa constitucional pátria como virtudes republicanas.

Discute-se, no recurso extraordinário em julgamento, a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa. Reproduzo a ementa do acórdão recorrido:

“Ação Civil Pública – Licitação – Alienação de bens móveis – Avaliação abaixo de preço de mercado – A Lei Federal n.º 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 21.11.1995 – Ação interposta em 03.07.2001 – Ocorrência da prescrição – Ação julgada extinta em relação aos ex-servidores. Recurso provido”.

No julgamento do RE 669.069 (Tema 666), de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, quando fiquei vencido, esta Corte assim

RE 852475 / SP

assentou:

“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”. (RE 669069, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 03.02.2016).

Como se vê, naquela ocasião, firmou-se tese restrita aos casos de ilícito civil, que não alcança as ações de ressarcimento ao erário fundadas em atos tipificados como ilícitos de improbidade administrativa.

Dessa forma, a questão constitucional devolvida a esta Corte pelo presente recurso é a aplicação da imprescritibilidade constitucional para as ações de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade administrativa.

Permito-me fazer remissão aos fundamentos que adotei quando do julgamento do RE 669.069, de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, já mencionado.

1º - Texto Expresso da Constituição: impossibilidade da restrição dos ilícitos aptos a ensejar ação de ressarcimento e diferenciação do âmbito de incidência, na tutela da coisa pública, dos §§ 4º e 5º do art. 37.

Como é sabido, a prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, a uma dimensão específica do princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado de Direito. Bem por isso, a regra geral no ordenamento jurídico é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um marco temporal limitado.

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).

RE 852475 / SP

Entendo que nesse mesmo rol está o dispositivo previsto no art. 37, § 5º, CRFB, vazado nos seguintes termos:

“ § 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.”

Inserido no Título III da Constituição, que trata da Organização do Estado, mais especificamente em seu Capítulo VII, que versa sobre a Administração Pública, em que se estabelece a imperiosidade de obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*), faz parte, em meu sentir, da arquitetura constitucional de proteção da coisa pública.

É certo que a previsão de graves sanções para os atos de improbidade administrativa e a imperiosidade de sua normatização legal (presentes nos arts. 14, § 9º, 15, V, e 37, §4º, CRFB) também se inserem no mesmo quadrante de proteção e tutela da coisa pública.

No entanto, tais previsões não devem gerar confusão ou conflito com o disposto no art. 37, § 5º, CRFB. Nesse dispositivo, o texto constitucional é expresso ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos (quer, portanto, na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo) que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. Logo em seguida, porém, decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento (ou seja, de *recomposição*) do erário, tornando-as, assim, imprescritíveis.

O texto constitucional é expresso ao prever a ressalva da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário. Não nomeia, elenca, particulariza e nem restringe a natureza dos ilícitos que geram danos e que, assim, podem ensejar o ressarcimento dos danos ao erário. Basta haver dano. Se houver dano poderá haver ação de ressarcimento, sem que incida sobre essa pretensão qualquer prazo prescricional. Basta, à luz do comando constitucional, a existência de ilícito que a ele cause prejuízo para que seja possível ação de ressarcimento, sem que sobre a pretensão nela veiculada incida qualquer prazo prescricional.

RE 852475 / SP

Houve, assim, por escolha do poder constituinte originário, não apenas o alçamento da boa governança a patamar constitucional, mas da compreensão da coisa pública - não raras vezes tratada com desdém, vilipendiada por agentes particulares ou estatais - como um compromisso fundamental a ser protegido por todos.

O comando estabelece como um verdadeiro ideal republicano que a ninguém, ainda que pelo longo transcurso de lapso temporal, é autorizado ilicitamente causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarcir-lo.

Frise-se, ainda, que esse entendimento não significa nem pode significar que se tornariam imprescritíveis todos os créditos públicos passíveis de inscrição em dívida ativa e cobrança mediante execução fiscal.

Sem descer às minúcias das regras infraconstitucionais de Direito Tributário e Financeiro, no que se refere à maior parte da dívida ativa não tributária (como, por exemplo, as dívidas decorrentes de multas no exercício do poder de polícia), incide a regra geral da prescritibilidade como postulado da segurança jurídica e como matéria regida por legislação específica sem qualquer ressalva no texto constitucional.

Quanto à dívida tributária, o próprio texto constitucional estabelece caber à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre "*obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários*" (art. 146, III, b, CRFB), fixando textualmente a sua prescritibilidade, a ser definida em lei, e sem também fazer qualquer ressalva expressa.

2º - "Agente" como aquele que pratica ato ilícito que gera prejuízo ao erário.

O disposto no art. 37, §5º é nítido ao prever que a lei estabelecerá os prazos prescricionais dos ilícitos praticados "*por qualquer agente, servidor ou não*". Ou seja, o art. 37, §5º é cristalino ao estabelecer a prescrição dos

RE 852475 / SP

atos ilícitos como regra, independentemente da qualidade do agente, quer seja ou não ele agente estatal (servidor público). Igual entendimento, portanto, deve se aplicar à ressalva no que se refere à imprescritibilidade das pretensões de caráter ressarcitório dos prejuízos sofridos pelo erário. Recorde-se que tal compreensão está em consonância com a ideia exposta neste voto de que a exceção prevista nesse dispositivo é um compromisso republicano, respeitando igualmente o princípio constitucional da isonomia como importante corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, fundante de nossa República (art. 1º, III, e 5º, *caput*, CRFB).

Ademais, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992) também não restringe a prática de atos de improbidade aos servidores públicos, nos termos dos art. 1º a 3º:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

RE 852475 / SP

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Diante disso é de se inferir da redação do art. 37, §5º, que o texto constitucional ao tratar do sujeito praticante dos atos ilícito, se refere a “agente”, de forma lata, genérica. Vale dizer, ao se referir a agente praticante de ato ilícito, submetido à regra prescricional a ser prevista em lei, o art. 37, §5º se refere ao agente que pratica atos ilícitos danosos ao erário. A eles se aplicarão as regras específicas de prescrição dos referidos atos. Mas, não se isentarão das ações de ressarcimento, independentemente da sua qualidade de agente, independentemente da natureza do ilícito que tenham praticado.

3º – Segurança Jurídica.

Diante da exceção constitucional ampla que estabelece a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento do erário decorrentes de atos ilícitos que a ele causaram prejuízos, entendo que a sua restrição a um grupo específico de ilícitos (sejam eles improbidade administrativa ou tipos penais), ao contrário de favorecer, milita em desfavor ao princípio da segurança jurídica.

O comando constitucional materializou, com segurança, o ideal republicano de que ninguém, ainda que pelo transcurso de lapso temporal considerável - frise-se uma vez mais - está autorizado ilicitamente a causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarcir-lo.

O ponto foi bem percebido no parecer da Procuradoria Geral da República apresentado nos autos, *verbis*:

“A imprescritibilidade representa, antes, garantia da coletividade à restituição do que lhe foi subtraído pelo ato de improbidade, a partir de violações de princípios constitucionais caros à população como um

RE 852475 / SP

todo e do dever de lealdade para com as instituições.

Exatamente por isso, no tocante à improbidade administrativa, a tutela conjunta dos interesses é reclamada pela ordem constitucional. Não há como dissociar a tutela dos interesses defendidos da regulamentação da ação de improbidade, inobstante a circunstância de cada uma das lesões advindas do comportamento ímprobo gerar consequências distintas (sanções punitivas e reparação de dano).

O dano ao patrimônio público é o resultando, dando o Poder Constituinte preponderância não a ele, mas à forma como é gerado (improbidade). Daí a possibilidade, ou melhor, necessidade, de permitir que se dê prosseguimento à ação de improbidade a fim de que, mesmo prescritas as demais sanções, seja alcançada a reparação do dano ao erário, de natureza imprescritível". (eDOC 26, p. 23/24).

Tendo ciência da imprescritibilidade constitucional, não se trata aqui de gerar uma injustificada e eterna obrigação de guarda, pelo particular, de elementos probatórios aptos à conclusão de que inexistente o dever de ressarcir, mas sim da afirmação de importante proteção da coisa pública da qual também ele é titular.

A resolução do caso concreto.

O caso concreto diz respeito a ação de improbidade administrativa, ajuizada em 03.07.2001, em razão de fatos ocorridos em 26.04.1995 e 21.11.1995.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu o caso, no mérito, reconhecendo e decretando a ocorrência de prescrição quinquenal, aplicando aos servidores, na hipótese, por analogia, o prazo do art. 142, I, da Lei n.º 8.112/1990.

Diante do exposto, voto pelo 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 / SP

É como voto.

Tese de julgamento: São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

02/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu nem estou tão convencido, como na observação do Ministro Fachin, que haja um convencimento contrário à posição dele no Plenário.

Primeiro lugar, cumprimento o ilustre advogado Dr. Georghio Tomelin, que esteve na tribuna, saúdo os votos do Ministro Alexandre de Moraes e do Ministro Luiz Edson Fachin e chegarei à questão em que esta matéria foi previamente debatida aqui.

Eu começo pela hipótese, Presidente, de fato que é bastante singular: envolve a alienação de dois automóveis de propriedade pública, um Ford Royale e uma Kombi, da Volkswagen. E o problema de fundo aqui é que o Ford Royale havia sido avaliado em R\$ 16.739,00 e foi vendido por R\$ 13.500,00; e a Kombi foi avaliada em R\$ 3.920,00 e foi vendida por R\$ 1.800,00.

Depois dos números que sobrevieram da história brasileira recente, esses números são tão pífios que chegar a ser bizarro, que essa matéria esteja sendo discutido no Supremo Tribunal Federal, se levamos em conta a questão de fato. Mas a questão de direito, eu penso que ela de fato mereça um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

A questão de direito, Presidente, está associada a saber se a ação de ressarcimento de danos a que o Poder Público faz jus, se ela prescreve em algum prazo determinado ou se ela é imprescritível nos casos de improbidade.

O § 5º do art. 37 tem uma dicção que é ambígua. Diz o dispositivo:

"§ 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."

Portanto, o dispositivo diz que a lei estabelecerá prazo de prescrição

RE 852475 / SP

para os delitos praticados por quaisquer agentes, e faz a ressalva de "salvo as ações de ressarcimento". E, por muito tempo, e até observou o Dr. Tomelin, da tribuna, sem densificar a norma em relação a casos concretos, sempre se supôs que o conteúdo e o alcance dessa locução final fosse imprescritibilidade mesmo das ações de ressarcimento por improbidade.

A verdade é que este dispositivo 37, § 5º, da Constituição deu margem a três linhas interpretativas que eu já vi serem sustentadas aqui mesmo no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

A primeira dessas linhas interpretativas foi defendida pelo saudoso e queridíssimo Ministro Teori Zavascki, no RE 669.069, em que Sua Excelência defendeu a imprescritibilidade da ação de ressarcimento de dano ao erário nos casos de improbidade. Se todos estiverem bem lembrados, era um caso que envolvia um pedido de reparação de danos causados a um veículo pertencente à União, e a ação foi ajuizada mais de cinco anos depois do fato. E o Ministro Teori Zavascki, na ocasião, propunha como tese de julgamento daquela repercussão geral a seguinte - vou dizer de memória: São prescritíveis as ações de ressarcimento de dano causados à União, salvo os casos de improbidade.

Essa era a proposta de tese do eminente Ministro Teori Zavascki. Naquela ocasião, eu mesmo suscitei o ponto de que, sem estar necessariamente manifestando divergência quanto à proposição final "salvo os casos de improbidade", eu achava que aquela proposição não podia constar na tese, porque aquela matéria não havia sido discutida naquele processo, não tinha havido contraditório sobre aquele tema. E, conseqüentemente, nós debatemos e o Ministro Marco Aurélio citou esse ponto. E desde que Sua Excelência apresentou o argumento, eu me convenci dele, de que a tese de julgamento deve ficar tão próxima quanto possível da hipótese concreta dos autos e do que foi discutido. Portanto, como aquilo não havia sido discutido, propus eu que não constasse. E prevaleceu o meu ponto de vista, numa votação apertada, para a retirada dessa proposição final. Por isso que eu fiquei sem certeza, Ministro Fachin, de qual seria a posição da maioria do Plenário, porque, para ser

RE 852475 / SP

sincero, eu mesmo tinha muitas dúvidas a respeito dessa matéria, porém, estudei-a e por isso estou votando. Mas a primeira linha de entendimento esposada por boa parte da doutrina e aqui defendida com maestria pelo Ministro Teori Zavascki e agora pelo Ministro Luiz Edson Fachin era a da imprescritibilidade.

Houve uma tese que não era propriamente da imprescritibilidade, mas foi defendida pelo Ministro Dias Toffoli, que era a tese de que a ação de ressarcimento seria prescritível, porém, uma vez obtida a condenação, a execução da condenação seria imprescritível.

E há esta terceira posição que hoje é aqui defendida pelo Ministro Alexandre de Moraes, a de que a parte final do art. 37, § 5º, da Constituição prevê, ou talvez prescreva, mais do que simplesmente prevê, não que a ação de ressarcimento seja imprescritível, mas, sim, que a lei pode estabelecer prazos específicos nesse caso, com lapsos temporais mais alargados.

Eu devo dizer, Presidente, que, depois de ter feito uma reflexão, estou aderindo à posição proposta pelo eminente Relator nesta sessão e até revendo ou flexibilizando uma posição que havia inicialmente delineado nesta matéria. Por que eu acho que a posição aqui defendida hoje pelo Ministro Alexandre de Moraes é a que deve prevalecer. Em primeiro lugar, porque onde a Constituição quis instituir a imprescritibilidade ela o faz com linguagem inequívoca, e o Ministro Alexandre de Moraes destacou esses pontos: crime de racismo, ação de grupos armados e a propriedade das terras indígenas, o que seriam a qualquer tempo retomáveis, sem legítima oposição de direito.

Portanto, a Constituição fez uma opção por enunciar regras específicas e inequívocas quando queria a imprescritibilidade. E, em segundo lugar, porque - e todos nós aquiescemos quanto a isso - a imprescritibilidade é a manifesta exceção no sistema jurídico brasileiro. Os sistemas jurídicos gravitam em torno de dois grandes eixos: a justiça e a segurança. A prescrição é um instituto diretamente associado à ideia de segurança jurídica. Logo, se há uma ambiguidade no dispositivo, o princípio da segurança jurídica é um bom vetor interpretativo para

RE 852475 / SP

escolher o melhor sentido e o melhor alcance para aquela norma.

Assim sendo, Presidente, penso que é prescritível. Nisso, estou acompanhando o Ministro-Relator .

O meu primeiro sentimento, todavia, em relação ao prazo é que a Constituição demandava um prazo de prescrição mais alargado do que a regra geral do prazo previsto na própria lei de improbidade. E, por isso, eu utilizava, na minha primeira construção de voto, o prazo geral de prescrição máxima do Código Civil, que é de 10 anos, de acordo com o art. 205:

"Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor."

É preciso dizer que, até o momento em que sentei aqui, este era o meu voto. Tem um ponto, todavia, que me chamou a atenção no voto do Ministro Alexandre de Moraes. O Código Civil, no art. 205, prevê o prazo de dez anos, mas a contar do fato, ao passo que a lei de improbidade prevê, combinada com o estatuto do servidor público, o prazo de cinco anos - bem menor -, mas contado da data do conhecimento do fato. Então, improvisando essa mudança de compreensão, é muito provável que cinco anos, após o conhecimento do fato, seja mais alargado do que dez anos do fato, sobretudo se o fato tiver sido bem ocultado. De modo que, embora ainda aberto à reflexão e ao ouvir o debate dos colegas, mesmo essa minha ideia de propor um prazo mais alargado de dez anos, se nós aplicarmos apenas o Código Civil, pode ser que a consequência seja menor. É claro que eu poderia dizer: aplico o Código Civil, com o marco inicial da data do conhecimento do fato. Mas aí mesmo é que vão dizer que eu gosto de legislar.

Presidente, embora ache que essa fosse também uma construção possível, pelo menos por ora, reservando-me para eventual nova inflexão sobre o tema após os debates, estou acompanhando a proposição e a própria tese do Ministro Alexandre de Moraes, inclusive na distinção que faz se a hipótese for de crime ou não.

Fiz esse voto um pouco mais analítico apenas para pontuar as

RE 852475 / SP

diferentes posições que havia e, talvez, até uma certa evolução em relação
essa matéria.

Muito obrigado, Presidente.

02/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: Senhora Presidente, eminentes pares, em exame o tema nº 897 da repercussão geral, a versar sobre a *“prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa”*.

Na sessão de 03.02.2016, por ocasião do julgamento do recurso extraordinário paradigmático nº 669.069, aderi à corrente majoritária então formada, para, ao exame do tema nº 666 da repercussão geral, assentar a seguinte tese: *“É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.”*

A afirmação dessa tese, pelo Plenário desta Suprema Corte, se deu a partir da interpretação conjunta dos §§ 4º e 5º do art. 37 da Constituição da República, adiante transcritos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º - **Os atos de improbidade administrativa importarão 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.**

§ 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.**

Cabe, portanto, à luz dos mencionados dispositivos constitucionais, desenvolver a compreensão sufragada por este Supremo Tribunal

RE 852475 / SP

Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 669.069, a fim de verificar se também as pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em improbidade administrativa podem ser alcançadas pelo cutelo prescricional.

Meu entendimento, com a vênia dos que cultivam posição jurídica diversa, é a de que a interpretação conjunta dos §§ 4º e 5º do art. 37 da Magna Carta aponta para a **imprescritibilidade** da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em ato tipificado como **improbidade administrativa**.

Ainda que se possa questionar a sabedoria dessa opção do Constituinte Originário, à luz, em especial, de preocupações com a segurança jurídica, o devido processo legal e a ampla defesa, fato é que não há falar em inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias.

Nesse rumo, a defender a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em ato tipificado como improbidade administrativa, reporto-me a escólio doutrinário de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

“É voz corrente que o artigo 37, § 5º, da Constituição dispõe sobre o caráter imprescritível das pretensões a serem ajuizadas em face de qualquer agente, servidor ou não, visando ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário. Como consequência, tem-se que somente as demais sanções previstas nos feixes do art. 12 da Lei de Improbidade serão atingidas pela prescrição, não o ressarcimento do dano (material ou moral), o qual poderá ser a qualquer tempo perseguido.” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 500).

Registro, na linha do apontado no parecer do Ministério Público, que, ao julgamento, no âmbito da Primeira Turma, do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 712.435, fiz consignar, na condição de Relatora: “(...) o que está sujeita à prescrição é a apuração das punições do agente público por cometimento de ato de improbidade administrativa (Lei

RE 852475 / SP

8.429/92, citada pelo agravante), não a ação de ressarcimento do dano causado ao erário”.

Destaco, em idêntica direção, o seguinte precedente da Segunda Turma:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. REPARAÇÃO DE DANOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E ILÍCITO PENAL. PRESCRITIBILIDADE. ILÍCITO CIVIL. PRAZO. OFENSA INDIRETA. AI INTERPOSTO SOB A VIGÊNCIA DO CPC DE 1973. ARTIGO 1.033 DO CPC/2015. INAPLICABILIDADE. EMBARGOS ACOLHIDOS, EM PARTE, PARA PRESTAR ESCLARECIMENTOS. I – **A imprescritibilidade prevista no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilegalidades tipificadas como de improbidade administrativa e como ilícitos penais. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil (RE 669.069-RG/MG, Relator Ministro Teori Zavascki).** II - Ressarcimento de danos decorrente de ilícito civil causador de prejuízo material ao erário. Aplicação do prazo prescricional comum para ações da espécie. Impossibilidade da análise da legislação infraconstitucional. Ofensa constitucional indireta. Precedentes. III - Inaplicável o art. 1.033 do CPC/2015, em razão de o agravo de instrumento ter sido interposto sob a vigência do CPC/1973. IV – Embargos de declaração parcialmente acolhidos para prestar esclarecimentos, sem modificação do acórdão embargado. (AI 481650 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 21/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 30-08-2017 PUBLIC 31-08-2017)

Ante o exposto, pedindo vênias ao Relator, Ministro Alexandre de Moraes, e aos que o acompanham, dou parcial provimento ao recurso

RE 852475 / SP

extraordinário, na linha da divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que aquela Corte, sob a premissa da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, examine o mérito do pedido de reparação deduzido. Pronuncio-me, ainda, pela adoção da seguinte tese de repercussão geral: *“São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”*.

É como voto.

02/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados, Estudantes presentes, eu queria saudar os Advogados, o Advogado que assumiu a tribuna, a ilustre Representante do Ministério Público, como partes, e também, especialmente, o voto do Ministro Alexandre, que o fez distribuir com antecedência e nos permitiu alinhar alguns pontos que são convergentes com o que Sua Excelência acentuou.

Esse dispositivo é bastante claro quando assenta, no § 5º do art. 37, o seguinte:

"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".

Então, o que eu entendi desse dispositivo? No dispositivo, as leis estabeleceram prazos para ilícitos praticados por agentes, ressalvadas ações de ressarcimento. Então, esses ilícitos mencionados, no meu modo de ver, pela Constituição são ilícitos diversos daqueles que consistem em objeto das ações de ressarcimento - primeira referência que eu faço.

A Constituição não mencionou que essas ações de ressarcimento seriam textualmente imprescritíveis. Esse argumento já foi aqui utilizado também, e seria importante? No meu modo de ver, sim. Por quê? Sob um ângulo jusfilosófico, o professor Santiago Dantas sempre afirmava que as obrigações nasceram para ser extintas por qualquer forma de extinção, transação, compensação, cumprimento, prescrição, porque não poderia uma obrigação se perpetuar sob a esfera jurídica do devedor. Então, num dado momento, elas deveriam ser extintas.

Ora, a Constituição não se refere a ações de ressarcimento imprescritíveis, mas, em compensação, quando a Constituição pretendeu fazê-lo, ela o fez de modo expresso: a prática do racismo constitui crime

RE 852475 / SP

inafiançável e imprescritível. Inciso XLIV:

"XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados...."

Mais adiante, quando trata das ações relativas às pretensões dos índios, a Constituição dispõe o seguinte:

"Art. 231- ...

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis."

Então, quando a Constituição pretendeu que algo fosse imprescritível, que é uma exceção ao sistema, ela o fez expressamente. Esse é o primeiro argumento que já me leva indiciariamente a acompanhar o Ministro Alexandre de Moraes.

Por outro lado, eu verifico que na obra *Aplicação e Hermenêutica do Direito*, o Professor Carlos Maximiliano afirma: O excepcional deve ser interpretado restritivamente. Qual é a regra do Direito brasileiro? É a prescritibilidade. Qual é a exceção? É a imprescritibilidade. Se a Lei não mencionou a imprescritibilidade, não me parece que se possa, por criação judicial, superar a vontade do legislador constituinte.

Um terceiro argumento, que também me conduz a acompanhar, por esses fundamentos, o voto do Ministro Alexandre. As pretensões exercitáveis contra a Fazenda Pública se submetem a um prazo prescricional, quer pelo Decreto nº 22.210, quer pelo Decreto nº 2.210, quer pela Lei nº 9.494, lei recentíssima. Ou seja, todas as pretensões que o particular tem contra a Fazenda se submetem à prescrição. Por que a Fazenda teria a imprescritibilidade de suas pretensões contra o particular se o particular só tem cinco anos? No meu modo de ver, isto violaria flagrantemente o princípio isonômico. Se, para reclamar contra a Fazenda, o particular tem prazo, a Fazenda Pública também tem para reclamar os danos praticados pelo particular.

Trago ainda um último argumento no sentido de que a última *ratio*

RE 852475 / SP

do Direito é o direito criminal. E as figuras criminais, tirar a vida humana, o homicídio prescreve, a pena aplicável ao homicida que tirou a vida alheia prescreve, e as ações do poder público são imprescritíveis, isso não me parece, com a devida vênia, que corresponda à lógica do razoável que permeia a Constituição Federal.

De sorte que, pedindo vênia à divergência, acompanho integralmente o voto do Ministro Alexandre de Moraes.

02/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, eminentes Colegas, cumprimento também o ilustre advogado e professor Tomelin, que foi à tribuna, e anoto a grandeza dos debates havidos até o momento, com visões, embora divergentes, com fundamentos extremamente convincentes. Mas temos que tomar um posicionamento.

Como lembrou o Ministro Luís **Roberto Barroso**, eu me manifestara, naquele momento do julgamento do precedente de relatoria do Ministro **Teori Zavascki**, no sentido de que minha leitura é que, para a formação da culpa, seja na improbidade, seja no ilícito penal, haverá a prescrição. Uma vez assentada a culpa e estabelecida a condenação, há o ressarcimento por parte do Estado. O que seria o ressarcimento? A execução daquela culpa já formada é que seria imprescritível. No precedente do Ministro **Teori Zavascki**, essa discussão ficou postergada para este caso que ora estamos a julgar. E, naquele caso específico, era um acidente de trânsito causado por um servidor do Estado. Daí se concluiu que, nos ilícitos civis, não há que se discutir esse tema da imprescritibilidade. A leitura que eu faço do § 4º e do § 5º é à luz do § 4º. Por quê? O § 4º fala em improbidade administrativa e fala do prejuízo da ação penal cabível - sem prejuízo da ação penal cabível, fala da ação penal. Então, está se tratando, no § 4º, tanto de improbidade quanto de ilícitos penais.

Na sequência, vem o § 5º, que diz que a lei estabelecerá prazo prescricional. E ela estabelece, nos ilícitos penais, o Código Penal estabelece os prazos de prescrição, a ação civil pública, a Lei de Improbidade, a Lei da Ação Civil Pública, a ação popular, a Lei de Ação Popular - todas elas estabelecem o prazo de cinco anos para a propositura da ação.

Proposta a ação dentro do prazo legal, configurada, formada a culpa

RE 852475 / SP

e a condenação transitando em julgado, o ressarcimento daí proveniente com a procedência da ação seria, de minha óptica, imprescritível.

Todavia, Senhora Presidente, verifico que não é o caso de se abrir uma terceira corrente. Como foi lembrado da própria tribuna pelo Professor Tomelin, a nova lei de introdução às leis do Brasil diz respeito ao consequencialismo, o princípio das consequências de nossas decisões. E nós temos de chegar a uma solução. Tendo em vista já haver três votos no sentido da prescrição para a entrada da ação e tendo em vista que a regra geral é que a prescrição da execução se pauta pela prescrição da propositura da ação, vou pedir vênias aos bem lançados votos do Ministro Luiz **Edson Fachin**, da Ministra **Rosa Weber** e de minha posição para não abrir uma terceira frente de entendimento. Facilitou bastante a lembrança do Ministro Luís **Roberto Barroso** em relação àquele momento, quando houve três posicionamentos. Verifico que aquele meu posicionamento não vingou. Então, peço vênias aos eminentes Ministros **Fachin** e **Rosa** para acompanhar o Ministro Relator, porque, em minha compreensão, o ressarcimento seria imprescritível, mas desde que tenha uma culpa formada dentro de um prazo de ação prescritível. Mas, diante desses dois posicionamentos e para não abrir uma terceira frente, entendo que meu posicionamento fica mais próximo do do Relator. Por isso, vou acompanhar a posição do Ministro Relator, já acompanhada pelo Ministro **Barroso** e pelo Ministro **Fux**.

02/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

ADITAMENTO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, eu fiz um resumo do voto e só queria destacar um aspecto que, na verdade, reforça a compreensão que não é a minha, mas aí eu faria uma pequena observação, no que diz com o fato de a Constituição, quando consagra a imprescritibilidade, dizê-lo de forma expressa, que é no caso das terras indígenas, grupos armados.

Entretanto, o meu registro é a redação primeira - retiro aqui de um texto muito interessante, A Imprescritibilidade da Ação de Ressarcimento por Danos ao Erário (Allan Versiani de Paula, Ana Lúcia Amaral, Sergei Medeiros Araújo, Walter Claudius Rothenburg), o seguinte excerto:

"Para chegar à redação final da Constituição de 1988, houve grande atividade supressiva que reduziu sobremaneira o texto discutido no curso dos trabalhos do Congresso Constituinte. Com efeito, chegou a ser submetido à Assembleia Nacional Constituinte em 1987 o seguinte:

Inclua-se no substitutivo, onde couber:

(...)

§ 2º São imprescritíveis os ilícitos dos quais resultar prejuízo ao erário."

A redação aprovada não foi essa, mas sempre me lembro daquela observação do Ministro Nelson Jobim, quando disse que, para se chegar a uma aprovação final do texto da nossa Constituição de 1988, muitas vezes, partiu a Assembleia para uma enunciação que permitiria a interpretação num ou noutro sentido. É por isso que priorizei aquilo que eu entendo que é a teleologia da Constituição.

02/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski**: Trata-se do julgamento de caso com repercussão geral reconhecida, em que esta Suprema Corte analisará o Tema 897, referente à prescritebilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa.

Bem examinados os autos, verifico que o tema relativo à imprescritebilidade do dever de ressarcir o erário em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa não é novo nesta Corte.

É bem verdade que no MS 26.210/DF relatei acórdão em que esta Casa interpretou a ressalva constante do § 5º do art. 37 da Constituição como uma exceção à regra geral da incidência da prescrição nas ações de ressarcimento.

Contudo, já no RE 669.069/MG expressei uma hesitação com relação àquele entendimento outrora adotado, ocasião em que ressaltei que a Carta Magna estabelece claramente quais são as hipóteses de imprescritebilidade, sendo duvidoso o alcance da parte final do § 5º do art. 37 da Constituição, sobre a qual remanescem perplexidades doutrinárias e jurisprudenciais, ainda não claramente pacificadas.

Naquela ocasião, em que ficou pacificada a tese segundo a qual, na hipótese de prática de ilícitos civis, há necessariamente a incidência de prescrição, reservei-me ao direito de reapreciar o tema oportunamente, dada a sua complexidade e importância.

O caso *sub judice* permite que aprofundemos o imprescindível debate sobre a prescritebilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, em face

RE 852475 / SP

de agentes públicos, em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa.

Tenho para mim que o eminente Ministro Alexandre de Moraes deu a solução adequada à espécie. Em primeiro lugar, Sua Excelência ressaltou que, quando a Constituição quis estabelecer a imprescritibilidade, fê-lo de forma extrema de dúvidas, como nos casos da prática de crime de racismo e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (vide art. 5º, XLII e XLIV, da Carta Magna).

Em segundo lugar, retomou importante contribuição do Ministro Roberto Barroso no RE 669.069/MG, em que angariou relevantes elementos históricos que permitem concluir que, embora a imprescritibilidade tenha sido cogitada no que tange às ações de ressarcimento do erário, ela foi, ao final, rechaçada, numa inequívoca e consistente opção pela prescritibilidade. E justificou a manutenção da ressalva no art. 37, § 5º, da Constituição: garantir a recepção e a aplicação das normas infraconstitucionais vigentes até que viesse a ser promulgada a lei prevista no art. 37, § 4º, da Lei Maior.

Por fim, ressaltou que, mais do que contrapor os princípios da supremacia do interesse público ao da segurança jurídica, a imprescritibilidade suprime o direito ao devido processo legal e, especialmente, ao da ampla defesa, uma vez que a eventual prevalência do entendimento pela imprescritibilidade acarretaria o dever de cada cidadão de guardar eternamente comprovantes os mais diversos de seus negócios jurídicos com a Administração, o que evidentemente seria inviável e comprometeria o direito à defesa dos cidadãos.

Assim, não é só uma questão de segurança jurídica ou de garantia de direitos ou interesses particulares. É também o da Justiça, abrigando dilemas inerentes ao interesse público primário.

RE 852475 / SP

Esta tese foi inicialmente defendida por Emerson Gabardo, como aliás destacou a Ministra Cármen Lúcia no RE 669.069/MG. Para o Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em primeiro lugar,

“Quanto ao caso específico, é importante rememorar que o tempo é um condicionante fundamental da realidade dos homens e várias de suas relações têm início ou se encerram em razão de seu decurso. Embora se tenha conferido, historicamente, muito valor ao fator espaço, notadamente em decorrência da firmação dos Estados Nacionais e de sua monopolização da produção legislativa, o Direito não existe sem o tempo. Todo o ordenamento constitucional está implicado pela sustentação dos fatos passados e seus efeitos, pela estabilidade do presente e pela garantia de um futuro previsível. Esta estruturação, essencialmente jurídica, está intimamente ligada a outro direito fundamental presente na Constituição Federal de 1998: a ampla defesa.

[...]

As normas constitucionais não devem ser entendidas topograficamente ou literalmente. Elas dependem do sistema como um todo e do relacionamento interno e externo entre os princípios e direitos fundamentais incidentes. No caso, embora seja um interesse público relevante o ressarcimento, há um valor maior que deve ser considerado: o direito real (efetivo) de o indivíduo se defender de qualquer imputação de responsabilidade que lhe atinja, realizado o devido processo legal. E não é crível imaginar que o cidadão terá condições de se defender sem que possua um prazo certo no qual sabe que possam lhe ser cobradas explicações em face dos seus atos. Se a passagem do tempo muitas vezes torna impossível ao cidadão provar seus direitos perante o Poder Público, quanto mais se defender de acusações (considerando, inclusive, o atualmente tão desvalorizado, mas importantíssimo, princípio da presunção de inocência).” (GABARDO, Emerson, “**A mudança**

RE 852475 / SP

de entendimento do STF sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário”, disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/a-mudanca-de-entendimento-do-stf-sobre-a-imprescritibilidade-das-acoes-de-ressarcimento-ao-erario>. Acesso: 21 de jun. 2018)

Apenas para finalizar essa breve exposição, destaco a manifestação do eminente Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao explicar sua mudança de posição a respeito do tema, quando abandonou a defesa da tese da imprescritibilidade:

“Já não mais aderimos a tal desabrida intelecção. Convencemo-nos de sua erronia ao ouvir a exposição feita no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, pelo jovem e brilhante professor Emerson Gabardo, o qual aportou um argumento, ao nosso ver irrespondível, em desfavor da imprescritibilidade, a saber: o de que com ela restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo. De fato, o Poder Público pode manter em seus arquivos, por período de tempo longuíssimo, elementos prestantes para brandir suas increpações contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições desfavoráveis que se lhes fizessem.

Não é crível que a Constituição possa abonar resultados tão radicalmente adversos aos princípios que adota no que concerne ao direito de defesa. Dessarte, se a isto se agrega que quando quis estabelecer a imprescritibilidade a Constituição o fez expressamente como no art. 5º, incs. LII e LXIV (crimes de racismo e ação armada contra a ordem constitucional) – e sempre em matéria penal que, bem por isto, não se eterniza, pois não ultrapassa uma vida –, ainda mais se robustece a tese

RE 852475 / SP

adversa à imprescritibilidade. Eis, pois, que reformamos nosso anterior entendimento na matéria.”

Isto posto, acompanho o Relator, votando pelo desprovimento do recurso e pela adoção da tese por ele proposta, assim enunciada:

“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, salvo quando a conduta for tipificada como crime, quando então os prazos prescricionais serão os estabelecidos na lei penal”.

É como voto.

02/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, também eu começo por cumprimentar os votos já proferidos, a partir do voto do eminente Relator, que trouxe um desses temas, uma verdadeira *vexata quaestio*, que atormenta o Direito Administrativo Constitucional há trinta anos, com debates sobre essa temática. Cumprimento também o professor Tomelin, que fez uma belíssima sustentação oral.

O que se mostrou, Presidente, é aquilo que eu tenho, de vez em quando falado aqui neste Plenário, a partir da casuística da situação aqui invocada. A gente deve rezar para não perder o senso de justiça. Mas, se as nossas orações não forem efetivas, nem acolhidas, nem bem recebidas pelo Altíssimo, a gente deve continuar rezando para não perder o senso do ridículo. Em casos como tais, na verdade, o que acontece é que se perde o senso do ridículo. Se nós fôssemos fazer aquilo que os americanos fazem quanto ao custo de uma dada ação, certamente nós já teríamos aí pago talvez uma dezena de automóveis novos, com todo esse debate em torno desse assunto.

Sempre vi esse tema com preocupação e sempre desconfiei da correção da interpretação que assentava como resultado a imprescritibilidade. Agora já nas várias intervenções - e a Ministra Rosa acabou de suscitar - fez-se essa revisita ao debate no âmbito da constituinte, e a temática, então, também se colocou por essa ótica. De fato, houve esse propósito. No Projeto "A" do relatório da Comissão de Sistematização, aparece exatamente essa referência:

"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, que serão imprescritíveis."

RE 852475 / SP

Dizia o texto de maneira, portanto, inequívoca.

Do Projeto "B" em diante, até a promulgação, a expressão "que serão imprescritíveis" foi suprimida, o que nos orienta no sentido de que a imprescritibilidade das ações de ressarcimento aparentemente não fora - se nós ficarmos aqui numa interpretação originalista do texto - pretendida pelo constituinte.

E aí, parece-me que Sua Excelência, Ministro Alexandre de Moares, logrou trazer uma interpretação que, de fato, explica o sentido dessa ressalva, tendo em vista regras de prescrição - tema, inclusive, que nos anos 50 aparece em monografia, se não me engano, de Bilac Pinto, sobre o problema do enriquecimento ilícito.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O saudoso Ministro BILAC PINTO, *quando congressista*, **apresentou projeto** que se transformou **na Lei nº 3.502/58, que regulava "o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função"**.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, é um tema que, a despeito de não se falar em improbidade administrativa, já sob Constituição de 1946, discutia-se a questão da improbidade, tal como nós a conhecemos. E depois, claro, sob o regime militar. Tivemos, inclusive, aquelas comissões excepcionais que tratavam dessa temática.

Então, o Ministro Alexandre traz a referência a esses vários atos, decretos, que disciplinavam de alguma forma, de maneira não exatamente constante, o tema da prescrição. E disse, de fato, que foi isso que o texto constitucional quis albergar: garantir, portanto, a subsistência desses dispositivos.

Em tese, até poderíamos dizer - e eu sei que embala a muitos a ideia - que a imprescritibilidade, no caso das ações de ressarcimento, protegeria mais, ou a mais não poder, o patrimônio público.

A experiência que muitos de nós colhemos na Advocacia Pública indica, infelizmente, Ministro Toffoli, o contrário. Vossa Excelência,

RE 852475 / SP

inclusive, animou-se numa dessas versões, incorreta, da interpretação.

Se se demora - nós sabemos - na propositura das ações, o resultado é exatamente a não obtenção do ressarcimento. Esa é a realidade. Temos, hoje - acho que é um dos grandes desafios da sua gestão, Ministro Toffoli -, tramitando no Brasil, 100 milhões de processos, 30 milhões de execuções fiscais; a maioria delas condenadas ao vazio. Tem-se que encontrar uma outra solução.

Na minha experiência curta na Advocacia Geral da União, perguntava-me sobre o não êxito, muitas vezes, nessas execuções fiscais. E a resposta é variada, mas, tem pelo menos um cerne mais ou menos que se repete.

Hoje, há tantos métodos de cobrança que, em geral - e Vossa Excelência com a experiência na Advocacia de Estado pode confirmar -, a execução fiscal é, de fato, a última *ratio*. Muitas das cobranças ocorrem no âmbito da própria Receita, diretamente. E, as mais das vezes, quando se vai para a execução fiscal a empresa já não mais existe.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A introdução do protesto auxiliou muito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, claro. Mas, como um elemento para estimular o pagamento, em tempo hábil.

Então, esta é uma realidade que precisamos enfrentar: Dar mais prazo significa, na verdade, na maioria das vezes, encontrar um quadro ainda mais sucateado do que os carros que lá estavam, doutor Tomelin.

Portanto, de fato, do ponto de vista prático, isso pode animar muitas vezes a propositura de ações, com o objetivo de *constraint*, do ponto de vista político; isto sim, pode ocorrer. Mas, não. Na maioria das vezes, isso é feito com o objetivo de defesa do patrimônio público.

O que a defesa do patrimônio público exige é de fato a propositura das ações e a cobrança efetiva e imediata dentro dos prazos determinados. E, claro, se for o caso, e essa é uma decisão do legislador ordinário, que se façam ajustes nos próprios prazos.

Por isso que - e o Relator me honrou com essa citação - eu já tinha dito, no Recurso Extraordinário 669.069, que, de qualquer sorte, se tivesse

RE 852475 / SP

que me pronunciar sobre a temática, encaminharia 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. Creio que o eminente Relator dá uma excelente contribuição ao fazer esse devido enquadramento hermenêutico, quer dizer, o sentido da ressalva, no texto do § 5º, tem a ver, sim, com a não cessação de ultra-atividade dessas normas que estavam em vigor.

Portanto, já do ponto de vista jurídico, já do ponto de vista meramente prático, não impressionam os argumentos no sentido da imprescritibilidade. Do ponto de vista jurídico, o texto não afirma a imprescritibilidade. Do ponto de vista da defesa do patrimônio público, vemos que, na vida prática, a demora na cobrança desses créditos milita em desfavor da reposição do patrimônio público. Essa é a experiência que certamente eu colhi, e Vossa Excelência também, no âmbito da Advocacia-Geral da União. Todos nós que tivemos a ver com essa temática, no âmbito da Advocacia de Estado, certamente vivenciamos essa realidade: a dificuldade de fazer valer esses créditos depois de um retardo na cobrança, alguma tardança na efetivação da cobrança no tempo.

De modo que, com essas brevíssimas considerações - eu também vou juntar voto escrito -, vou pedir todas as vênias à divergência para acompanhar às inteiras o voto do eminente Ministro-Relator, ressaltando a importância desse debate, Presidente, e cumprimentando Vossa Excelência pela iniciativa de ter pautado essa temática, porque é uma dessas almas penadas que nos afligem aí desde a promulgação do texto constitucional.

02/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de recurso extraordinário erigido como paradigma do tema 897 da repercussão geral, em que se discute a prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em face de agente, servidor ou não, em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa.

Na origem, o feito consiste em uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo visando ao ressarcimento ao erário de supostos danos causados por ato de improbidade administrativa. A ação tem como objetivo reparar os danos causados pela alienação de dois veículos automotores em valor inferior ao seu preço de mercado pelo município de Palmares Paulista. Desse modo, a ação foi ajuizada em face do ex-prefeito do município, proprietário dos bens, bem como contra os membros da comissão de avaliação dos veículos alienados.

É o que importa para contextualizar a questão, que já foi por nós discutida, ainda que lateralmente, por ocasião do julgamento do RE 669.069/MG, paradigma do tema 666 da repercussão geral, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, em que assentamos a **prescritibilidade** da ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.

Naquela ocasião, o eminente relator propôs a fixação da seguinte tese:

“A imprescritibilidade a que se refere o art. 37, §5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais”.

A partir daí, demonstramos numerosas preocupações quanto ao reconhecimento da imprescritibilidade da ação de ressarcimento por

RE 852475 / SP

danos decorrentes de ato de improbidade administrativa. Os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio, por exemplo, destacaram que a imprescritibilidade poderia redundar na responsabilização de herdeiros.

Ao final, restringimo-nos aos ilícitos civis para assentar a prescritibilidade da ação de ressarcimento em tais casos.

De volta à matéria, agora, a questão cinge-se em saber se é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos, servidores ou não, por danos decorrentes de ato de improbidade administrativa.

No centro do debate está o §5º do artigo 37 da Constituição, que aduz:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 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”.

Ainda que uma análise superficial possa conduzir ao entendimento de que o enunciado do § 5º atribui às ações de ressarcimento de prejuízo ao erário a imprescritibilidade, a referida conclusão não se sustenta após análise mais aprofundada.

Inicialmente, convém destacar o percurso pelo qual o dispositivo em questão passou nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. A questão veio à tona no Substitutivo 2 do relator da Comissão de Sistematização e foi mantida no Projeto A, do início do 1º Turno de votação, com a seguinte redação:

“A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem

RE 852475 / SP

prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, **que serão imprescritíveis**".

Do Projeto B em diante, até a promulgação do texto, a expressão "que serão imprescritíveis" foi suprimida, o que nos orienta no sentido de que a imprescritibilidade das ações de ressarcimento não fora pretendida pelo Constituinte.

O dispositivo, tal como foi promulgado, prevê que a lei em sentido formal estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente público, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, excluindo expressamente as ações de ressarcimento.

Tal fato não tem o condão de garantir a imprescritibilidade das ações de reparação de danos ao erário. A norma exige que uma lei defina o prazo prescricional para ação que tenha como finalidade punir ilícitos praticados por qualquer agente público que causem prejuízos ao erário. Assim, o máximo que se pode interpretar é que a ressalva consiste em exceção ao princípio da legalidade. Entretanto, uma análise sistemática da Constituição nos permite concluir que não é esse o comando constitucional.

Estaríamos diante de circunstância diversa se a regra geral do sistema jurídico brasileiro fosse a imprescritibilidade, hipótese em que o §5º do artigo 37 seria norma de exceção, e a ressalva tivesse o condão de garantir a aplicação da regra geral.

Contudo, a prescritibilidade é a regra. Os casos de imprescritibilidade foram expressamente elencados na CF, sendo que a técnica legislativa utilizada nas normas de exceção não deixaram dúvidas, vejamos:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

RE 852475 / SP

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”.

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

[...]

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”.

Ora, sendo a existência de prazo prescricional a regra e as hipóteses de imprescritibilidade a exceção, estando todas expressas na Constituição Federal, não me parece viável a ampliação do significado da norma contida no §5º do artigo 37 para abarcar nova hipótese de imprescritibilidade não prevista expressamente na norma.

A análise do texto positivo permite-nos confirmar que o §5º apenas garantiu a necessidade de uma lei em sentido formal para definir os prazos prescricionais para os atos descritos no dispositivo, afastando expressamente desta norma a ação de reparação ao erário, regida pela regra geral processual.

Assim, não é possível inferir da norma presente no §5º do artigo 37 da CF que as ações de reparação ao erário são imprescritíveis.

Diante desta conclusão, verifica-se também que não há nenhum dispositivo que afaste as ações de reparação ao erário da referida regra geral, isto é, a existência de prazo prescricional.

Ressalte-se, ademais, a importância da previsão de prazo prescricional das ações de ressarcimento como expressão do princípio da segurança jurídica. Isso porque a prescrição, na condição de limitador temporal do direito de ação, consiste em um mecanismo de

RE 852475 / SP

previsibilidade do direito.

Útil, aqui, a lição de Humberto Ávila:

“Mesmo assim, pode-se verificar, em muitos estudos antigos, elementos direta ou indiretamente associados à segurança jurídica ou a um dos seus elementos parciais: no Direito Romano, o debate sobre o *iuscertum* sobre a *Pax Romana* e seus conceitos implicados de *pax*, *securitas* e *libertas*, embora não possam ser simplesmente transpostos para os dias atuais em razão do caráter casuístico daquele Direito e da ausência de instituições estatais só muito mais tarde consolidadas, revela um remoto embrião do estudo da certeza do Direito; no século XVI, a discussão a respeito da *certitudo iurisprudentialis* significava, precisamente, a tentativa de imprimir racionalidade ao conhecimento jurídico; no século XVIII e no início do século XIX, parte do debate, no que se refere à codificação, destinava-se a desenvolver leis claras e determinadas; nos séculos XIX e XX, os estudos sobre a proteção da liberdade, nas obras de Von Savigny, Meyer, Von Mohl, Holleuffer, não só pressupunham algum grau de insegurança existente à época como também tinham por objetivo garantir a ameaçada segurança por meio do Direito e da sua aplicação uniforme”. (ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 41 e 42.)

Diante dessa preocupação em garantir a segurança das relações pessoais, o princípio da segurança jurídica surge como um mecanismo normativo de proteção às relações interindividuais e entre os indivíduos e o Estado, com vistas à definição de um prazo, segundo o qual deve ser exercido o direito de ação.

Tratando-se, portanto, de um instituto jurídico que tem como finalidade garantir a previsibilidade das relações sociais, não há dúvida que a inexistência de prazo prescricional, isto é, a imprescritibilidade de um direito ofende a noção de segurança jurídica.

RE 852475 / SP

Por fim, friso que, no confronto entre o interesse público primário e o interesse público secundário, aquele deve prevalecer. Lembremos, com RENATO ALESSI, que não é demasiado admitir que o interesse secundário da Administração entre em conflito com o interesse público primário. E, para evitar a mácula do interesse público primário em detrimento de interesses egoísticos e episódicos, diz o publicista italiano ter a lei papel de destaque ao indicar o órgão competente para o exercício da atividade administrativa:

“Ainda que se possa conceber um interesse secundário da Administração Pública considerada como aparato organizacional, tal interesse não poderia ser realizado senão em caso de coincidência com o interesse público primário. Ao contrário, este interesse secundário do aparato pode facilmente encontrar-se em conflito com o interesse público, de tal maneira que a Administração poderia frequentemente ser conduzida a realizá-lo inclusive para além dos limites da coincidência com o interesse público ou em prejuízo deste último. Se impõe, portanto, a necessidade de uma garantia de que a ação administrativa se dirija efetivamente à realização do interesse público. E a necessidade de tal garantia é maior na medida em que a Administração, como mero ente ideológico, pode atuar apenas por meio de pessoas físicas que, por sua vez, têm interesses pessoais, em prejuízo do interesse público. Necessidade de uma garantia que não apenas sirva para proteger indiretamente os interesses dos particulares contra uma atuação administrativa mais gravosa para os mesmos para além do que estritamente exija o interesse público (a que a Administração poderia ser conduzida pelo desejo de dar excessiva importância ao interesse secundário do aparato), mas que sirva para proteger diretamente o interesse público, em si e por si, objetivamente, contra a possibilidade de um uso dos poderes de ação concedidos à Administração precisamente para a realização deste interesse público, para uma ilegítima realização do interesse secundário da Administração e, o que seria pior, do interesse pessoal das pessoas físicas adstritas aos

RE 852475 / SP

cargos administrativos". (*Instituciones de derecho administrativo*. t. I. Barcelona: Bosch, 1970 p. 185-187. Tradução livre).

Depreende-se dessa leitura que não há como o ordenamento jurídico privilegiar o interesse público secundário do ressarcimento ao erário em detrimento do interesse público primário da segurança jurídica.

Diante do exposto, acompanho o relator e voto no sentido do desprovemento do RE interposto pelo MP do Estado de São Paulo, confirmando o acórdão que reconheceu a ocorrência da prescrição.

02/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

OBSERVAÇÃO**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhora Presidente, o voto do Ministro **Gilmar Mendes** me fez lembrar que, quando estive à frente da Advocacia-Geral da União, eu criei o Departamento de Defesa da Probidade da Administração Pública, destacando procuradores, advogados da União, exclusivamente para a propositura de ações de ressarcimento.

Então, realmente, quando Sua Excelência fala de nossa experiência na Advocacia da União, a lógica de Sua Excelência de que não ter prazo poderia levar a uma não ação do Estado tem todo o sentido prático, porque você não teria sequer a que gestor responsabilizar pela não propositura eventualmente de uma ação necessária para esse ressarcimento ao dano do erário.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E ainda, Ministro Dias Toffoli, algumas outras dificuldades que aqui não foram lembradas, mas que não importam para o desate da questão que está sendo discutida, de centralidade, que é a prescritibilidade ou não desse desse caso. Nós fizemos um levantamento agora e foi designado um conselheiro do Conselho Nacional de Justiça exatamente para fazer levantamento das ações de improbidade que pudessem julgar, antes desse período eleitoral, até pelas consequências que poderiam advir.

Curiosamente, num dos Estados da Federação, somente havia três ações de improbidade propostas. É que, normalmente, não se propõe ação de improbidade, quer dizer, não se adota este título logo no início da peça inicial. No pedido, às vezes, há referência. Então, até o que se chamou de mineração de dados, minerar os dados das ações para saber quantas ações de improbidade temos em curso no Brasil, entre situação ordinária com ação civil pública, ou com ação ordinária, e lá no pedido é que então se formula que está a se discutir improbidade, o que leva, portanto, a um outro tipo de dificuldade, que, sem este trabalho

RE 852475 / SP

concentrado, a gente sequer teria. Não acredito até que, naquele estado, tenha apenas três ações propostas de improbidade, mas, até para aplicação de uma situação como essa haveria uma dificuldade enorme. Nós estamos trabalhando até hoje com este dado no Conselho Nacional de Justiça.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. EDSON FACHIN

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) : ANTÔNIO CARLOS COLTRI E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : RUY MALDONADO (00025594/SP)

AM. CURIAE. : UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que negava provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, e os votos dos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que davam provimento ao recurso, o julgamento foi suspenso. Falou pelo recorrido o Dr. Georghio Alessandro Tomelin. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 2.8.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. EDSON FACHIN**
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) : **ANTÔNIO CARLOS COLTRI E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **RUY MALDONADO**
AM. CURIAE. : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Gostaria de pedir a palavra um minuto, Presidente.

Eu devo dizer a Vossa Excelência, Presidente, que, depois do início da votação, eu recebi diversas manifestações - inclusive uma da Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral da República - sobre esta questão e, nas hipóteses de crime e de improbidade administrativa - eu, inclusive, vou esperar o término do julgamento -, eu estou considerando seriamente reajustar a minha posição.

Vou esperar o debate, seja para um alargamento relevante do prazo, seja para considerar imprescritível.

Eu estou apenas antecipando que, possivelmente, vou reajustar relativamente a esses dois pontos específicos, mas vou ter o prazer de ouvir o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Celso de Mello e, ao final, formar um juízo definitivo.

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, não posso reajustar o voto porque ainda não o proferi.

Improbidade ganhou envergadura maior, porque prevista de forma expressa, considerada a atuação do constituinte dito originário, na Constituição Federal. E todos sabem que o legislador nem sempre zela pela tecnicidade na formulação de preceitos. Tem-se – não há a menor dúvida – preceito que sugere, pelo menos à primeira leitura, enfoques diversificados. Mas é noção comezinha que não se encontra preceito isolado em qualquer diploma. Há o método de interpretação sistemático, quando se levam em conta os diversos dispositivos legais e busca-se, tanto quanto possível, não desmantelar o sistema jurídico nacional.

O que se tem no § 5º do artigo 37 da Constituição Federal? Previsão que encerra a remessa da disciplina do tema ao legislador dito ordinário. E está em bom português, nesse preceito, que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente. Evidentemente, não se tem norma penal, mas de contornos civilistas. E prossegue o preceito: "servidor ou não, que causem prejuízos ao erário", texto no qual está em jogo ação indenizatória, que poderá resultar em cominação, dissensões. E vem o vocábulo que tanta discussão está a provocar: "ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento".

Presidente, não passa pela minha cabeça a imprescritibilidade de ação patrimonial, ainda que se potencialize a defesa do bem – gênero – público. Esse vocábulo "ressalvadas" não implica a imprescritibilidade, porque, nos casos concretos em que o constituinte visou prever a imprescritibilidade, o fez. Refiro-me aos incisos XLII e XLIV do artigo 5º. Tem-se disciplina da prescrição. A Constituição versa, na área penal, o crime de racismo e a prática de atos por grupos armados – civis ou militares, não importa – contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Como percebo, então, a utilização desse vocábulo "ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento"? Como admissão – num excesso de

RE 852475 / SP

linguagem, porque isso não precisava estar no texto constitucional –, simples admissão, da ação de ressarcimento.

Presidente, a péssima redação dessa cláusula final do preceito é que está levando a essa celeuma, a essa incompreensão pela mídia. E incompreensão, também, por parte do Estado acusador, do próprio Estado, para sustentar-se que se teria, mediante o emprego da expressão "ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento", a imprescritibilidade, quando o sistema não contempla a imprescritibilidade das pretensões de cunho patrimonial.

Veio a Lei, e creio não se poder assentar que, no particular, é conflitante com a Constituição Federal. Não lograria pinçar da Constituição Federal preceito contrariado pelo legislador comum quando aprovou o que se contém na Lei nº 8.429/1992 – há 26 anos –, que é a Lei, em si, de Improbidade.

Previu a Lei, no artigo 12, no capítulo das penas – mas não se trata quanto ao ressarcimento de uma ação penal –, diversas cominações. E já me redimi, para admitir não ter razão no que lancei, que o ressarcimento não seria uma sanção.

E a seguir, após o artigo 12, versou-se, de forma muito explícita, a prescrição, revelando-se que as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nessa Lei – inclusive o ressarcimento, mediante ação de cunho indenizatório – prescrevem, podem ser propostas em até cinco anos.

Previu-se, nos incisos, os marcos iniciais do quinquênio, aludindo-se, como marco inicial da contagem dos cinco anos, ao término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; mencionando-se a propositura 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; e até cinco anos da data da apresentação, à Administração Pública, da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do artigo 1º dessa Lei.

Não podemos votar ao sabor de estratégia definida por quem deve

RE 852475 / SP

atuar em defesa da coisa pública, propondo a ação de cumprimento. Não posso votar desconhecendo um sistema, desconhecendo que o legislador da Lei de Improbidade tomou de empréstimo um prazo uniformizado, bilateral – porque diz respeito a prescrição da ação do Estado contra o cidadão e da ação do cidadão contra o Estado –, que é o de cinco anos, atuando, portanto, a partir de uma experiência histórica quanto a essas ações e preservando, acima de tudo, a razoabilidade. Não me consta que o período de cinco anos seja insuficiente, a partir dos termos iniciais versados no artigo 23 da Lei de Improbidade, a que se mova uma ação, quer para ter-se a observância de outra cominação, prevista no artigo 12, quer para ter-se o ressarcimento, em si, considerada a preservação que a todos os cidadãos brasileiros interessa: a da coisa pública.

Mas há mais, Presidente, que chega a estarrecer. É que, em primeiro lugar, não cabe ao intérprete excluir, do campo da aplicação da norma, situação jurídica contemplada, como não cabe também incluir situação não prevista.

Surgirá uma incongruência se o Tribunal, hoje, assentar inconstitucional a Lei de Improbidade, no que fixa os cinco anos quanto ao ressarcimento, mas constitucional a previsão desse prazo relativamente a outras sanções. Se, de início, o Estado utiliza a estratégia, por exemplo, de aguardar o desfecho da ação penal para, então, ante elementos levantados no processo-crime, ajuizar a ação de ressarcimento, é uma questão ligada a simples estratégia, que não torna imprescritível essa mesma ação de ressarcimento. Se estabelecermos distinção quanto ao prazo, quanto ao termo inicial versado na lei relativamente às demais cominações e ao ressarcimento do prejuízo – por isso aludi à ação indenizatória – causado ao setor público, estaremos admitindo um sistema que não fechará, com distinção não prevista na Lei Maior, a Constituição Federal.

Presidente, não tenho como potencializar a erronia técnica na redação do preceito pelo constituinte de 1988 a ponto de chegar a essa conclusão e assentar a imprescritibilidade da ação cível indenizatória voltada ao ressarcimento do próprio Estado. E não me cabe – vou repetir

RE 852475 / SP

–, como simples intérprete – sem considerar que a interpretação é um ato de vontade, mas é um ato de vontade vinculado –, estabelecer, onde a Constituição não distingue, distinções e, por exemplo, concluir que, em se tratando de prejuízo causado, tendo em vista a conduta a consubstanciar crime, não há incidência dos cinco anos. Mas, se se trata de outro ilícito, não revelando prática criminosa, tem-se o prazo de cinco anos.

Por isso, Presidente, estou somando o meu voto aos – creio – dos seis colegas que votaram antes de mim dando essa interpretação ao § 5º do artigo 37 e revelando que, de forma exaustiva e não exemplificativa, o constituinte dispôs sobre as ações em que a passagem do tempo não tem eficácia, não fulmina a pretensão, no que dispôs, como o fez, no rol das garantias e franquias constitucionais, quanto à imprescritibilidade, relativamente ao racismo e também a atuação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Observado o sistema, a razoabilidade do prazo de cinco anos, com o qual está muito acostumado o Estado e também os cidadãos em geral, acompanho o Relator no voto proferido.

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A ordem republicana, Senhora Presidente, **consagrou a plena responsabilização de todos aqueles** investidos no exercício de funções públicas.

*Como sabemos, a **responsabilidade dos agentes estatais**, num sistema constitucional de poderes limitados, **tipifica-se** como uma das cláusulas essenciais à configuração mesma *do primado da ideia republicana*, que se opõe – **em função de seu próprio conteúdo** – às formulações teóricas ou jurídico-positivas que proclamam, **nos regimes monárquicos**, a absoluta irresponsabilidade pessoal do Rei ou do Imperador, **tal como ressaltado** por JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO (“Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, p. 203, item n. 267, 1958, Ministério da Justiça – DIN).*

Mesmo naqueles Países, cujo ordenamento político revele uma primazia do Poder Executivo, **derivada** do crescimento das atividades do Estado, **ainda assim** – e tal como salienta JOSAPHAT MARINHO (RDA 156/11) – **essa posição hegemônica**, no plano jurídico-institucional, **“não equivale a domínio ilimitado e absorvente”**, **basicamente** porque a expansão do arbítrio, dos excessos e dos abusos **deve ser contida** por um sistema **que permita a aferição** do grau de responsabilidade daqueles que exercem o poder.

A consagração do princípio da responsabilidade dos agentes estatais **configura** “uma conquista fundamental da democracia e, como tal, é elemento essencial da forma republicana democrática que a Constituição

RE 852475 / SP

brasileira adotou (...)” (PAULO DE LACERDA, “Princípios de Direito Constitucional Brasileiro”, vol. I/459, item n. 621).

A sujeição dos agentes públicos às consequências jurídicas de seu próprio comportamento, **é inerente e consubstancial**, desse modo, **ao regime republicano**, que constitui, no plano de nosso ordenamento positivo, **uma das mais relevantes** decisões políticas fundamentais adotadas pelo legislador constituinte brasileiro.

A forma republicana de Governo, **analisada** em seus aspectos conceituais, **faz instaurar**, portanto, **um regime de responsabilidade** a que se devem submeter, **de modo pleno**, todos os agentes públicos, **inclusive aqueles que se qualificam como agentes políticos**.

O princípio republicano, que outrora constituiu um dos núcleos imutáveis das Cartas Políticas promulgadas **a partir** de 1891, **não obstante** sua plurissignificação conceitual, **consagra**, a partir da ideia central que lhe é subjacente, **o dogma de que todos os agentes públicos** – os agentes políticos, *em particular* – **são responsáveis perante a lei** (WILSON ACCIOLI, “Instituições de Direito Constitucional”, p. 408/428, itens ns. 166/170, 2ª ed., 1981, Forense; JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, p. 518/519, 10ª ed., 1995, Malheiros; MARCELO CAETANO, “Direito Constitucional”, vol. II/239, item n. 90, 1978, Forense, *v.g.*).

Cumprе destacar, no ponto, **o magistério irrepreensível** do saudoso GERALDO ATALIBA (“República e Constituição”, p. 38, item n. 9, 1985, RT), **para quem** a noção de responsabilidade **traduz** um consectário natural **do dogma republicano**:

“A simples menção ao termo república já evoca um universo de conceitos, intimamente relacionados entre si, sugerindo a noção do princípio jurídico que a expressão quer designar. Dentre tais conceitos, o de responsabilidade é essencial.” (grifei)

RE 852475 / SP

Nesse contexto, **vale referir** que o princípio da moralidade administrativa (**que tem**, na Lei nº 8.429/92, **poderosíssimo** instrumento de sua concretização, **na medida** em que legitima a punição do “*improbis administrator*”) **qualifica-se** como valor constitucional **impregnado** de substrato ético, **erigido** à condição de vetor fundamental **que rege** as atividades do Poder Público, **como resulta** da proclamação inscrita no art. 37, “*caput*”, da Constituição da República.

É preciso ressaltar, neste ponto, que a atividade estatal, **qualquer** que seja o domínio institucional de sua incidência, **está necessariamente subordinada** à observância de parâmetros ético-jurídicos **que se refletem** na consagração constitucional do princípio da probidade administrativa.

Esse postulado fundamental, **que rege** a atuação do Poder Público, **confere substância e dá expressão** a uma pauta de valores éticos **em que se funda** a ordem positiva do Estado.

É por essa razão que o princípio constitucional da probidade administrativa, **ao impor limitações** ao exercício do poder estatal, **legitima** o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público **que transgridam** os valores éticos **que devem** pautar o comportamento dos órgãos e agentes governamentais.

Na realidade, e especialmente **a partir** da Constituição promulgada em 1988, **a estrita observância** do postulado da moralidade administrativa **passou a qualificar-se como pressuposto de validade dos atos**, que, **fundados, ou não**, em competência discricionária, **tenham emanado** de autoridades ou órgãos do Poder Público, **consoante proclama autorizado magistério doutrinário, valendo referir**, no ponto, **a valiosa lição** expendida pela ilustre Professora e eminente Juíza desta Suprema Corte, Ministra CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA (“Princípios

RE 852475 / SP

Constitucionais da Administração Pública”, p. 191, item n. 3.3, 1994, Del Rey):

“O fortalecimento da moralidade administrativa como princípio jurídico deu-se, pois, com a aceitação da idéia de que o serviço público tem que atender ao que é justo e honesto para a sociedade a que se destina. A Administração Pública tem, pois, que tomar a si a responsabilidade de realizar os fins da sociedade segundo padrões normativos de justiça e de justeza, esta configurada pelo conjunto de valores éticos que revelam a moralidade.

A moralidade administrativa é, pois, princípio jurídico que se espraia num conjunto de normas definidoras dos comportamentos éticos do agente público, cuja atuação se volta a um fim legalmente delimitado, em conformidade com a razão de Direito exposta no sistema normativo. Note-se que a razão ética que fundamenta o sistema jurídico não é uma ‘razão de Estado’. Na perspectiva democrática, o Direito de que se cuida é o Direito legitimamente elaborado pelo próprio povo, diretamente ou por meio de seus representantes. A ética da qual se extraem os valores a serem absorvidos pelo sistema jurídico na elaboração do princípio da moralidade administrativa é aquela afirmada pela própria sociedade segundo as suas razões de crença e confiança em determinado ideal de Justiça, que ela busca realizar por meio do Estado.

.....

A moralidade administrativa legitima o comportamento da Administração Pública, elaborada como ela é por um Direito nascido do próprio povo. Por isso, é o acatamento da moralidade administrativa, como princípio de Direito que dota o sistema de legitimidade, o que se estende à qualificação legítima do Poder do Estado. O que se põe em foco, quando se cuida de moralidade administrativa, é a confiança do povo no Poder institucionalizado e a legitimidade de seu desempenho quanto à gestão da coisa pública. ‘O maior interessado na moralidade administrativa é, permanentemente, o povo de um Estado’. Poucos princípios jurídicos dependem mais e tão diretamente da participação e da afirmação popular

RE 852475 / SP

permanente, em sua elaboração, em sua formalização justa, em sua aplicação e em sua garantia, do que o da moralidade administrativa.”
(grifei)

Daí a (procedente) observação feita pelo eminente Ministro CARLOS VELLOSO, **em voto** proferido no julgamento **da Reclamação 2.138/DF**:

*“**O princípio da moralidade administrativa e a proibidade administrativa se relacionam. Aquele, o princípio da moralidade administrativa, constitui o gênero, do qual a proibidade administrativa é espécie. ‘Então’, escreve Marcelo Figueiredo, ‘a improbidade administrativa seria a imoralidade administrativa qualificada, ou seja, a improbidade é exatamente aquele campo específico de punição, de sancionamento da conduta de todos aqueles que violam a moralidade administrativa’ (Marcelo Figueiredo, ‘ob. e loc. cits.’).***

A Lei nº 8.429, de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos pela prática de atos de improbidade, que tem sua gênese na Constituição Federal, art. 37, § 4º, é, portanto, instrumento de realização do princípio maior, o da moralidade administrativa.

Dispõe o § 4º do art. 37 da Constituição da República:

Art. 37.

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.’

.....
A lei que dispõe sobre as sanções aplicáveis ao administrador ímprobo é, portanto, instrumento de realização do princípio da moralidade administrativa. Assim, a interpretação desta, que tem por finalidade, vale repetir, realizar o princípio constitucional, há de ser a mais larga, a fim de se conferir a máxima eficácia a este.
.....

RE 852475 / SP

Isentar os agentes políticos da ação de improbidade administrativa seria um desastre para a administração pública. Infelizmente, o Brasil é um país onde há corrupção, apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos. (...)." (grifei)

É por tais razões, Senhora Presidente, que, não obstante o brilho do voto proferido pelo eminente Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Relator, vou pedir vênias a Sua Excelência para, acompanhando a divergência iniciada pelo Ministro EDSON FACHIN, dar parcial provimento ao presente recurso extraordinário, em ordem a afastar, no caso ora em exame, a prescrição concernente à pretensão ressarcitória formulada pelo Ministério Público.

Em consequência desse entendimento, reconheço imprescritível a pretensão jurídica deduzida em ação de ressarcimento ao erário cujo fundamento repouse na prática de ato doloso configurador de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92.

É o meu voto.

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Senhores Ministros, também vou pedir vênua ao Ministro-Relator, neste caso, tenho um voto escrito de que farei juntada. Mas como, aliás, de uma forma muito honrosa para mim, foi citado pelo Ministro Celso de Mello que já me pronunciei em artigo doutrinário sobre a matéria, e, na esteira do que uma parte considerável também da doutrina, embora haja uma doutrina igualmente séria, muito consistente, com mudança até de orientação de alguns doutrinadores que repensaram, como é próprio da atividade intelectual, o quanto antes exarado, não me convencendo razões outras que não o que se contém, mantenho a compreensão que tenho adotado tal como antes decidido. Ainda que tenha sido uma redação que é não a mais clara, digamos, do que seria desejável num texto constitucional. Entretanto, os §§ 4º e 5º da Constituição dão a dimensão exata do que se contém no espírito destas normas, e que me levam, portanto, a considerar ressalvada a prescritibilidade nos casos específicos de ações de ressarcimento.

O Professor José Afonso da Silva, ao comentar esta matéria, afirma ser uma benesse do constituinte, que contraria, ou que vai de forma muito diferente ao que se expõe em outros temas, relativamente à prescritibilidade ou não, mas quanto a outras matérias. Afirma ele, no seu *Comentário Contextual à Constituição*, que não há como se extrair, de um texto que tem essa expressão, um entendimento diferente pela circunstância de que se erigiu a probidade administrativa em princípio da Constituição, repetido em regras que dizem respeito até mesmo aos crimes de responsabilidade do Presidente da República. E por isso mesmo a improbidade administrativa, que são os atos sobre os quais aqui se examina, faz valer uma regra também - digamos - diferente, para não dizer estranha, ao que se poderia levar em consideração, tomando-se em conta todo o sistema no qual a imprescritibilidade não se contempla, senão em momentos expressos da Constituição.

RE 852475 / SP

Como foi aqui exposto de maneira muito enfática, especialmente pelo Ministro Edson Fachin, que inaugurou a divergência, tenho para mim também que, como está estabelecido na Constituição, como se torna claro com a ressalva quanto às ações de ressarcimento, quanto a este ponto específico, a imprescritibilidade se impôs à observância até mesmo do legislador. E por essa razão a interpretação da própria norma há de ser considerada em face do que estampado no art. 37 e seus parágrafos.

Por isso, como disse, acho que a segurança jurídica também está não apenas na parte administrativa e na conduta das pessoas que serviram e que servem à Administração Pública, mas especialmente no cumprimento da Constituição, como se compreende, claro, na minha compreensão, interpretado de acordo com seus termos expressos, que se dá assegurando-se a imprescritibilidade relativamente a essas ações de ressarcimento, como aqui se contém.

Acompanho, com as vênias do Ministro-Relator e daqueles que o seguiram, o entendimento inaugurado a partir do voto divergente do Ministro Edson Fachin, para dar provimento ao recurso extraordinário.

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Vogal):

1. Recurso extraordinário interposto com base na al. *a* do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado da Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Ação Civil Pública – Licitação – Alienação de bens móveis – Avaliação abaixo de preço de mercado – A Lei Federal nº 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”.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

2. O recorrente alega contrariados os arts. 1º, 18, 29, o § 5º do art. 37 e o art. 39 da Constituição da República e sustenta ser *“induidoso que a regra [do § 5º do art. 37 da Constituição da República] contém dois comandos: o primeiro, da prescritibilidade dos ilícitos administrativos praticados por qualquer agente público, segundo dispuser a lei e o segundo, o da imprescritibilidade das ações de ressarcimento, não podendo a lei, obviamente, dispor em contrário”.*

Argumenta que,

“na ponderação de valores reputados importantes – o da segurança jurídica, que fundamenta as regras sobre prescrição – e outros, que atentem de forma grave contra os princípios maiores do Estado Brasileiro, a Constituição Federal formula opção política

RE 852475 / SP

válida, excepcionando determinadas situações da possibilidade de prescrição.

Assim acontece com o ressarcimento ao erário: o Poder Constituinte podia, como o fez, reputar que a defesa do tesouro público haveria de ser a mais ampla possível, considerando que ele se destina a custear os serviços públicos prestados pela Administração objetivando a concretização dos valores fundamentais da sociedade e do indivíduo. A importância da defesa determinou a atribuição, ao Ministério Público, de legitimidade para sua defesa (artigo 129, III), sem prejuízo a ação popular e, ademais, determinou a proibição de prescrição das ações tendentes ao ressarcimento do dano.

(...)

No caso em debate, os Recorridos são servidores públicos municipais, não se lhes aplicando, a nenhum título, o estatuto de outro ente da Federação, ainda que da União.

A aplicação das regras constantes da Lei n. 8.112/90, ofende o princípio federativo, bem como o princípio da autonomia municipal”.

Requer o provimento do recurso extraordinário “*para ser reformado o v. Acórdão, afastando-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição ou, quando menos, o afastamento da declaração de prescrição da sanção do ressarcimento do dano*”.

3. Em 19.5.2016, este Supremo Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria controvertida nestes autos. Confira-se a ementa do julgado:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. 1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, em face de agentes públicos, em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa. 2. Repercussão geral reconhecida” (Relator o Ministro Teori Zavascki, Plenário Virtual, DJe 27.5.2016).

RE 852475 / SP

4. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento parcial do recurso extraordinário em manifestação assim ementada:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 897 DA REPERCUSSÃO GERAL. AÇÕES DE RESSARCIMENTO DO ERÁRIO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPRESCRITIBILIDADE. ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

1– Proposta de Tese de Repercussão Geral (Tema 897): São imprescritíveis as ações de ressarcimento do erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa, independentemente de prévia declaração do ato como ímprobo e do agente que o pratique, servidor público ou não.

2– Recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição, sob o argumento de ofensa aos arts. 1º, 18, 29, 30, V, § 5º, e 39 da Carta Magna, com a pretensão de cassar o acórdão recorrido e afastar a extinção do processo por prescrição.

3 – Não cabe ao legislador nem ao intérprete restringir o alcance da norma advinda do § 5º do art. 37 da Constituição, para excluir da garantia da imprescritibilidade as ações de ressarcimento de danos decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa. Admitir a indevida restrição implica afronta ao texto constitucional, mitigação do princípio da moralidade administrativa e desproteção do patrimônio e do interesse públicos.

4 – A tutela da moralidade administrativa impede a equiparação do dano civil, cuja reparação foi reconhecida como prescritível no julgamento do RE 669.069, ao dano decorrente da prática de improbidade administrativa, cujo ressarcimento é imprescritível.

5 – A imprescritibilidade constitucional da ação ressarcitória não está condicionada a prévio reconhecimento do ato causador do dano como improbidade administrativa.

6 – É imprescritível a ação de ressarcimento, independentemente do agente causador do dano, seja servidor público ou não. A regra da imprescritibilidade existe para proteção do patrimônio público em face de todos, não apenas dos agentes públicos.

RE 852475 / SP

7 – Parecer pelo provimento parcial do recurso extraordinário a fim de que seja reconhecida a imprescritibilidade da ação de improbidade administrativa proposta pelo recorrente na parte relativa ao ressarcimento ao erário”.

5. A Advocacia-Geral da União, admitida nos autos como *amicus curiae*, manifestou-se pelo provimento do recurso extraordinário.

6. Na espécie, o Tribunal de origem analisou apelação pela qual se buscava refutar a caracterização da improbidade administrativa imputada aos recorridos, da qual decorreriam sanções, inclusive o ressarcimento do dano causado ao erário.

No voto condutor do julgado recorrido, o Desembargador Relator afirmou:

“no que se refere aos servidores públicos, ainda que o Ministério Público argumente que a Lei de Ação Civil Pública é silente quanto ao prazo de prescrição, a jurisprudência admite a aplicação por analogia da prescrição quinquenal prevista na Lei da Ação Popular”.

No recurso extraordinário, pleiteia-se o afastamento da *“extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição ou, quando menos, o afastamento da declaração de prescrição da sanção do ressarcimento do dano”*.

Trata-se, portanto, de pedidos sucessivos: um geral, relativo a todas as sanções aplicadas na espécie (ressarcimento, multa, suspensão de direitos políticos e perda da função pública), e outro restrito, referente unicamente à sanção de ressarcimento do dano.

7. Quanto ao pedido mais amplo, razão jurídica não assiste ao recorrente.

A apreciação do pleito recursal demandaria a análise prévia da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Leis ns. 8.112/1990,

RE 852475 / SP

8.429/1992, 9.494/1997 e 9.784/1999). A alegada contrariedade à Constituição da República, se ocorrida, seria indireta, a inviabilizar o processamento do recurso extraordinário. Assim, por exemplo:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Cobrança de créditos decorrentes de convênio. Prescrição. Artigo 37, § 5º, da CF. Inaplicabilidade. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. A norma do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, aplica-se tão somente aos agentes públicos, servidores ou não. A municipalidade não se enquadra em tal categoria. 2. Não houve debate nos autos ou produção de provas, tampouco o reconhecimento judicial da prática de atos de improbidade administrativa. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 4. Agravo regimental não provido. 5. Majoração da verba honorária em valor equivalente a 10% (dez por cento) do total daquela já fixada (art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC), observada a eventual concessão do benefício da gratuidade da justiça” (RE n. 794.625-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 1º.12.2017).

“DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 666. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. (RE 669.069, Rel. Min. Teori Zavascki – Tema 666). 2. Manutenção da decisão que determinou a devolução dos autos ao Tribunal de origem para a observância da sistemática da repercussão geral. 3. Agravo interno a que se nega provimento” (AI n. 834.961-AgR-segundo, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 20.11.2017).

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE

RE 852475 / SP

ADMINISTRATIVA. SANÇÕES. PRESCRIÇÃO. LEI Nº 8.429/1992. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O MANEJO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 102 DA LEI MAIOR. RECURSO MANEJADO EM 1º.9.2015. 1. *A jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que incabíveis embargos de declaração opostos em face de decisão monocrática. Recebimento como agravo regimental com fundamento no princípio da fungibilidade.* 2. *A controvérsia, a teor do já asseverado na decisão guerreada, não alcança estatura constitucional. Não há falar em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais. Compreender de modo diverso exigiria a análise da legislação infraconstitucional encampada na decisão da Corte de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Desatendida a exigência do art. 102, III, “a”, da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência desta Suprema Corte.* 3. *As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.* 4. *Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento” (ARE n. 895.908-ED, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 21.6.2016).*

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÕES. LEI Nº 8.429/97. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. *Os requisitos de admissibilidade consistentes na regularidade formal, na impugnação específica das razões recorridas, no prequestionamento e na ofensa direta à Constituição Federal, quando ausentes, conduzem à inadmissão do recurso interposto.* 2. *O requisito do prequestionamento é*

RE 852475 / SP

indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo o óbice da Súmulas 282, verbis: “É inadmissível o o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” 3. A controvérsia sobre a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/97, cominadas para o ato de improbidade em que incorreu a agravada é de índole infraconstitucional, por isso que eventual ofensa à Constituição deu-se de forma indireta, circunstância que inviabiliza a admissão do recurso extraordinário. Precedentes: RE 540712-AgR-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Dje de 13.12.2012; RE 589784-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Dje 17.08.2012; ARE 650204-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 19.06.2012. 4. In casu, o acórdão recorrido originariamente assim decidiu: EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA Improbidade administrativa- Insurgência contra decisão que recebe a petição inicial e determina a citação dos réus, dentre eles a agravante Alegação de inépcia da petição inicial, violação ao devido processo legal, ao princípio do contraditório e da ampla defesa Descabimento Petição inicial que satisfaz os requisitos do art. 282 do CPC Impossibilidade de análise das questões levantadas, sob pena de supressão de instância Fase processual que possibilita cognição primária e não exauriente da petição inicial e da resposta preliminar Inteligência do art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92 Recurso não provido. AÇÃO CIVIL PÚBLICA Improbidade administrativa. Alegação de prescrição. Embora imprescritíveis as ações de ressarcimento contra os agentes públicos que ilicitamente causaram lesão ao patrimônio público (art. 37, § 5º, da CF), verifica-se a ocorrência da prescrição no que tange às sanções previstas na Lei nº 8429/92. Ação proposta após o quinquídio do término do exercício do mandato Recurso provido neste ponto. 5. Agravo regimental desprovido” (AI n. 744.973-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 13.8.2013).

8. Nesse sentido, o tema alçado à repercussão geral circunscreveu-se à dimensão restrita do pedido formulado pelo recorrente, pelo que passo a analisar essa controvérsia.

RE 852475 / SP

Põe-se em questão a possibilidade de incidência, ou não, da prescrição sobre pretensões de ressarcimento ao erário oriundas de atos de improbidade administrativa.

9. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 669.069 (Tema 666), Relator o Ministro Teori Zavascki, este Supremo Tribunal julgou questão que tangencia a controvérsia em análise na espécie vertente e assentou ser *“prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública, decorrente de ilícito civil”*:

“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” (Plenário, DJe 28.4.2016).

Nesse julgado, o Ministro Relator apresentou vertente decisória mais ampla, tendo sido acompanhado pelos Ministros Luiz Fux e Rosa Weber, realçando tese sobre o alcance da expressão *“ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”*, constante do § 5º do art. 37 da Constituição da República. Confira-se trecho do voto proferido:

“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,

RE 852475 / SP

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”.

Apesar de enfrentada a controvérsia tanto pelos Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux quanto pelo Ministro Edson Fachin, o qual votou pelo provimento do recurso extraordinário para reconhecer a imprescritibilidade *“independentemente da natureza do ilícito”*, o Plenário não assentou juízo sobre a imprescritibilidade, ou não, das pretensões decorrentes de atos de improbidade administrativa e firmou tese somente sobre ilícitos civis, *“esclarecido que isso não vale para improbidade”*, conforme acentuado pelo Ministro Roberto Barroso.

10. No julgamento do Mandado de Segurança n. 26.210, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, este Supremo Tribunal decidiu ser aplicável a ressalva do § 5º do art. 37 da Constituição da República a situações específicas de ressarcimento ao erário decorrentes de processos de tomada de contas especial:

“MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV - Segurança denegada” (Plenário, DJe 10.10.2008).

RE 852475 / SP

Confira-se excerto do voto proferido pelo Ministro Relator:

“No que tange à alegada ocorrência de prescrição, incide, na espécie, o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição de 1988 (...). Considerando-se ser a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendo aplicável ao caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional. (...)

Ademais, não se justifica a interpretação restritiva pretendida pela impetrante, segundo a qual apenas os agentes públicos estariam abarcados pela citada norma constitucional, uma vez que, conforme bem apontado pela Procuradoria-Geral da República, tal entendimento importaria em injustificável quebra do princípio da isonomia.

Com efeito, não fosse a taxatividade do dispositivo em questão, o ressarcimento de prejuízos ao erário, a salvo da prescrição, somente ocorreria na hipótese de ser o responsável agente público, liberando da obrigação os demais cidadãos. Tal conclusão, à evidência, sobre mostrar-se iníqua, certamente não foi desejada pelo legislador constituinte”.

Assim também o seguinte julgado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. AFASTAMENTO DE OUTROS PRECEITOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUCIONAL. AUTONOMIA DAS INSTITUIÇÕES DE PESQUISA CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA [ART. 207, CAPUT E § 2º DA CB/88]. LEGITIMIDADE DE SUAS RESOLUÇÕES. FUNÇÃO REGULAMENTAR. OBRIGAÇÃO DE RETORNO DO BENEFICIÁRIO DE BOLSA DE ESTUDOS NO EXTERIOR COM FINANCIAMENTO PÚBLICO IMEDIATAMENTE APÓS O PERÍODO DE CONCESSÃO. REGRESSO APÓS ONZE ANOS. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE DE RESSARCIMENTO DO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. 1.

RE 852475 / SP

Embora caiba ao Tribunal de Contas da União a elaboração de seu regimento interno [art. 1º, X, da Lei n., 8.443/92], os procedimentos nele estabelecidos não afastam a aplicação dos preceitos legais referentes ao processo administrativo, notadamente a garantia processual prevista no art. 3º, III, da Lei n. 9.784/99. Precedente [MS n. 23.550, Relator para o acórdão o Ministro SEPULVEDA PERTENCE, DJ 31.10.2001]. 2. O beneficiário de bolsa de estudos no exterior, às expensas do Poder Público, não pode alegar o desconhecimento de obrigação prevista em ato normativo do órgão provedor. 3. A legitimidade das resoluções do CNPq, bem como das demais instituições de pesquisa científica e tecnológica decorre da autonomia conferida pelo artigo 207, caput e § 2º, da Constituição do Brasil. 4. O retorno do impetrante ao Brasil onze anos após o encerramento do benefício não afasta --- ante a existência de preceito regulamentar que determinava o regresso imediatamente após o término do período de concessão da bolsa, sob pena de devolução integral dos valores recebidos --- sua responsabilidade pelo ressarcimento do erário. 5. Segurança denegada" (MS n. 24.519, Relator o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 2.12.2005).

11. Em estudo doutrinário sobre a matéria, afirmei:

"a moralidade administrativa não é uma questão que começa e termina na qualidade dos homens, mas na qualidade dos sistemas jurídico, político e administrativo vigentes em determinada sociedade estatal (...). Por isso, considero que a moralidade administrativa pode e deve ser imposta juridicamente. A sua contrariedade – a imoralidade contida no comportamento corruptor e corrupto – pode ser verificada, apurada e punida, vale dizer, dificultada, controlada, conquanto tenha demonstrado a história que ela não chega a ser totalmente eliminada. (...)

a moralidade administrativa legitima o comportamento da Administração Pública, elaborada como ela é por um Direito nascido do próprio povo. Por isso, é o acatamento da moralidade administrativa, como princípio de Direito que dota o sistema de legitimidade, o que se estende à qualificação legítima do Poder do

RE 852475 / SP

Estado. O que se põe em foco, quando se cuida de moralidade administrativa, é a confiança do povo no Poder institucionalizado e a legitimidade de seu desempenho quanto à gestão da coisa pública. O maior interessado na moralidade administrativa é, permanentemente, o povo de um Estado. Poucos princípios jurídicos dependem mais e tão diretamente da participação e da afirmação popular permanente, em sua elaboração, em sua formalização justa, em sua aplicação e em sua garantia, do que o da moralidade administrativa.

A moralidade administrativa reflete ou condensa uma moral extraída do conteúdo da ética socialmente afirmada, considerando esta o conjunto de valores que a sociedade expressa e pelos quais se pauta em sua conduta” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 185-191).

A necessária observância da moralidade administrativa revela a lucidez do constituinte originário na inscrição da ressalva constante da parte final do § 5º do art. 37 da Constituição da República.

José Afonso da Silva leciona:

“a prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direitos, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de Direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providências para sua apuração e responsabilização do agente, sua inércia gera a perda do seu ius perseguendi. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: ‘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’. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito; não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização do prejuízo causado ao Erário. É uma

RE 852475 / SP

ressalva constitucional – e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (dormientibus non succurrit ius). Deu-se, assim, à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade, na hipótese considerada” (SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 348-349).

Apesar de doutrina contrária, constante, por exemplo, dos trabalhos de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 1096-1097) e Ada Pellegrini Grinover (*O processo – II Série: Estudos e pareceres de processo civil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 116), parcela significativa dos autores pátrios segue a compreensão aqui exposta, a exemplo, dentre outros, de Aluízio Bezerra Filho (*Atos de Improbidade Administrativa*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 643-644) e Marcelo Figueiredo (*Probidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 256-257).

12. Na ponderação entre os princípios da indisponibilidade do interesse público e da segurança jurídica, poder-se-ia argumentar ser o prazo prescricional de cinco anos adotado como parâmetro seguro tanto para a autotutela administrativa quanto para as pretensões de cobranças pertinentes às dívidas e aos créditos públicos.

Os prazos prescricionais indicados no art. 23 da Lei n. 8.429/1992, no inc. I do art. 142 da Lei n. 8.112/1990, nos arts. 53 e 54 da Lei n. 9.784/1999, no art. 174 da Lei n. 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), nos arts. 1º e 1º-A da Lei n. 9.873/1999, no art. 25 da Lei n. 12.846/2013 e nos arts. 1º e 2º do Decreto n. 20.910/1932 referem-se a esse lapso temporal de cinco anos.

Em espectros menos restritivos para a Administração Pública, confira-se a ressalva constante do art. 54 da Lei n. 9.784/1999, indicando a necessidade de contagem de prazo diferenciado nas situações nas quais constatada a má-fé de quem intencionalmente busca dilapidar o

RE 852475 / SP

patrimônio público, e o § 2º do art. 1º da Lei n. 9.873/1999, no sentido de se aplicar o prazo prescricional da lei penal em casos nos quais o fato objeto da punição estatal constitua crime.

13. Essas determinações legais, contudo, circunscrevem-se à contagem de prazo prescricional para apuração de infrações, situando-se, portanto, na análise da transgressão praticada pelo agente, no sentido de apurar e punir a conduta desviante, em respeito ao princípio da legalidade.

A partir de interpretação sistêmica da ordem jurídica pátria, revela-se possível sustentar visão dicotômica desses prazos prescricionais, individualizando-se, de um lado, o prazo prescricional relativo à pretensão de punição do agente ímprobo e, de outro, a imprescritibilidade da ação de ressarcimento patrimonial decorrente de improbidade administrativa.

Essa compreensão advém de leitura conjugada da supremacia do interesse público, da segurança jurídica e da moralidade administrativa, a qual supõe, em atendimento aos §§ 4º e 5º do art. 37 da Constituição da República, a existência autônoma dos prazos prescricionais referentes às ações pelas quais se busca apurar os atos de improbidade em contraposição à intransigência da imprescritibilidade inerente à pretensão de ressarcimento do dano causado ao erário, reconhecida como manifestação direta da proteção da confiança social na ordem jurídica e da submissão inflexível e incontestada do respeito da Administração ao povo.

A increpação da conduta ímproba centra-se na figura do agente e revela pertinente a contagem de prazos prescricionais em obediência ao princípio da segurança jurídica. A reparação pecuniária do dano causado pelo ato de improbidade, o qual ataca diretamente a sociedade, princípio, meio e fim, em última análise, da existência do Estado, convola-se em

RE 852475 / SP

proteção da própria legitimidade das normas pelas quais se rege o povo de um Estado, a convalidar a imprescritibilidade na espécie, em atendimento à moralidade administrativa e à supremacia do interesse público.

14. Pelo exposto, voto pelo parcial provimento do recurso extraordinário para reconhecer a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento fundada em ato doloso de improbidade administrativa e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para decidir como de direito, fixando, para tanto, a seguinte tese: *São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.*

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, recentemente já afirmei aqui, algumas vezes, que uma das obras mais significativas em matéria de postura judicial, minimalismo, maximalismo, consequencialismo e pragmatismo, é a obra do professor Cass Sunstein que fala sobre a Constituição sob a ótica de várias mentes.

Pois bem, nessa obra há um capítulo referente à humildade judicial. A humildade judicial, no exemplo do autor, em primeiro lugar, está em que ele afirma que o juiz tem de decidir ainda que o céu caia sobre a terra. Mas, se realmente o céu for cair sobre a terra, ele tem que pensar muito. E o segundo aspecto é um inerente juízo de retratação que caracteriza a nossa humanidade conquanto seres humanos, nós juízes. Debaixo da nossa toga bate o coração de um homem. E nós temos, como dever de ofício, de aplicar o Direito, mas, acima de tudo, fazendo justiça. Muito embora não se tenha ainda um conceito inequívoco do que é justiça, nem Kelsen o teve - dedicou-se a vida inteira a escrever o sonho da Justiça, a ilusão da Justiça, o império da Justiça e, no ocaso da sua vida, elaborou a obra "O que é Justiça?" -, dizia ele que o importante não é encontrar o conceito; é não parar de perguntar.

Coadjuvando Kelsen, Calamandrei afirmava que um juiz deve elaborar uma solução justa e depois dar a ela uma roupagem jurídica, porque o contrário seria o mesmo que construir um teto sem antes erigir as paredes.

É com força nesses pensamentos inerentes à nossa natureza humana, inerentes à nossa consciência de exercer o nosso dever de ofício de maneira mais justa possível, íntegra, hígida, é que eu peço licença ao meu Colegiado para manifestar algo decorrente da minha sensibilidade, conquanto ser humano - e eu tenho sido assim, não é gênero -, e da minha humildade em reconhecer que eu debati o tema sob um ângulo da

RE 852475 / SP

imprescritibilidade de todo e qualquer ressarcimento de danos civis. Mas a verdade é que, naquela oportunidade em que nós debatemos esse tema, eu ressalvei a minha posição acompanhando o Ministro Teori, assentando que a imprescritibilidade só se aplicava àquelas multas, débitos decorrentes de acidente de trânsito, etc. O caso presente também é um caso de somenos importância, mas nós sabemos que, na repercussão geral, há uma parte objetiva e uma parte subjetiva. Quantas vezes, em repercussão geral, aqui, no âmbito criminal, nós concedemos a ordem, mas fixamos uma tese gravosa para o futuro prospectivamente. Então, eu verifico que esse foi o meu posicionamento, na época daquele julgamento, acompanhando o Ministro Teori com relação aos atos de improbidade.

Ainda que assim não bastasse, no Superior Tribunal de Justiça, eu capitanei a corrente exatamente de que o ressarcimento do dano ao erário, posto imprescritível, deve ser tutelado quando veiculada referida pretensão na inicial da demanda, como sói ocorrer agora.

Assentei, também, naquele acórdão, que se tratava de caso semelhante: a legitimidade do Ministério Público. E destaquei que, exceto as demais reparações da ação de improbidade, o ressarcimento do dano ao erário era efetivamente imprescritível, e fui acompanhado pelos Colegas da Primeira Turma, no REsp 1089, da minha relatoria, de 18 de novembro daquela data.

Pois bem, Senhora Presidente, a leitura que se faz no artigo que foi insistentemente lido aqui, foi: (...)§ 5º, diz que a lei *estabelecerá o prazo de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente ou servidor*. Esse dispositivo retrata aquelas hipóteses em que o Estado, com responsabilidade objetiva, tem o direito de regresso contra o servidor. E, então, a lei vai estabelecer o prazo de prescrição desse regresso.

Entretanto, numa ideologia de gestão da coisa pública, pelos princípios constitucionais da moralidade e do republicanismo, e mantendo a coerência e a estabilidade da jurisprudência que eu fiz prevalecer no Superior Tribunal de Justiça, eu entendo que, hoje em dia, não é consoante os princípios e a postura judicial do Supremo Tribunal Federal que danos decorrentes de crimes praticados contra

RE 852475 / SP

Administração Pública e de atos de improbidade praticados contra a Administração Pública fiquem imunes da obrigação de ressarcimento.

Então, com toda simplicidade, com toda a humildade, Senhora Presidente, eu peço vênias aos Colegas para **retificar** o meu voto e estabelecer que entendo imprescritíveis as ações de ressarcimento por danos causados por crimes praticados pelo servidor público e pelos agentes públicos, em geral, e por crimes e danos decorrentes de atos de improbidade e danos decorrentes de crimes praticados por agentes públicos contra a Administração Pública.

Eu não sei se isso se encaixa nos votos já proferidos, mas essa é...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Neste caso, Vossa Excelência estaria dando provimento ao recurso, porque é um agente público e nesta ação civil pública - que o nobre advogado até chamou de "Kombigate", porque era exatamente um desvio que teria sido provocado na aquisição de uma Kombi - se discute um caso que seria de improbidade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, eu só faria uma indagação a Vossa Excelência. No recurso de repercussão geral, nós temos dito que há uma parte objetiva e uma parte subjetiva...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Se Vossa Excelência está acompanhando a divergência no sentido do provimento do recurso - e aí a discussão é sobre a tese.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A tese.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Porque Vossa Excelência antes tinha negado. Agora está exatamente reajustado para divergir do Relator, e não mais votar com Relator, ou seja, o Relator, eminente Ministro Alexandre de Moraes, nega provimento ao recurso. O Ministro Edson Fachin, que inaugurou a divergência, dava provimento ao recurso, ou seja, naquilo que a Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo tinha decretado a prescrição - está na ementa, o prazo prescricional começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido, fatos ocorridos em tal, ação interposta em tal, ocorrência de prescrição, ação julgada extinta em relação aos ex-

RE 852475 / SP

servidores. Recurso provido - e, agora, com o recurso extraordinário do Ministério Público de São Paulo, a conclusão do Ministro Edson Fachin - Vossa Excelência, por favor, se eu não tiver anotado corretamente - dá provimento, alterando e restabelecendo, portanto, a sentença de primeiro grau. E Vossa Excelência, Ministro Fux, no caso concreto, está acompanhando o Ministro Edson Fachin?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Na tese.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não, nós não discutimos ainda a tese. Estou apenas tentando anotar o voto de Vossa Excelência, relativamente ao recurso, no sentido do provimento, e não do desprovimento, que é a conclusão a que chega o nobre Relator.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Agora, na instância *a quo*, houve pronunciamento sobre o fato base da improbidade?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Presidente, quero até fazer alguns esclarecimentos. Na instância inicial, houve manifestação. Foi condenado, em primeira instância, pela venda dos veículos que, em tese, teriam sido subfaturados. No Tribunal de Justiça, exatamente, o Tribunal reconheceu a prescrição.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E não foi adiante?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não, reconheceu a prescrição. Reconhecendo a prescrição, encerrou e houve o recurso extraordinário.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ação julgada extinta.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Fux, eu gostaria até de aproveitar para sanar algumas dúvidas minhas em relação à alteração do posicionamento de Vossa Excelência, porque disso decorrem também outras duas questões importantíssimas analisadas nessa repercussão geral e, na verdade, com reflexos práticos que vêm gerando uma série de dúvidas. Na verdade, três. A primeira, parece-me, que é a questão de crimes - Vossa Excelência falou, imprescritíveis ou não -, não está tratada nessa repercussão geral. Mas, em relação à questão de improbidade - e tive a oportunidade de tentar salientar em meu voto -, os

RE 852475 / SP

dois grandes problemas que foram gerados com essa criação por parte da doutrina e, depois, jurisprudencial - como Vossa Excelência colocou -, por parte do Superior Tribunal de Justiça, foram acarretar, primeiro, que a responsabilidade por ressarcimento ao erário, por ato de improbidade, não teria necessidade nem de seguir a lei de improbidade - eu citei até a manifestação da União, ou seja, seria uma mera ação de ressarcimento, sem aquelas etapas de defesa previstas pela improbidade - e, segundo, não haveria a necessidade de comprovar a improbidade. Ou seja, bastariam meros indícios, o que foi-se transformando numa responsabilidade objetiva. Ou seja, aquele que causa dano ao erário eventualmente tem que ressarcir no prazo x - ou ilícitos, foi o Tema nº 666.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso significa que, prescrita a ação de improbidade, portanto, passado o prazo, ainda assim pode-se propor uma ação de ressarcimento? É isso que significa? Pode-se propor uma ação de ressarcimento em que o órgão público diz que houve improbidade?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Exatamente. Então, exatamente é essa a questão que eu gostaria de levantar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Quer dizer, vamos ter um julgamento por improbidade sem julgamento da questão de improbidade. Veja o seguinte, vamos lá. Nós temos lá a discussão no Eleitoral - para ficarmos em uma experiência - sobre urna eletrônica. Compra ou não compra de urna eletrônica. Ou, aqui, uma dispensa de licitação. Vossa Excelência tem que fazer muitas. Nessa situação, não houve ação de improbidade. Passou o prazo. Agora, entra-se com uma ação de ressarcimento - Vossa Excelência já aposentado, eu aposentado, o Ministro aposentado -, por imprescritível, dizendo que nós somos responsáveis por compra de urna ou coisa do tipo. Escolhemos uma empresa ou outra. O juiz vai dizer que é um ato de improbidade e vai decretar o direito ao ressarcimento. É isso que nós estamos produzindo? É isso que nós estamos dizendo? Portanto, nós estamos fazendo a ablação

RE 852475 / SP

do julgamento da ação de improbidade, porque não haverá.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas a prescritibilidade é das ações.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, desculpe, porque o Ministério Público entrará com a ação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - De improbidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não com ação de improbidade.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Essa é a minha dúvida, Ministro Fux. Só completando, Ministro Gilmar, porque isso é que vem ocorrendo na prática, e, por isso, esse tema de imprescritibilidade ou não tomou tamanho vulto.

A prescrição é em relação à possibilidade de se mover a ação não em relação a uma ou outra, mas a possibilidade de mover a ação. Passado o prazo, se houve a prescrição, perdeu-se a possibilidade de entrar com ação de improbidade. Eu fiz questão de salientar até longamente, e aqui todos concordam, e citei até acórdão de lavra de Vossa Excelência que foi várias vezes citado como *leading case* no STJ. Na ação de improbidade, há necessidade de comprovação da responsabilidade subjetiva: dolo, nos artigos 9º, 10, 10-A e 11; ou culpa, no artigo 10.

Uma vez passado o prazo, não é possível mais ingressar com ação de improbidade, para buscar todas as sanções do art. 12. Então, o que se faz? Entra-se com uma ação de ressarcimento que, se imprescritível for, não tem prazo para se entrar. Nessa ação de ressarcimento, pula-se uma fase, porque, na ação de ressarcimento, se diz o seguinte: O agente público "X" praticou ato de improbidade e gerou um prejuízo, conseqüentemente, ele deve ressarcir-lo. Não se estabelece o rito; até porque, prescrita a possibilidade de ação de improbidade, que tem defesa preliminar e uma série de defesas, não se estabelece a necessidade de comprovação do elemento subjetivo para a prática de improbidade. Ou seja, quanto ao que antes era improbidade, o tempo passou e não houve possibilidade de se ingressar com ação de improbidade, transforma-se, para fins de ressarcimento, em um ilícito civil imprescritível. Ora, a conduta dele

RE 852475 / SP

gerou determinado dano. Há um nexos causal? Tem que ressarcir! É imprescritível.

O que eu indago a Vossa Excelência, porque acho importante, e a discussão se reabriu, é, se eventualmente o Plenário entender que é imprescritível, o rito deve ser de ação de improbidade e deve se comprovar o elemento subjetivo previsto nos artigos 9º, 10, 10-A e 11, ou seja, o dolo ou culpa. Não se pode estabelecer só esse nexos causal.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Vossa Excelência me concede um aparte, Ministro Alexandre?

Vossa Excelência foi o Relator, e eu suscitei divergência. Creio que o debate que está sendo posto aqui, Senhora Presidente, está se mostrando extremamente útil para encontrarmos, se eventualmente possível for, uma zona de intercessão que compreenda o núcleo da tese que está sendo debatido e quiçá, não necessariamente, a projeção da tese à luz do que o Ministro Alexandre vem dispor. Ou seja, eu sustentei e reitero que entendo que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas em ato de improbidade administrativa.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Previstos na Lei de Improbidade.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Nos termos da lei.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Nos termos da Constituição e da lei.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Da lei; porque, senão, o que há é o que se fala: "Ah, esse ato é de improbidade, eu acho que é de improbidade".

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Alexandre, permite-me um aparte talvez dentro do aparte?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Eu permiti o aparte ao Ministro Fachin, e ele pode terceirizá-lo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É o seguinte: Se prescreveu a ação de improbidade, não é mais possível falar de improbidade. Seria uma transferência de um patrimônio público para a esfera privada de alguém, sem que se possa cogitar de um ilícito.

RE 852475 / SP

Porque de improbidade não se pode mais falar, pois a pessoa não se defende mais da improbidade.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Ela se defende do ressarcimento só. A responsabilidade objetiva foi montada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Qual é o ilícito que gerou a transferência, digamos assim, ilegal do patrimônio público para o patrimônio privado?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas é esse, Ministro Lewandowski, o *quid pro quo* que acho que precisa ser elucidado neste momento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois é, e muito bem elucidado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Senão, acontece o que o Ministro Gilmar acaba de dizer: Que se pode entrar com qualquer coisa. Não foi isso que o Ministro Fachin alegou.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E eu sei que há fascínio sobre isso, mas quem vai dizer qual é o ato de improbidade sequer é o juiz. Vai ser, na verdade, o Ministério Público, o que vai terminar por se tornar uma reinvenção desse modelo.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Está sendo tomada uma coisa pela outra. Eu usei a expressão *quid pro quo*, estava querendo dizer isso.

Então, eu dizia, Senhora Presidente, para concluir, que a tese que propus, na realidade, nem cheguei a mencionar, porque, como de hábito, espera-se o julgamento, para saber se há alguma utilidade em formular a tese, mas a tese que está subjacente ao voto que trouxe à colação é esta: são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário público fundadas em ato de improbidade administrativa, nos termos da legislação respectiva. Esta é a questão que eu tenho aqui a sustentar.

No caso concreto, isto leva ao provimento do recurso extraordinário. O que se pode debater na hipótese - e, aí, acolhendo estas percepções que estão sendo trazidas ao debate - é que, tendo em vista que o juiz de

RE 852475 / SP

primeiro grau adentrou ao mérito, ao sentenciar determinando a condenação, mas, o Tribunal extinguiu, ao acolher uma preliminar prejudicial do mérito, pode sustentar, em tese, que o Tribunal de Justiça não apreciou o mérito do caso concreto. E o julgamento, aqui, do provimento do recurso remeteria ao Tribunal de Justiça o exame do mérito. Este pode ser o efeito do provimento do recurso, ou seja, o Tribunal não está dando nem ao Ministério Público nem a ninguém o poder de definir, sem uma decisão judicial, a existência de improbidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sobre o ato de improbidade.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Portanto, essa a elucidação que estou querendo fazer. E acho que este debate está se tornando extremamente frutífero para elucidar que a tese que proponho não tem o efeito direto e imediato no caso concreto sem, necessariamente, um pronunciamento do Tribunal de Justiça.

Inicialmente, essa explicitação eu não houvera feito, mas, a partir desses debates e mantendo, obviamente, a tese que propus, qual seja, a da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário público fundadas em ato de improbidade administrativa, dar provimento ao recurso, para que o Tribunal de Justiça examine o mérito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Foi por isso que perguntei se vamos dividir e perguntei ao Ministro Alexandre se o Tribunal tinha invadido o mérito. Porque eu, particularmente, já descaracterizei inúmeras ações de improbidade, *a fortiore*, e não houve nenhuma ação de reparação de danos. Só que nós aqui não podemos adentrar ao mérito. Porque os tribunais de apelação podem, hoje, por força da norma do art. 515 do Novo Código de Processo Civil, mas, aqui, temos de ter a matéria prequestionada.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Acredito que a minha intervenção foi à esteira, aliás, da intervenção de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Fachin, vamos imaginar - a pergunta não é retórica, é verdadeira porque estou reconstituindo a minha posição - que a ação de improbidade esteja

RE 852475 / SP

prescrita.

O que Vossa Excelência sustenta é que, não obstante a prescrição da ação de improbidade, que geraria as sanções por improbidade, é possível prosseguir ou ajuizar uma ação específica para fins de ressarcimento do dano, em que, então, o juiz teria que estabelecer que houve improbidade, que ela não pode ser sancionada porque está prescrita, mas que, todavia, cabe a reparação do dano. Essa é a posição que Vossa Excelência sustenta?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - É. O que está subjacente - e, agora, Vossa Excelência vem de refinar a posição - é que, a rigor, estamos adentrando a esses temas como que por camadas.

No Tema 666, que o Ministro Teori trouxe à colação, e Vossa Excelência fez o debate para decotar essas questões, lá já se assentou um determinado caminho, em relação ao qual, aliás, estive entre a corrente vencida, mas, lá, assentou-se, eis que se assentou algo atinente aos ilícitos, que, em sentido amplo, decorrem de pretensões em face do Estado ou contra o Estado.

Pois bem, aqui, em face daquele "decolar", colocou-se em discussão, especificamente, a prescritibilidade ou imprescritibilidade do ressarcimento nas ações que estejam fundadas em pretensões que levam em conta a prática de atos de improbidade administrativa.

Entendo que estas pretensões são efetivamente imprescritíveis. Portanto, eu iria, nessas camadas metodológicas em face das quais, com cautela, prudência, mas também com o ousio que está dentro da ordem normativa, creio que hoje esta tese, em relação ao que se fixou lá no Tema 666, daria um passo adiante, no meu modo de ver, na minha percepção, fixando-se em relação à improbidade a imprescritibilidade. E ao dar provimento ao caso concreto, quiçá, o efeito é a remessa ao Tribunal de Justiça que extinguiu, ao acolher a preliminar prejudicial do mérito, para que examine o caso concreto e diga se, neste caso, os elementos que caracterizam uma condenação por improbidade se fazem ou não presentes.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Fachin, Vossa Excelência me permite uma indagação?

RE 852475 / SP

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Sem dúvida.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - E nos casos em que ação de improbidade e ação penal por corrupção, a improbidade prescreveu, ou seja, naqueles casos em que não é mais possível imputar a alguém uma improbidade, seja de natureza civil ou de natureza penal, quer dizer, aí vem o Ministério Público e pede o ressarcimento do patrimônio público, transferido "indevidamente" para o particular, imputando-lhe uma improbidade da qual ele não pode se defender. Como é que fica isso?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ou um crime.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Claro, um crime. Estou dizendo os dois aspectos.

Ministro Fachin, a imputação fica do Ministério Público?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - *Data a maxima venia*, não se propõe uma ação no vácuo. Toda ação tem pedido e *causa petendi*.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Ministro Fux, por favor, posso retornar o aparte que eu concedi? Só retornar o aparte, por favor.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro Alexandre de Moraes, como Relator, volta com palavra.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Até em virtude das observações do Ministro Fachin, eu iniciei o voto colocando essa questão da imprescritibilidade num patamar acima de meros prazos. Citei exatamente isso. Aqui se analisa a questão do devido processo legal, ampla defesa; alguém praticou um fato, alguém teve uma conduta, quais as sanções que irão receber. Agora, vamos dizer - e complementando o que o Ministro Lewandowski disse, que esse é o grande problema -, alguém, um agente público, pratica uma conduta que é definida, em tese, no Código Penal, como peculato. Então, definida como peculato, pena até doze anos, dezesseis anos para prescrever. Mas também é definida na Lei de Improbidade. Definida na Lei de Improbidade, aplica o prazo criminal, também dezesseis anos para prescrever. Nesses dezesseis anos, se esse agente público for processado,

RE 852475 / SP

o devido processo legal garante os procedimentos de defesa corretos, seja do Código Penal, seja da Lei de Improbidade. Dezesesseis anos se passam - o fato é conhecido, dezesesseis anos não é um prazo, digamos, pequeno - ele, no campo penal, teria uma série de defesas, no campo da improbidade, há lei específica. No décimo sétimo ano, se ingressa com ação de ressarcimento. Foram dezesesseis anos para não só provar, mas para permitir a ampla defesa. Se ingressa, dizendo: "Não se pleiteia aqui nem a sanção penal, não se pleiteia a suspensão de direitos políticos, só o ressarcimento. A conduta X gerou um prejuízo Y; conseqüentemente, como é imprescritível, ele deve ressarcir. Ora, foram dezesesseis anos para comprovar que ele praticou ou o peculato ou o que corresponde ao peculato, o art. 9º da Lei de Improbidade. Dezesesseis anos não se permitiu a defesa. No décimo sétimo, pula-se essa etapa e parte-se para a responsabilidade objetiva. Gerou danos? Gerou. Então, tem que ressarcir.

Esse é o grande problema. Até porque, se ele fosse processado por peculato e condenado, teria também o dever de ressarcir. Ou seja, aí há o devido processo legal, há o direito de defesa. O que me preocupa mais do que os prazos - por isso que ressaltéi no voto - é exatamente esse pulo da responsabilidade subjetiva, que deve ser comprovada após o devido processo legal, seja no crime, seja pela Lei de Improbidade, com direito a ampla defesa, para, após estar prescrito, o ressarcimento se tornar objetivo, como se fosse o § 6º do art. 37. Aí, o agente público vem e diz: Olha, eu fui investigado, tinha um inquérito, não houve denúncia, ninguém entrou com ação de improbidade e, desde daquele momento, sabiam que existia esse prejuízo, o qual foi decorrente da economia... Agora, a inércia do poder público transforma a responsabilidade subjetiva em objetiva? A inércia do poder público afasta a obrigatoriedade de o poder público comprovar o que alega, pular essa fase e estabelecer só o nexos causal? Devolva. Mas por quê? Porque houve prejuízo. E qual é o ato de improbidade que eu pratiquei? É tal. Mas passaram-se dezesesseis anos e não se comprovou. Qual o peculato? Você teve dezesesseis anos e não comprovou. Esse é o grande problema. É beneficiar a inércia. Por isso que coloquei na tese que foi acompanhada por alguns dos Ministros,

RE 852475 / SP

cinco anos a contar do conhecimento do fato ou, no caso do crime, o prazo prescricional criminal, que é maior. Agora, conhecido o fato, mais cinco, doze, dezesseis anos? Porque, corrupção ativa, peculato, concomitantemente com improbidade e crime, levariam tudo para dezesseis anos. Depois de dezesseis, o poder público não conseguiu comprovar, vai partir para responsabilidade objetiva? Essa é a maior facilidade que existe. Depois de dezesseis anos, vai entrar, então, com uma ação de improbidade? Então estamos dizendo que não existe prescrição para qualquer ação de improbidade. É essa dificuldade de alegar, ao meu ver, a imprescritibilidade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu quero responder a Vossa Excelência, dizendo o seguinte: Não conheço tantas ações, como Vossa Excelência conhece, ações soltas de ação de ressarcimento.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Conheço várias.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu não conheço nenhuma. Mas, de qualquer maneira, toda a ação deverá ter um pedido e uma *causa petendi*; e toda ação, como a iniciativa é do autor, impõe ao autor que comprove o fato constitutivo do seu direito. Então, não há a menor possibilidade de essa ação de ressarcimento se basear em responsabilidade objetiva. Na ação de ressarcimento de dano ao erário, a parte ré só pode ser condenada se comprovada a improbidade. E o que é improbidade? Não é um ato de um administrador inepto, mas do que cometeu um ilícito doloso. Agora, qual é a *ratio essendi* da Constituição? Ilícito penal ou ilícito civil são coisas completamente diferentes.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Ministro Fux, a questão é exatamente essa. Concordo integralmente com Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Há de se comprovar a culpa.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Ingressou-se com ação de ressarcimento depois de dezesseis anos - vamos continuar com esse exemplo. Para poder obter o ressarcimento, deverá ser comprovado o dolo, porque a conduta que corresponde a peculato ou à

RE 852475 / SP

improbidade do art. 9^a é dolosa. Só que o Estado perdeu o direito de entrar com essa ação criminal, onde ele teria toda a defesa no campo penal.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas a Constituição diz que ação civil é imprescritível.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Então, eu só vou concluir. Ou ingressa com a ação, ele não vai ter o procedimento - e eu li até o memorial da União, que afirma, confessa isso -, não vai ter o direito de defesa que existe na ação de improbidade. O que entendo que Vossa Excelência está propondo - e me parece que foi o que o Ministro Fachin também propôs - é o seguinte: mesmo depois desse prazo todo, pode até chamar de ação de ressarcimento, mas será uma ação onde ele terá todo o direito de defesa e o devido processo legal da ação de improbidade. Ou seja, será ação de improbidade, então a ação de improbidade como um todo, para efeitos de ressarcimento, seria imprescritível. Em outras palavras, não basta entrar com a ação de ressarcimento depois de 16 anos e falar: "O agente público A praticou essa conduta e gerou esse prejuízo, ele tem o dever de reparar, porque, em tese, configura o art. 9^o da Lei de Improbidade". Não. Entra acusando por improbidade, vai ter que provar a improbidade, e o juiz, ao comprovar a improbidade, aplica a sanção do ressarcimento. É isso que Vossa Excelência, a meu ver, está dizendo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É que a Constituição diz "respectivas ações".

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Exatamente isso, o meu voto é esse.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - É que não é isso que vem ocorrendo. Por isso a minha preocupação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sinceramente, eu nunca vi isso, eu nunca vi o Poder Público 16 anos inerte.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - A própria União, no memorial que eu li, disse o seguinte: na ação de ressarcimento, não há necessidade da comprovação, basta a indicação,

RE 852475 / SP

com alguns indícios, para já pedir o ressarcimento. Seria uma ação, vamos dizer assim, de dois degraus: vai acusar a improbidade, ou seja, vai ter defesa preliminar, tudo como se fosse ação de improbidade normal; o juiz vai ter que apurar a responsabilidade, vai ter que indicar qual o artigo - 9º, 10, 10-A ou 11 - e, só então, condenar ao ressarcimento. Então não é ação de ressarcimento, é ação de improbidade só para efeito de ressarcimento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sem prazo de prescrição.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Os ritos são diferentes.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas é disso que se trata.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Os ritos são bem diferentes, por sinal.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Só mais uma pequena observação. Eu não sei se repararam que a Lei da Improbidade, no art. 18, trata só da ação de reparação civil, ela tem um destaque só para ação de reparação.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Sim, mas depois da condenação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - "Se houver ressarcimento", "se houver ação de reparação".

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Depois da condenação, precisa condenar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O art. 18 fala só na ação civil.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu peço licença, se a Ministra Rosa Weber permitir, porque o Ministro Barroso tinha pedido antes de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Em nenhuma hipótese eu falaria antes da Ministra Rosa Weber, ela tendo pedido a palavra.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então,

RE 852475 / SP

por favor, Ministra Rosa Weber. E, na sequência, ouviremos o Ministro Roberto Barroso.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Obrigada, Presidente. É porque eu acompanhei a divergência aberta pelo Ministro Fachin, talvez porque tenha uma compreensão diversa desta agora esposada pelo Ministro Alexandre. Entendo que Vossa Excelência está opondo um óbice à compreensão que nós externamos, no sentido da possibilidade de se declarar a imprescritibilidade da ação de ressarcimento do erário, por ato de improbidade, sem que haja uma condenação por improbidade, no momento em que não haveria mais condições de, considerado o encobrimento da eficácia da pretensão quanto àqueles outros efeitos da prática de um ato de improbidade, inclusive sob a égide da Lei Penal. e em função do princípio do contraditório e da ampla defesa, impor uma condenação ao ressarcimento. Seria essa a questão.

E por que não vejo essa dificuldade? Essa situação aconteceu muito na Justiça do Trabalho, no que diz respeito às ações declaratórias de reconhecimento de vínculo empregatício. Não havia mais condições daquele que se alegava empregado se voltar contra o empregador, porque já alcançada pela prescrição toda e qualquer pretensão voltada contra o empregador, mas, passados muitos anos, em função da necessidade de requerimento e de comprovação, perante a Previdência Social, da existência de um vínculo de emprego, ajuizava o empregado, ou quem se alegava empregado, com ação declaratória da existência de vínculo de emprego, por óbvio, pressupondo também o chamamento da União no polo passivo, além da presença do empregador, para que pudesse produzir algum efeito quanto à pretensão à aposentadoria com o cômputo desse tempo de serviço desconsiderado. Eu sempre compreendi que as ações declaratórias puras são imprescritíveis. Então, em um caso como esse, no meu voto, acompanhando o Ministro Fachin, fez-se esse raciocínio. Por óbvio que se o ressarcimento de dano ao erário pressupõe um ato de improbidade administrativo reconhecido judicialmente, nada impede que, na ação de ressarcimento, se busque exatamente a declaração da prática de um ato de improbidade administrativa apenas

RE 852475 / SP

para efeito de ressarcimento do Tesouro. Seria, em última análise, isso. Entendi ser uma dificuldade de Vossa Excelência, e eu queria apenas justificar o meu voto.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Ministra Rosa, na verdade, essa não é uma dificuldade só minha, mas geral hoje. Tanto que, no ano passado, o Ministro Mauro Campbell, do STJ, organizou um livro para discutir essa questão, porque passou a ocorrer a responsabilidade objetiva. Mesmo não comprovando, depois de dez, doze, quinze, dezesseis anos, não entra com a ação, deixa o prazo transcorrer, aí vem e diz que está prescrito e que agora vai entrar com ressarcimento ao erário, porque o dano e a conduta se comprovam. Só não é possível comprovar se a conduta foi ato de improbidade, mas se tem conduta, se tem dano,nexo causal, será responsabilidade objetiva. Foi-se transformando isso, o que, a meu ver, não é só extremamente perigoso, como ilegal e inconstitucional, porque a Constituição, claramente, prevê a questão da responsabilidade por ato de improbidade, no §4º do artigo 37, indicando que só nos casos definidos em lei. Então, o fato típico e ilícito deve estar descrito na lei. O Estado acusador, qualquer que seja o legitimado para improbidade, Ministério Público, administração pública, que é uma colegitimidade, deve apontar as elementares e deve comprovar. Por quê? A improbidade não é uma mera ilegalidade, mas uma ilegalidade dolosa e, excepcionalmente, em um único tipo, culposa, qualificada pela ideia de corrupção, da prática de corrupção.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas, nisso, nós não temos divergência, Ministro Alexandre. Se Vossa Excelência e a Ministra Rosa me permitirem, faço a derradeira intervenção no sentido de eventualmente contribuir. Os §§ 4º e 5º da Constituição, que são obviamente os nortes normativos para reger essa matéria, tratam da improbidade e das sanções que decorrem da improbidade. O § 4º é muito claro ao falar:

"§ 4ª (...) a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na

RE 852475 / SP

forma e gradação previstas em lei, (...)” .

Essas são as sanções. Se a improbidade prescrever, o § 5º comparece - e aqui está a nossa divergência, e há uma divergência clara - para dizer:

“§ 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.”

Quais? Fundadas em ato de improbidade. Portanto, eventualmente prescrita a improbidade, propõe-se a ação de ressarcimento, fundada na prática do ato de improbidade, vai se processar evidentemente com instrução, como se improbidade fosse. E essa ação de ressarcimento é imprescritível nos termos da Constituição.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Essa ação de improbidade para fins de ressarcimento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Porque aqui são as ações respectivas.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Pode parecer chatice minha, mas isso é a prática. O autor da ação entra e diz: Esse ato é contrário à administração, é um ato de improbidade. Não descreve se é o art. 9º ou não. Geralmente fala o seguinte: Fere o princípio da legalidade. O servidor público que leva um bloquinho para casa para anotar está ferindo o princípio da legalidade, nunca é acusado de improbidade. Tem que ressarcir. Ou seja, depois que prescreveu, transforma-se qualquer ato ilícito em improbidade na prática. Fala: ilegalidade, nexos causal.

A posição do Ministro Fachin, da Ministra Rosa e do Ministro Fux - segundo entendi agora - é de que, na verdade, permaneceria uma ação de improbidade, pelo rito da improbidade, a necessidade de se comprovarem as elementares ou do art. 9º, 10, 10-A ou 11, o juiz condena, mas só pode aplicar uma sanção.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas isso é o que está na Constituição! O ressarcimento é imprescritível.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Não, mas não pode declarar, isso é condenação por improbidade. Esse é

RE 852475 / SP

outro problema da imprescritibilidade. Declara-se a pessoa ímproba?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não, não. Perdão! Declara-se a existência de um ato de improbidade administrativa autorizador de uma condenação, premissa de uma condenação a ressarcimento do erário. E veja - não vou dizer para tornar mais difícil, entendo eu, mas para facilitar - no caso, o novo Código de Processo Civil, que repete o anterior, de 73, arts. 19, quando diz, com todas as letras:

"Art. 19. O interesse do autor pode-se limitar à declaração" - ação declaratória pura:

" I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica;

II - da autenticidade ou da falsidade de documento.

Art. 20. É admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito."

Por isso eu, na linha da compreensão de que a prescrição é o encobrimento da eficácia da pretensão, quanto àquelas pretensões, na ação de improbidade administrativa, que levariam à condenação, estou absolutamente de acordo com Vossa Excelência. Já estariam sim com a sua eficácia encoberta pelo decurso do prazo prescricional. Mas, ajuizada uma ação de ressarcimento ao erário, ela tem como premissa, em primeiro lugar, que se declare a existência de que ocorreu um ato de improbidade. Essa seria a minha compreensão.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Só para solucionar uma última dúvida minha. Nessa ação declaratória, haveria o rito da ação declaratória ou o rito da ação de improbidade?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Essa é uma questão que não se impõe agora.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Não, não, essa é uma questão de devido processo legal! A pessoa terá direito a defesa preliminar? Não terá? Essa é uma questão importante!

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Mas claro que terá!

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Então não é uma ação declaratória!

RE 852475 / SP

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - É claro que terá direito, mesmo na ação declaratória, ao contraditório e à ampla defesa sempre!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Terá direito ao devido processo legal necessariamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministra Rosa, só para complementar esse argumento de Vossa Excelência, porque o Ministro Alexandre está dizendo: "Bom, então, na ação de ressarcimento, há de se obedecer à ação de improbidade" Não! Quando nós discutimos...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Eu voto pela prescritibilidade. Eu estou perguntando se é isso que Vossa Excelência entende.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, não, eu não entendo assim. É o seguinte: o que a petição deve conter? Indica o juízo, o nome, etc, etc, os fatos e os fundamentos do pedido. O pedido, com as suas especificações. Agora, o inc. VI acrescenta: "*VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.*"

Então, não há a menor possibilidade de propositura de uma ação de ressarcimento sem o preenchimento desse requisito, porque senão a petição inicial é rejeitada por inépcia. Isso em primeiro lugar. Em segundo lugar, quando nós discutimos, naquela outra ação dos ilícitos civis, ficou claro, no meu voto e no voto do Ministro Teori, que todas as sanções podem ser prescritíveis, menos a de ressarcimento. Ficou claro isso naquele acórdão!

Então, é o que o Ministro Fachin está apontando. A ação de ressarcimento, no contexto sistêmico-teleológico, ficou de fora desse regime da prescrição. Aí, na hora de propor uma ação de ressarcimento, é preciso provar que houve... Por exemplo, Vossa Excelência citou o caso da urna eletrônica. A urna eletrônica foi declarada, pelo Supremo, inconstitucional...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vamos pegar uma liminar que nós concedamos aqui que...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Liminar não é ato de improbidade!

RE 852475 / SP

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, mas o Ministério Público vai que é, pois dentro desse sistema caberia ação contra todo mundo! Uma liminar em que concedamos um benefício e, daqui a pouco, virão contra a nossa família, porque nós não estaremos mais aí; o Ministério Público vai entrar com uma ação dizendo que nós causamos dano ao erário porque mandamos pagar uma dada vantagem ou porque suspendemos um tributo que estava sendo cobrado. Vamos pegar esse exemplo, porque é...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro, o auxílio-moradia, por exemplo. E, depois, o Supremo vem e diz que foi pago indevidamente. E aí é possível uma ação?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O Ministério Público pode entrar com uma ação contra o juiz por conta disso e vai fazê-lo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu acho que não pode, porque já é assentado que, dentro da órbita da independência jurídica do juiz, não se pode criminalizar a exegese dada à lei.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas a ação será administrativa, é uma ação declaratória. O Ministério Público vai declarar simplesmente se houve ou não o dano.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Que Judiciário é esse que pode ser processado por crime de exegese?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Ato de improbidade administrativa pelo exercício da jurisdição?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É muito interessante, vejam, nós que temos gestão administrativa a toda hora. Amanhã, podemos estar aposentados, ou mortos, e virão ações. Ato de improbidade, quer dizer, nós estamos abrindo ensanchas, é um convite para o não exercício de função pública. É disso que se cuida.

Agora, é interessante, Presidente, do ponto de vista prático, o Ministério Público não tenha trazido as ações necessárias, os casos necessários e emblemáticos, quer dizer, aqueles em que ele demonstre precisar de cinco anos, ou, em se tratando de ação penal, de talvez quinze, vinte anos para averiguar a improbidade.

RE 852475 / SP

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) -
Cinco anos do conhecimento do fato.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Do conhecimento do
fato, para propor a ação.

Com dois meses de férias, com seis meses de licença-prêmio a cada
cinco anos e tudo mais, talvez, seja até o caso de fazer a revisão em
relação a isso, mas, com tudo isso, ele precisa de mais tempo para
propositura da ação e vai renovar. É muito curioso.

Mas eu chamo a atenção porque não estou falando de qualquer
coisa, não, quer dizer, pode-se entrar com a ação contra qualquer ato do
Poder Público.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, Vossa
Excelência me permite?

Qual é a premissa do ressarcimento? É ou não a prática do ato de
improbidade? Se não se pode mais discutir a configuração desse ato,
como caminhar para a ação de ressarcimento, considerada a
imprescritibilidade dessa ação patrimonial?

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

RETIFICAÇÃO DO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu me lembro do já falecido advogado, grande processualista, Ovídio Baptista, que gostava de dizer: “as faces, já pegaram todas. Portanto, só ficaram as que são difíceis mesmo”.

E a discussão que está sendo travada aqui e o próprio reajustamento de votos bem demonstra a complexidade da questão que está em discussão.

Eu havia votado anteriormente no sentido da prescritibilidade. Pelo meu entendimento de que a regra geral em Direito é a da prescritibilidade, e que a Constituição possui alguns dispositivos específicos em que ela própria prevê a imprescritibilidade. E, portanto, eu interpretei o § 5º do art. 37, por não conter uma proposição expressa no sentido da imprescritibilidade, eu o interpretei como não sendo um dispositivo que pretendesse dar fundamento a essa imprescritibilidade.

Apenas relembrando, nós estamos aqui tratando das hipóteses de ressarcimento ao Poder Público. O § 5º do art. 37 prevê o seguinte:

“§ 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.”

O § 5º, portanto, cuida das ações que causem prejuízo ao erário, sem identificar a natureza dessa ação, e ressalva as ações de ressarcimento do erário.

Nós decidimos, em caso pretérito, que, sendo a hipótese de ilícito civil, há prescrição no prazo de cinco anos. Portanto, nós já não interpretamos esta cláusula final no sentido da imprescritibilidade, isto é fato.

O que é novo na presente discussão? É se o ato que causa o dano ao

RE 852475 / SP

erário decorre de uma conduta qualificável como improbidade administrativa. Uma conduta qualificável como improbidade administrativa envolve ou o enriquecimento ilícito do agente público ou envolve o doloso ferimento de princípios da Administração Pública ou o prejuízo ao erário. E, aqui, nesta hipótese, que é a do art. 10, há inclusive possibilidade de que seja uma improbidade culposa. Eu estou destacando isso, porque isso faz diferença na minha conclusão ao desfecho deste voto. Portanto, ao votar, segui o que considero ser a regra geral do Direito brasileiro, que é a prescritibilidade.

Antes de concluído o julgamento, todavia, foram-me trazidos diversos elementos retratando o impacto que esta solução produziria sobre o enfrentamento, que hoje se faz no Brasil, em relação precisamente à corrupção e aos atos de improbidade.

Eu gostaria de declinar, de uma maneira bem explícita, o tipo de raciocínio que norteia as minhas decisões judiciais. É que, em primeiro lugar, um juiz deve reconduzir a sua decisão a uma norma jurídica. Este é o passo inicial, portanto, o juiz não pode decidir com base na Bíblia, com base no Alcorão, com base no marxismo/leninismo ou com base em qualquer outra filosofia. Ele precisa ter uma norma jurídica a qual reconduza a sua decisão. Esta norma jurídica pode ser um princípio ou pode ser uma regra, mas, seja como for, as possibilidades e limites da atuação do juiz devem estar dentro das possibilidades semânticas da norma que lhe cabe interpretar, fora disso, é legislação ou é invenção. Portanto, o primeiro passo que o juiz deve fazer é interpretar a norma dentro das possibilidades semânticas que ela oferece.

O segundo passo, a meu ver, de uma decisão judicial - e é assim que me comporto sempre - é verificar se há valores ou direitos fundamentais envolvidos naquela discussão. E, se houver, a obrigação do juiz é fazer valer esses valores e direitos fundamentais, e não há popularidade ou impopularidade que possam afastar o juiz desse dever de fazer o que é constitucionalmente correto.

Superadas as duas primeiras fases, que são a das possibilidades semânticas da norma e verificar se há direitos fundamentais em questão,

RE 852475 / SP

eu acho sim que o juiz deve produzir o melhor resultado possível para a sociedade. Portanto, uma decisão tem, em primeiro lugar, uma dimensão normativa, tem que ser reconduzida a uma norma. Em segundo lugar, uma dimensão deontológica, o juiz tem o dever de fazer cumprir a Constituição. Superadas essas duas fases, eu acho que o juiz deve produzir o resultado que melhor atenda ao interesse da sociedade.

Antes do término desse julgamento, tendo levado em conta os argumentos jurídicos, e muitos argumentos que me foram trazidos ao longo desse intervalo que mediou o primeiro julgamento do outro, sobre as dificuldades, quando não impossibilidade de recuperação, muitas vezes, de dinheiros desviados, em que há uma delonga administrativa, há uma delonga no processo penal, eu me convenço de que, como regra geral, a prescritibilidade, neste caso, não produz o melhor resultado para a sociedade.

Eu gostaria aqui de qualificar um pouco a minha mudança e talvez restringir ligeiramente em toda a extensão proposta pelo eminente Relator, ou talvez haja consenso quanto a isso. É que a Lei de Improbidade prevê hipóteses em que a improbidade é dolosa e ela prevê, no art. 10, a possibilidade de culpa. Eu gostaria de cingir a imprescritibilidade do ressarcimento às hipóteses de dolo e excluir as hipóteses de culpa, em que, por uma falha humana, não intencional, se tenha eventualmente causado um prejuízo ao Erário.

Portanto, eu estaria, Presidente, reconsiderando o meu ponto de vista para entender imprescritível a ação de ressarcimento de danos nas hipóteses do cometimento pelo agente público de uma improbidade dolosa.

E aqui, apenas para deixar claro, o que eu acho que se faz ao se admitir a imprescritibilidade apenas da ação de ressarcimento é dizer que as sanções previstas na lei não podem mais ser aplicadas. Portanto, perda da função pública, perda de direitos políticos, isso não decorre e, portanto, isto continua prescritível.

Agora, se um agente público ímprobo, que tenha praticado um ato de corrupção, tem consigo ainda o produto da improbidade, o produto

RE 852475 / SP

do desvio, e isso possa ser judicialmente demonstrado, não tenho conforto em dizer que ele possa conservar o produto do crime ou o produto do desvio sem que o Estado possa pretender reavê-lo.

Aqui, o ponto específico enfatizado no memorial da doutora Raquel Dodge, Procuradora-Geral da República, e que já havia sido mencionado também no voto do Ministro Fachin, é a impossibilidade de usucapião de bem público. Portanto, nem mesmo o posseiro de boa-fé pode se tornar proprietário de um bem público, mesmo que o tenha em sua posse prolongada, de boa-fé. Se a Constituição não admite esta hipótese, parece-me difícil admitir que alguém que tenha a posse de um bem público desviado, portanto, de má-fé, não possa ser objeto de uma demanda judicial para reaver esse bem.

De modo que, convencido por esses argumentos, eu estou Presidente, reajustando o meu voto para considerar a imprescritibilidade nas hipóteses de improbidade dolosa. Aqui eu acho que não é o caso de se discutir rito, mas eu, pessoalmente, nem acho que seja rito de improbidade. Penso que é uma ação provavelmente ordinária de ressarcimento, que tem como questão prejudicial o prévio assentamento de que ocorreu um ato de improbidade com todo o direito de defesa do réu também nesta hipótese e sem que nesta ação, como me parece intuitivo, se possa pretender aplicar qualquer sanção associada à improbidade, porque o ressarcimento ao erário não é uma sanção. O ressarcimento ao erário é a reposição da situação ao *status quo ante*. Devolver aquilo que alguém se apropriou indevidamente não é sanção. Sanção pode ser multa, sanção pode ser reclusão, sanção pode ser perda de direito, mas devolver o que não deveria ter tomado não considero que seja uma sanção.

Agora, no caso concreto, eu teria duas possibilidades aqui. A primeira é a de me alinhar com a posição que o Ministro Fachin verbalizou incidentalmente, que é a de determinar a volta dos autos para que o Tribunal, que reconheceu a prescrição, aprecie o mérito, ou - neste momento, estou pensando alto. Na verdade, não houve condenação porque o juiz extinguiu o processo com o julgamento do mérito pela

RE 852475 / SP

prescrição. Então não tem alternativa.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Houve em primeiro grau a condenação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O juiz de primeiro grau entendeu em que sentido? Condenou?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Condenou, e não houve o recurso.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Impôs todas as sanções, as outras. Por isso que se nós determinarmos o retorno, se, eventualmente, prevalecesse essa tese, nós teríamos que restringir, exclusivamente quanto ao ressarcimento, porque houve uma pronúncia de prescrição abrangendo todas aquelas sanções punitivas impostas em primeiro grau, de toda ordem, civil, penal...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Uma extinção da ação, por isso é que seria necessário.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O caso aqui, como bem enfatizou doutor Georghio Tomelin da tribuna, é bem inusual, quase ridículo nas suas cifras, quer dizer, mil reais a mais por uma Kombi. O problema é que não estamos em função do caso específico. Nós estamos discutindo uma tese que vai impactar por causa da repercussão geral da matéria. Porém, alinhar-me-ia, portanto, a mandar baixar, posto que nós reconhecemos a prescrição de qualquer sanção associada à improbidade, mas, não estando prescrito, se o juiz entender o caso de condenar há eventual reparação de dano.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Desde que dolosa a conduta.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu acho, Ministro Lewandowski, que o "dolosa" é muito importante até pelo aspecto que o Ministro Gilmar observou que considero relevante.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Refletindo sobre o que Vossa Excelência está dizendo, eu estaria inclinado, se vencido, a acompanhar essa tese que me parece um pouco mais consentânea com o direito de defesa. Essa proposição de Vossa Excelência

RE 852475 / SP

se mostra consentânea com a recente alteração da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro que alterou o art. 28 - que foi alterado pela Lei 13.655, de 2018, portanto, recentemente -, que diz o seguinte: “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois então é isto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Aliás, uma excelente lei, diga-se de passagem, foi uma inovação importante.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - E foi inspirada pelo professor Floriano de Azevedo Marques, que é diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, jovem professor titular de Direito Administrativo. Concordo com Vossa Excelência que em boa hora isto foi introduzido em nosso universo jurídico.

Portanto, a proposição de Vossa Excelência, a meu ver, encontra conforto, inclusive, na vontade dos representantes do povo recentemente manifestada no Congresso Nacional.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É como voto, Presidente.

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Eu estou acolhendo as sugestões do Ministro Luís Roberto Barroso e assentando que, se houver provimento do recurso, o retorno ao TJ se dê para apreciar exclusivamente a pretensão de ressarcimento. E, na tese, estou incluindo o vocábulo "doloso", na prática dolosa da improbidade. Estou acolhendo a sugestão.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Apenas para assentar a imprescritibilidade.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Para assentar a imprescritibilidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Seria exclusivamente para os casos de ato de improbidade dolosamente comprovados.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Ou pela prática dolosa de improbidade administrativa.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim, exatamente. Neste caso seria um provimento parcial, seria para devolver? Porque prover para devolver e não para o fim específico. Até tinha inicialmente formulado meu voto nesse sentido...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - É verdade. Vossa Excelência tem razão, é um provimento parcial.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu até tinha, inicialmente, formulado o meu voto nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - É um provimento parcial.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Meu provimento seria parcial para devolver e afastar - mais ainda agora, se o que se põe como voto de Vossa Excelência -, seria para que o Tribunal reexaminasse - no caso específico de ter havido a comprovação dolosa de improbidade -, para afastar a prescrição no que se refere ao

RE 852475 / SP

ressarcimento.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Presidente, eu só sugeriria que nós déssemos - se for o caso, se prevalecer essa compreensão - provimento parcial ao recurso, para afastar a pronúncia da prescrição exclusivamente quanto ao ressarcimento, porque, no segundo grau, pronunciou-se a prescrição com relação às outras punições, às outras sanções impostas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Exatamente, estamos de acordo. Por isso que eu disse: o provimento parcial seria para a devolução, para que o Tribunal verificasse este dado, só este dado. Ministro Barroso, indago se se põe de acordo? Ministra Rosa então acompanharia. Ministro Fux? Ministro Dias Toffoli, Vossa Excelência acompanhou o Ministro Alexandre de Moraes?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu teria uma terceira proposição, mas, a esta altura, eu não vou abri-la.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu, inicialmente, fiz um primeiro voto, acompanhando, achando que Vossa Excelência ia exarar o voto exatamente no sentido da imprescritibilidade da execução. Quando Vossa Excelência reafirmou, eu tive que reajustar para formular o voto no sentido do provimento parcial, no sentido que agora se instala.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Seria para afastar todas as sanções do art. 12, Presidente, da Lei nº 8.429.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas, para o fim de proclamação, acho que ficaria pelo parcial provimento, para a devolução, para os fins apenas de manutenção neste caso.

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eu acompanho o Relator, mas, se, por ocasião da elaboração da tese, faltar um voto para compor a maioria, no sentido da argumentação agora proposta pelo Ministro Barroso, eu voltaria a me pronunciar. Mas, neste momento, eu acompanho o Relator pura e simplesmente e, na elaboração da tese, talvez eu evolua para acompanhar o Ministro Barroso.

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO**CONFIRMAÇÃO DE VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu continuo acompanhando o Relator, Presidente. E continuo também com muitas dúvidas em relação a toda essa temática, tendo em vista a amplitude da lei de improbidade. Mesmo a ressalva agora colocada no voto do Ministro Barroso, quanto a fatos dolosos, não dá cobertura para várias das situações que nós temos.

Vejam que essa é uma lei em que nós temos o art. 9º, que trata da improbidade que importa em enriquecimento ilícito. Entretanto, temos também os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário. E aí temos uma série de situações - algumas que podem ensejar dúvida -, por exemplo, a de realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea.

Eu tenho sempre como princípio que a gente tem que rezar Ministro Fux, para não perder o senso de justiça, mas se as nossas orações não são efetivas, pelo menos que Deus nos ajude a não perder o senso do ridículo.

Certa feita, entrou-se com uma ação, o Ministério Público contra o Ministro Malan, o Ministro Pedro Parente e vários outros componentes do Conselho Monetário, por conta do PROER, Ministro Celso. Muito provavelmente esta ação foi muito encorajada pelo PT da oposição, Ministra Rosa, uma vez que muitos desses atores eram um pouco braço judicial do Partido dos Trabalhadores.

Esta ação foi acolhida. Eu até brinquei com o Pedro Parente, depois, porque essa ação foi acolhida, Ministro Alexandre. O juiz disse: não vou aplicar todas as demais sanções. Só vou mandar que eles devolvam o que foi aplicado no PROER. O PROER, que é considerado um grande programa de estadista no Brasil. Veja, Ministro Fux, aqui foi proposta ação e a ação foi acolhida, porque se entendeu que se estava - vejam -, em um tema altamente complexo como este: "conceder benefício fiscal sem observância das formalidades legais". Segundo essa vertente, já caberia a ação. Como que se fica num caso desse? Imagine-se que passe o prazo

RE 852475 / SP

previsto e só depois propõe-se ação. Porque a toda hora, governar envolve esses riscos todos. E aqui é muito curioso - acho que nós temos que discutir e penso que essa é a oportunidade de fazê-lo - o risco para quem propõe essas ações também, inclusive, as de ressarcimento, doutora Raquel.

Nesses dias, eu escutava de um líder no Congresso que as responsabilidades e as condenações nos órgãos autônomos, que a responsabilidade civil do Ministério Público, da Polícia e, eventualmente, do Judiciário, teriam que ser arcados com o orçamento de cada uma dessas unidades autônomas. E faz todo o sentido. "Ah, vai provar o dolo", como? Pode haver programas governamentais que resultem em verdadeiro fracasso. Mas como se vai examinar? Veja, nós sabemos de um no qual até houve crime, com vendas de medidas provisórias e tudo mais; mas o governo Dilma, acho, começa a acabar com o tal programa das desonerações fiscais - um retumbante fracasso. É um experimento institucional, mas não se pode imputar dolo. O caso do PROER é um programa exitoso, não obstante contestado. Vai se permitir que se faça isso? Passou o prazo de prescrição, agora se retoma a discussão.

E nós sabemos que essas ações são muito animadas por motivações políticas, uma vez que no contexto atual elas podem ser propostas de maneira - desculpe, doutora Raquel, a franqueza - flagrantemente irresponsável, no sentido jurídico.

Ainda agora, Ministro Lewandowski, encontrei-me com o doutor Eduardo Jorge lá em Lisboa. Foi acusado de tudo, animado por essa gente - como Luiz Francisco e Schelb - da Procuradoria. Foi absolvido em todas as ações, ganhou depois todas as ações de indenização. Ele disse que só não conseguiu responsabilizar Luiz Francisco porque as instituições se protegem. No Ministério Público tudo foi decretado "prescrição". Conseguiu, inclusive, indenizações subsequentes.

Esses dias, eu brincava com meus amigos da imprensa, dizendo que eles se protegem e protegem os seus informantes. Ninguém fala. Veja, é interessante, reconhecem o erro, mas ninguém menciona os que fizeram. O Luiz Francisco se tornou um personagem invisível. É como se ele não

RE 852475 / SP

tivesse existido. Como agora, quase já não falam mais do doutor Janot e suas bebidas. Já não falam mais.

Então, é curioso isso. Como tratar desse tema? Eu estou colocando problemas concretos, porque, a manter-se dada jurisprudência, faz-se um convite para que funções públicas sejam exercidas por aventureiros.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Ministro Gilmar, permite-me só uma colocação rápida?

Primeiro eu queria rechaçar o que, para mim, com o perdão da dureza da palavra, é uma falácia que foi dita por vários membros do Ministério Público - e eu fui membro do Ministério Público - de que a imprescritibilidade atrapalharia o enfrentamento da corrupção. O que atrapalha o enfrentamento da corrupção é a incompetência. Alguém, seja órgão da Administração ou Ministério Público, que tem ciência do fato, tem cinco anos para investigar - ou doze, dezesseis, se corresponde a crime -, na verdade, se, nesse prazo, não conseguiu o mínimo para ingressar com a ação, ou é porque nada há, ou porque é incompetente. Esse é o primeiro ponto.

Porque, fez-se, durante essa semana, um *marketing* de que a imprescritibilidade atrapalha o combate à corrupção - chegou-se ao absurdo de dizer que atrapalha a Lava-jato, para conseguir apoio da imprensa. Ora, nem os prazos de prescrição correram, ainda, em relação à Lava-jato; já é uma vacina para prevenir eventual incompetência.

O segundo ponto, e esse é outro ponto que, se não for tratado agora, vai ser importante num determinado momento tratar. A Ministra Rosa bem colocou, e se formou, a partir do Ministro Fachin, a maioria, que, realmente, não seria uma ação de improbidade, seria uma ação declaratória.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ação condenatória.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Eu acho que é condenatória também.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Ação condenatória, a premissa declaratória.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Toda ação condenatória tem

RE 852475 / SP

embutido ...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Claro, tem que ter uma premissa fática.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Esse posicionamento vai permitir o que já ocorre em relação, às vezes, aos inquéritos penais, inquéritos civis eternos. Abre-se um inquérito civil, e, todos sabemos que a abertura de um inquérito civil é um ônus para quem está sendo investigado, é um ônus merecido, ou imerecido, mas é um ônus, e aí o que se pretende é a ação. Como não haverá prazo de prescribibilidade para ressarcimento, esse inquérito fica como uma espada na cabeça, para sempre. E vai aguardando, 2 anos não consegui; 5 anos não consegui; 10 anos não consegui.

Há casos, Ministro Fux - Vossa Excelência disse que não tinha contato -, de inquéritos civis que há doze anos foram arquivados e, doze anos depois, mudando; abre-se só dizendo: "Quero começar a analisar se há, ou não, possibilidade de ressarcimento".

Então, colocar uma tese jurídica como atrapalhar enfrentamento à corrupção, é de uma falta de lealdade processual, que se colocou na imprensa, total.

E a incongruência vai ficando cada vez maior, porque, o art. 9º, que é mais grave da Lei de Improbidade, porque é a maior sanção, ele será sempre prescritível. Os artigos 10 e 11, que são menos graves, aqueles que podem gerar prejuízo, esses serão imprescritíveis, no caso do ressarcimento; é outra incongruência com o legislador.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Só para fazer uma observação. Por exemplo, como magistrado, se, eventualmente, a parte comprovasse que o Ministério Público propôs a ação com essas intenções menos nobres a que Vossa Excelência se referiu, isso seria resolvido pela lei.

Como juiz, aceitaria uma reconvenção do réu postulando para que o Ministério Público fosse condenado, porque o art. 181 do Código de Processo Civil diz assim: "*O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções*". Encaixa-se dentro do que Vossa Excelência narrou.

RE 852475 / SP

Agora, o importante é a consciência de quem é acionado de que, também, tem a proteção legal do art. 181 do Novo Código de Processo Civil. Ele já esteve na Lei de Improbidade

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isto é extremamente importante de ser discutido, mas, é importante que se coloque, porque, Ministro Fux, não é muito fácil, não é muito fácil fazer-se isto.

Por exemplo, recebi um ex-governador de um Estado, que teve agora o pedido de investigação encerrado a pedido da Procuradora Raquel, ou de seu representante.

E eu disse a ele: mas isso é evidente! Ele disse: "Falava-se de doação num período em que eu não era candidato". E esse inquérito ficou, por tanto tempo, afetando as suas perspectivas eleitorais e, claro, a sua própria vida.

Eu disse: Por que não se faz uma representação? Porque as pessoas não têm condições de fazê-lo, elas morrem de medo, porquanto se cria um modelo de estado policial. De fato, as pessoas não fazem essa representação.

Veja o que fizeram Ministro Fux, Vossa Excelência é de lá, veja o que fizeram com o STJ, abrindo um inquérito absurdo contra o Ministro Falcão e contra o Ministro Navarro, para amedrontar o STJ.

Veja, abriram um inquérito criminal. Pediram abertura de inquérito criminal. O Ministro Teori - acho que errou - abriu. Falei isto várias vezes. Falei para ele. Portanto, não estou cometendo aqui nenhum desvio, não preciso mandar mensagem espiritual. Foi um equívoco. E é um grave equívoco de política judicial.

Qual era o objetivo? Era um *constraint*. "Não concedam *habeas corpus* aqui." Estava germinando um estado autoritário. Evidente que isso era dirigido pelos passos bêbados de Janot. Pouco importa. Nós temos essa vicissitude, nós não podemos correr esse risco.

Na ação de improbidade é mais grave, porque você pode manipular o Ministério Público e pode manipular também a própria Procuradoria do Município, do Estado. Isto é um grande problema.

Então, aqui, dos atos que causam prejuízos ao erário, vários são

RE 852475 / SP

enquadráveis. É um tipo aberto, é reconhecido. E veja, ordenar ou permitir a realização não autorizada em lei ou regulamento.

Vou dar um exemplo, agora, discutido aqui no Distrito Federal. Uma instituição de São Paulo, extremamente responsável e respeitável, fez um hospital, hospital do câncer. Doou para o Distrito Federal sob a condição de se criar uma OS. Modelo, Ministra Cármen, do Sarah Kubitschek. Esse assunto tem ocupado a mídia de quando em vez. Fizeram investigações de toda sorte contra esse grupo, que eventualmente poderia dirigir o hospital, traduzindo o interesse corporativo e ideológico, porque médicos e enfermeiros – e seus sindicatos – não querem que o hospital seja gerido por um modelo de OS. Paralisa-se o sistema. Entram com ação de improbidade, ações de investigação. É essa a prática.

Agora quando se diz: "Não, vamos poder pedir ressarcimento". Em todos esses tipos abertos dos casos que importam em enriquecimento ilícito, dos casos em que envolva causa ou prejuízo ao erário e em outros. Veja, tipo aberto. Art. 11, I, Ministro Alexandre.

"Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;"

Ora, aqui, significa que qualquer mandado de segurança, que se conceder contra uma autoridade, pode gerar ação de improbidade. Veja, tipo aberto, completamente aberto. Aqui, a simples violação ao princípio da legalidade.

Imagina, isso é uma rotina da Administração. Nós mesmos, enquanto gestores, já tivemos certamente mandado de segurança contra nós concedidos. Veja que é uma idealização. E aí se diz: "Não, não há nenhum problema."

Ministro Alexandre tratou do tema dos inquéritos, das investigações

RE 852475 / SP

da Lava-Jato. Quantos casos estão sendo encerrados porque não se consegue produzir prova? E mesmo naqueles casos, Ministro Celso, Ministro Fachin, em que houve o recebimento da denúncia, Vossas Excelências inclusive chegaram à conclusão, na condição de Relator ou de Revisor, de que não havia prova para condenação. Estamos falando, portanto, de ampla investigação com amplo poder.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Gilmar, Vossa Excelência me permite um rapidíssimo aparte, o qual, talvez, possa tranquilizar Vossa Excelência.

Se estivermos, aqui, tratando de ação de ressarcimento para recompor dano ao erário, o Ministério Público é parte ilegítima, porque apenas a Fazenda Pública pode ingressar com ação de ressarcimento: A Advocacia-Geral da União, a Procuradoria da Fazenda ou as Fazendas municipais.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Há que provar o dolo, não é?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas quem é a parte legítima?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Se não é ação de improbidade, o Ministério Público não é legítimo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não tem a parte legítima. Isso é claro, cristalino, sempre foi assim.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não acredito...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Porque não se fala mais em ação de improbidade, mas em ação de ressarcimento. Quem é o titular da ação de ressarcimento? É a Fazenda Pública. Não é isso?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas não é a prática.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não, mas agora nós estamos decidindo novamente a questão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por isso que estou focando o tema.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu acho que tranquilizaria Vossa Excelência.

RE 852475 / SP

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vejam Vossa Excelências que estamos falando de artigos, tais como: Atos de improbidade que importa enriquecimento - é o art. 9º -; ato de improbidade que causa prejuízo ao erário, art. 10; houve o progresso do STJ em relação à questão do dolo, Vossa Excelência, inclusive foi citado nesse precedente.

Presidente, parece-me que é extremamente sério. Veja, em matéria de política pública, citei como exemplo o PROER. Todo mundo dizia que aquilo era fundamental para dar sequência ao modelo do plano real, não obstante envolver gastos, empréstimos para bancos não quebrarem, o que, depois, se consumou na absorção, inclusive, de muitos bancos menores. Houve uma depuração do sistema, mas gastou-se dinheiro público, obviamente. Um sujeito jejuno em finanças públicas, é possível. Pega uma representação de um parlamentar de oposição e dá curso a uma ação. Existe isso hoje. Há a ação de improbidade contra Malan, contra Pedro Parente, contra Serra, talvez, por conta de se ter criado o PROER. "Ah, mas daqui a pouco o Tribunal vai julgar improcedente". Mas propõe-se esse tipo de ação. "Ah, mas agora já passou o prazo. Então vamos entrar com a ação de ressarcimento". Eu brinquei com Pedro Parente, porque, na época, se fez uma divisão. E eu disse: "Bom, dividido por seis, que são vocês, talvez um ressarcimento de trezentos e cinquenta milhões, ou alguma coisa assim". Era muito mais. Imaginem que decidam discutir o que fizemos lá no Tribunal Superior Eleitoral, as urnas eletrônicas. Podem fazê-lo, claro! Nós vimos aqui, nas sustentações sobre urnas eletrônicas, o tipo de crença, o criacionismo que se desenvolveu em torno dessa matéria. Disseram que ter urnas eletrônicas era um descabimento. Daqui a pouco, temos uma ação tramitando. "Ah, mas não ocorrerá porque o Ministério Público é composto só por pessoas probas, sensatas e tudo o mais". É verdade isso? E as advocacias públicas também? É essa a experiência que nós temos? A partir dos exemplos que temos colhido aqui?

Então, parece-me, Senhora Presidente, que é muito séria essa questão. É claro que estou discutindo para mostrar os pontos, não estou

RE 852475 / SP

preocupado com a questão dos resultados, porque esse é um processo que está em andamento (*in fiere*). O Congresso já está se debruçando sobre o próprio refazimento da Lei da ação de improbidade. O Ministro Mauro Campbell é Presidente de uma comissão sobre esse assunto e certamente isso continuará reverberando. Porém, é muito importante que se pontuem as incongruências, que advogado, da tribuna, mostrou. Quer dizer, a que ponto chega!

Eu recebi uma informação aqui sobre as ações da Procuradoria da Fazenda. Veja: nos últimos tempos, a Procuradoria da Fazenda extinguiu, por prescrição, créditos ou débitos no valor de 2,6 bilhões inscritos na dívida ativa. Daqui a pouco, alguém pode achar que aqui tem um ato de improbidade e entrar com pedido de ressarcimento contra esse procurador, ou contra a Procuradoria da Fazenda. Por que não? E pode? Poderá ser. E alguém poderá reconhecer que houve a improbidade sistêmica? Pode ocorrer. Então, ainda que se assente que há dolo, a mim me parece extremamente preocupante, Presidente, que se chegue a essa conclusão quanto à imprescritibilidade.

É evidente que, na vida prática, já o disse o Ministro Fux, isto resulta inútil. Ou se faz isto no seu tempo, ou não se consegue mais ser efetivo. E este é um grande problema, hoje, no nosso sistema como um todo, isto empodera determinadas instituições. Nós nos tornamos, nestes últimos tempos, uma república corporativa, não só no sentido de tratarmos dos nossos interesses, colocarmos a salvo de todas as prescrições, mas buscamos o nosso próprio fortalecimento. Aqui sai extremamente fortalecida a Advocacia Pública e o Ministério Público. Imaginem o que fará um governador ou um prefeito em relação ao seu adversário. A mesma prática que nós vimos: abertura de inquérito com fins claros de emular, de causar constrangimento.

Vossa Excelência está falando em tese, eu não falo nada em tese e chamo as coisas pelo nome. Eu estou falando aqui, os Senhores se lembram, eu já disse isso - eu sou mau profeta, porque as coisas que falo acontecem, em geral acabo acertando -, falei aqui, em 28 de junho, sobre aquele tal acordo JBS e Procuradoria, e se disse que era importante,

RE 852475 / SP

chegou-se a dar viés de eternidade àquilo. E eu disse: sonhos de uma noite de verão, não vai durar nada. Porque era absolutamente ilegal, flagrantemente ilegal. Em junho, estoura - parece que eu tinha bola de cristal, Ministro Fux, mas não é nada disso; é apenas a experiência de lidar com o sistema. Obviamente, disse, não vai durar nada. Em setembro eclode a tal fita e se revela todo aquele quadro de patifaria, aparece Miller e tudo mais. Se tivesse prosseguido, se não tivéssemos feito ressalvas, estaríamos amarrados. Agora nós estamos vendo, isso aqui de novo vai gerar uma série de problemas sistêmicos, já estamos gerando, e incentiva esta emulação.

De modo que, a meu ver, não se sustenta essa tese, seja do ponto de vista estritamente jurídico – que repudia a ideia da imprescritibilidade –, seja do ponto de vista da serventia, para alguma finalidade. Nós que passamos por órgãos públicos, Vossa Excelência que dirigiu Procuradoria sabe disto. Depois de algum tempo, os créditos públicos, se eles já são de difícil cobrança a tempo e a hora, imagine quando o tempo passa, o estímulo que se vai ter, porém, para uso político desta imprescritibilidade. Então, seja sob o ponto de vista estritamente jurídico, sob o ponto de vista prático de utilidade, seja sob o ponto de vista de política judicial, a mim parece que a imprescritibilidade da ação de ressarcimento apenas estimula abusos.

E, como demonstrou o Ministro Alexandre, isto nada tem a ver com o combate à corrupção e muito menos com a Lava-Jato. A Lava-Jato virou um tipo de entidade que blindava qualquer fraude. Decidir contra a Lava-Jato é ir contra uma deidade. Um absurdo isso. Quer dizer, compete aos agentes públicos e políticos envolvidos nessa questão fazer bem o seu trabalho. Para isso, precisa-se de menos conversa e mais ação. O que se tenta, na verdade, e isso eu tenho falado para mim, é ter a mídia como aliada e constranger juízes para dar a eles o resultado que não fizeram jus. É um tipo de opressão imediatística. Isso não é razoável, é impróprio, é índigo, é aético.

Nós vimos as tais dez medidas que foram gestadas em Curitiba, Ministro Fachin, e que eram medidas fascistas. Prova ilícita aproveitável.

RE 852475 / SP

Acabavam com *habeas coprus*. Por quê? Porque há um risco de se considerar *habeas corpus*. Quer dizer, precisa-se de reforma no Código Processo Penal - Vossa Excelência, Ministro Fux, lidou com uma reforma complexa - para melhorar o combate à corrupção restringindo o *habeas corpus*. Não faz sentido. Novamente, aqui, é uma causa falsa, essa do combate à corrupção, em matérias que ainda estão sendo investigadas. Em muitos casos, sequer houve a propositura da ação penal. Portanto, não se pode falar em prescrição.

De modo, Presidente, com todas as vênias, acompanho às inteiras o voto do Relator.

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

| | |
|---------------------------|---|
| RELATOR | : MIN. ALEXANDRE DE MORAES |
| REDATOR DO ACÓRDÃO | : MIN. EDSON FACHIN |
| 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) | : ANTÔNIO CARLOS COLTRI E OUTRO(A/S) |
| ADV.(A/S) | : RUY MALDONADO |
| AM. CURIAE. | : UNIÃO |
| PROC.(A/S)(ES) | : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO |

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhora Presidente, quando propus a inclusão do complemento "improbidade dolosa", foi precisamente para que não fosse a hipótese colhida por escolhas políticas, escolhas administrativas.

Quando estou falando dolosa, refiro-me a enriquecimento ilícito, favorecimento ilícito de terceiros ou causar dano intencional à administração pública.

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, uma manifestação **a latere** diante do que disse o Ministro **Ricardo Lewandowski** a respeito da legitimidade ativa do Ministério Público para a ação de ressarcimento.

Eu fui designado redator do acórdão de um caso - RE 225.777, cujo julgamento terminou em 24 de abril de 2011, Relator originário Ministro **Eros Grau**, em que ficou vencido, acompanhado pelo Ministro **Cezar Peluso** - o qual não teve repercussão geral. Então, o Ministro **Ricardo Lewandowski** corretamente disse que não há um precedente com repercussão geral, mas, nesse caso específico, no voto que divergi do Relator, reconheci a legitimidade ativa do Ministério Público para as ações de ressarcimento, por meio de ação civil pública. A ementa é a seguinte:

"Recurso Extraordinário. Processo Civil. Ação civil pública ajuizada por membro do Ministério Público estadual julgada extinta por ilegitimidade ativa e por se tratar de meio inadequado ao fim perseguido. 1. O Ministério Público detém legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública intentada com o fito de obter condenação de agente público ao ressarcimento de alegados prejuízos que sua atuação teria causado ao erário. 2. Meio processual, ademais, que se mostra adequado a esse fim, ainda que o titular do direito, em tese, lesado pelo ato não tenha proposto, em seu nome próprio, a competente ação de ressarcimento. 3. Ausência de previsão, na Constituição Federal, da figura da advocacia pública municipal, a corroborar tal entendimento. 4. Recurso provido para afastar o decreto de extinção do feito, determinando-se seu regular prosseguimento.

4. Recurso provido para afastar o decreto de extinção do

RE 852475 / SP

feito, determinando-se seu regular prosseguimento."

Sem querer contestar, é só para refletir.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vali-me daquela nossa posição relativamente às multas penais. Nós já assentamos aqui, de forma estreme de dúvidas, que, na execução das multas penais, quem tem legitimidade ativa é a Fazenda, e não o Ministério Público, porque, hoje, pela nova legislação, as multas penais não pagas não podem mais ser convoladas em penas restritivas de liberdade. Então, por analogia, levantei essa questão. Na verdade, isso demandaria, certamente, um aprofundamento maior, uma discussão mais ampla, até porque não está nos lindes desse RE, quer dizer, quem tem competência para ressarcir ou não, isso talvez tenha que ser deixado para um segundo momento.

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

| | |
|---------------------------|---|
| RELATOR | : MIN. ALEXANDRE DE MORAES |
| REDATOR DO ACÓRDÃO | : MIN. EDSON FACHIN |
| 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) | : ANTÔNIO CARLOS COLTRI E OUTRO(A/S) |
| ADV.(A/S) | : RUY MALDONADO |
| AM. CURIAE. | : UNIÃO |
| PROC.(A/S)(ES) | : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO |

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Presidente, esse é um dos vários casos - eu falei no voto e repeti aqui - em que o passar do tempo transformou a questão da improbidade, no ressarcimento, quando prescrito, em responsabilidade objetiva, tanto que, no Superior Tribunal de Justiça, Ministros escreveram até um livro para ver qual ação a ser utilizada. O Ministério Público entra com uma ação normal, não de improbidade, alegando conduta, nexo causal, prejuízo, e pede a responsabilidade. Por isso é que a discussão foi importante, para dizer: aqui é ressarcimento decorrente de ato de improbidade, comprovado o ato de improbidade doloso, comprovado, previsto em lei, porque virou responsabilidade objetiva.

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Reporto-me, Presidente, ao voto proferido e continuo pasmo no que o Supremo proclamará não haver prescrição considerada pretensão indenizatória. O Estado, a qualquer tempo, em que pese estar prescrita a ação de improbidade, poderá ajuizar, contra o agente, o servidor público, ação visando ressarcimento ao erário. Evidentemente, é passo muito largo, que repercutirá, porque estamos em sede de julgamento de recurso extraordinário, sob o ângulo da repercussão geral, nos diversos patamares do Judiciário.

Por isso, mantenho o voto, tal como proferido, para, acompanhando o Relator, negar provimento ao recurso.

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Ao votar no presente julgamento, **manifestei-me *no sentido da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória*** quando deduzida em ação **ajuizada** com fundamento ***em ato doloso*** configurador de improbidade administrativa, **acompanhando, nesse ponto,** o eminente Ministro EDSON FACHIN.

Desse modo, Senhora Presidente, **confirmo o voto** que venho de proferir nesta assentada.

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

DEBATE

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Parece-me que há uma questão que, embora o tema esteja em repercussão geral, mas já fizemos isso em outras situações: penso que a configuração fática deste caso, já trazida na tribuna pelo eminente advogado mais de uma vez, mostra que, no caso, nós devemos desprover o recurso, porque não faz sentido, nesta hipótese. De fato são figuras secundárias que estão a recorrer, que recorreram para o Tribunal de Justiça. O prefeito não recorreu, um funcionário que recorre, é uma ação civil de ressarcimento em que não se discutiu a questão de improbidade.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Aplicaria e o Tema 666, já estaria prescrito no Tema 666.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não foi imputado o dolo ao recorrente.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Aqui há uma afirmação que foi feita também da tribuna, faço só esse breve esclarecimento, até em homenagem ao ilustre advogado que combateu o bom combate, honrou a missão de advogado e orgulhou seus alunos. Eis que o esclarecimento que faço é que, no final, a última e a penúltima linha da petição inicial, buscam o ressarcimento em razão das sanções previstas no art. 12, inc. II e III, da Lei nº 8.249. E, no dever de indenizar, está citado o art. 5º e demais dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa. E diz: E como se isso não bastasse - aí vem o art. 159 do vetusto, bom, sempre, Código Civil. Portanto, há fundamentação na inicial na improbidade administrativa.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Presidente, só um esclarecimento. A verdade é a tipificação de responsabilidade objetiva, que só cita o art. 12 da Lei de Improbidade para buscar a imprescritibilidade. Isso vem sendo feito comumente, porque prescreveu, para não aplicar prescrição, fala "Ah, mas a sanção...". Só que não comprova dolo, não indica exatamente do que discutimos

RE 852475 / SP

aqui.

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Peço vênha aos que entendem em sentido contrário, mas estou reiterando o meu voto, no sentido de acompanhar o Ministro Edson Fachin, que inaugurou a divergência e, neste caso, com o reajuste feito, acolhendo exatamente a restrição feita no voto do Ministro Roberto Barroso, e que passa a ser, portanto, como afirmou Sua Excelência, a circunscrição em cujo ambiente decide.

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

PROPOSTA

(sobre tese em repercussão geral)

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - A tese que proponho, Senhora Presidente, com os ajustes decorrentes do debate, é a seguinte: São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao Erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI -
Presidente, eu acompanhei integralmente o Relator, mas constato que a
tese reflete fielmente aquilo que foi decidido majoritariamente pelo
Plenário.

Portanto, eu concordo com essa tese.

08/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, continuo acreditando que, tendo formado na corrente minoritária, não posso votar aprovando tese da corrente majoritária. Aqueles que formaram na corrente majoritária é que devem elaborar a tese. Caso tivesse que adotar tese, seria diametralmente oposta à da corrente majoritária.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. EDSON FACHIN

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) : ANTÔNIO CARLOS COLTRI E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : RUY MALDONADO (00025594/SP)

AM. CURIAE. : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que negava provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, e os votos dos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que davam provimento ao recurso, o julgamento foi suspenso. Falou pelo recorrido o Dr. Georghio Alessandro Tomelin. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 2.8.2018.

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 897 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso para afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e determinar o retorno dos autos ao tribunal recorrido para que, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento. Vencidos os Ministros Alexandre do Moraes (Relator), Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: "São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa", vencido o Ministro Marco Aurélio. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. Nesta assentada, reajustaram seus votos, para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin, os Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.8.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário