

16.2.6. Prescrição das sanções previstas na LIA

Quando se fala em prescritibilidade das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, a primeira coisa que se deve ter em mente é a disposição do art. 37, § 5.º, da Constituição Federal, que estabelece a imprescritibilidade das ações que visam o ressarcimento do erário por atos ilícitos que lhe causem prejuízo, seja de parte de servidor seu ou não.

Assim, quando a Lei 8.429/1992 estabelece, em seu art. 23, prazos prescricionais, o faz, tão somente, no tocante à aplicação das penalidades previstas em seu art. 12, ressalvando-se, no entanto, a eventual pretensão de ressarcimento, que, ademais, não constitui, propriamente, uma pena, mas, tão somente, uma obrigação reparatória por parte daquele que deu ensejo ao dano. Aqui, eventual prescrição das sanções decorrentes dos atos de improbidade administrativa não obsta o prosseguimento da demanda quanto ao pleito de ressarcimento dos danos causados ao erário, que é imprescritível (art. 37, § 5º, da CF).⁴⁸ Observamos que embora o STF tenha relativizado a literalidade da regra constitucional de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento contra danos causados à Administração Pública, para excluir dela o chamado ilícito civil puro⁴⁹, nos parece evidente que o alcance da disposição do § 5º do art. 37 não pode, de modo algum, afastar os danos decorrentes de ato de improbidade administrativa, sob pena de se esvaziar por completo o alcance da norma constitucional. Ainda assim, vale ressaltar que o tema é objeto de análise pela Suprema Corte no RE 852.475, com repercussão geral reconhecida (Tema 897).

47. STJ, REsp 1.134.461/SP, 2.ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 03.08.2010.

48. AgRg no AREsp 663951/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, Julgado em 14/04/2015, DJE 20/04/2015

49. RE 669.069/MG, com repercussão geral, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 03/02/2016 (Tema 666). Restou consignada a seguinte tese: “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

Em função disso, a ação civil pública por improbidade administrativa pode ser intentada com esse único objetivo, pretensão de ressarcimento, mesmo que já prescritas todas as penalidades previstas na lei.

Quanto às penalidades propriamente ditas, o legislador criou duas regras.

A primeira é aplicável apenas aos ocupantes de mandatos, cargos em comissão e funções de confiança, e tem como parâmetro o prazo de cinco anos, contados do término do respectivo exercício do mandato, cargo ou função (art. 23, I).

A segunda é aplicável aos demais casos e a lei remete às legislações específicas referentes às faltas disciplinares puníveis com demissão o regramento da matéria (art. 23, II).

Logo se vê que a matéria foi muito mal disciplinada.

Primeiro, por estabelecer a diferenciação de tratamento entre ocupantes de mandatos, geralmente agentes políticos, e ocupantes de cargos em comissão, em relação aos demais agentes públicos.

Segundo, por fazer referência à função de confiança, que, no direito brasileiro atual, se resume a um encargo assumido por servidores ocupantes de cargos efetivos em troca de maior remuneração, o que causa confusão na contagem do prazo, pois o servidor também será ocupante de cargo efetivo, e, logo, poderá estar enquadrado na regra do art. 23, II, da LIA.

Terceiro, porque, ao remeter a regra do art. 23, II, da LIA à regulamentação das leis estatutárias, possibilitou a mais absoluta ausência de uniformidade da matéria, podendo ocorrer, numa mesma ação, em que haja envolvimento de servidores de diferentes entes federativos, diversidade de prazos prescricionais, a depender das disposições da legislação federal, estaduais ou municipais aplicáveis.

Quarto, porque tais leis não se ocupam de disciplinar a situação daqueles que não são servidores estatutários, não existindo, na legislação trabalhista, por exemplo, em relação aos empregados públicos, disposição semelhante, a menos que se adote como parâmetro o prazo legal para instauração de inquérito judicial para dispensa com justa causa de empregado estável, o que parece ser absolutamente inadequado. O STJ já rejeitou a invocação do art. 853 da CLT, entendendo que na ausência de norma específica na esfera trabalhista deve ser aplicada a legislação estatutária da respectiva esfera de governo (AgRg no AREsp 19.264/SP, rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. em 10/04/2012).

Quinto, porque a lei não dá absolutamente nenhuma solução quanto à situação dos particulares que estejam respondendo, igualmente, pela improbidade.

Sexto, porque, muitas vezes, a legislação estatutária remete à legislação penal a disciplina da prescrição, criando, mais uma vez, verdadeira concorrência de normas divergentes, podendo, a lei penal, conforme o crime, prever prazos mais longos ou menos longos do que o tradicional prazo de cinco anos previsto na Lei 8.112/1990.

Para a solução de tantos questionamentos, o ideal é que o prazo a ser considerado seja uniforme para todos os réus de uma mesma ação⁵⁰, tendo como parâmetro o prazo aplicável ao agente público ocupante de cargo efetivo, ressalvando-se apenas a adoção de prazo diverso para aqueles enquadrados na hipótese do inc. I do art. 23.

50. Especificamente quanto ao particular, o STJ já assentou: “A pretensão de ressarcimento ao Erário é imprescritível e, no que respeita às sanções propriamente ditas, o particular se submete ao mesmo prazo prescricional aplicado ao agente público envolvido na conduta ímproba” (REsp 1.038.762/RJ, 2.ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 31.08.2009).

Para detentores de mera função de confiança, é de se indagar se a prática do ato se deu em função da ocupação dessa função ou do cargo efetivo, para que se possa aferir a adoção da regra do inc. I ou II do art. 23.

Afora isso, as regras de suspensão e interrupção⁵¹ do prazo prescricional, previstas na legislação estatutária, devem ser consideradas para fins de improbidade administrativa, não se admitindo que apenas os limites dos prazos sejam adaptados daquela.

O STJ⁵², no REsp 1.414.757-RN, entendeu que o prazo prescricional em ação de improbidade administrativa movida contra prefeito reeleito só se inicia após o término do segundo mandato, ainda que tenha havido descontinuidade entre o primeiro e o segundo mandato em razão da anulação de pleito eleitoral, com posse provisória do Presidente da Câmara, por determinação da Justiça Eleitoral, antes da reeleição do prefeito em novas eleições convocadas.

Por fim, alguns questionamentos polêmicos, solucionados conforme a jurisprudência do STJ:

1 – Qual é o prazo prescricional das ações com relação aos particulares, no caso, os “terceiros”? *A Lei nº 8.429/92 não tratou sobre o tema. Em relação ao terceiro que não detém a qualidade de agente público, o prazo prescricional é idêntico ao do agente público que praticou a ilicitude.*⁵³

2 – Existe prescrição intercorrente nas ações de improbidade administrativa? Por outras palavras: se depois de ajuizada a ação a sentença demorar mais que 5 anos para ser prolatada pode-se considerar que houve prescrição? *O STJ, 2ª Turma, nos autos do REsp 1.289.993/RO, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 19/09/2013, entendeu que não se aplica.*

3 – Como há remissão da LIA às leis estatutárias, como fica a situação de servidores estaduais e municipais? Não se aplicam as disposições da Lei 8.112/90, adotando-se a lei específica, ainda que o prazo seja superior aos cinco anos do estatuto federal para a aplicação da pena de demissão. *Sobre o tema, o STJ, no REsp 1.659.553/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 20/06/2017, entendeu válido o prazo de seis anos, por estar previsto na lei estadual correspondente.*

4 – Se o servidor, ocupante de cargo em comissão, também detiver cargo efetivo? *O STJ já entendeu, em vários julgados, que se deve prestigiar a regra do vínculo permanente, portanto, o prazo do art. 23, II (AgRg no AREsp 734.807/DF, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 13/10/2015; REsp 1.263.106/RO, 1ª Turma, red. p/acórdão Min. Benedito Gonçalves, j. em 01/10/2015; AgRg no REsp 1.500.988/RS, 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 12/02/2015; REsp 1.060.529/MG, 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 08/09/09).*

5 – Se o servidor ocupou cargos em comissão em períodos sucessivos, como se dá a contagem? *O STJ entendeu, de forma semelhante aos mandatos sucessivos, que a contagem se dá a partir do término do último exercício (AgInt no REsp 1.633.525/DF, 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 08/06/2017; STJ, REsp 1.179.085/SC, 2ª Turma,*

51. Nas ações civis por ato de improbidade administrativa, o prazo prescricional é interrompido com o mero ajuizamento da ação de improbidade dentro do prazo de 5 anos contado a partir do término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, ainda que a citação do réu seja efetivada após esse prazo. Assim, se a ação de improbidade foi ajuizada dentro do prazo prescricional, eventual demora na citação do réu não prejudica a pretensão condenatória da parte autora. STJ. 2ª Turma. REsp 1.391.212-PE, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 2/9/2014 (Informativo 546).

52. STJ. 2ª Turma. REsp 1.414.757-RN, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 6/10/2015 (Info 571).

53. STJ. 2ª Turma. REsp 1156519/RO, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 18/06/2013.

rel. Min. Eliana Calmon, j. em 23/03/2010). Esses julgados, no entanto, não esclarecem a situação de cargos em comissão ocupados em diferentes esferas de Governo, caso em que não parece ter sentido a tese sufragada pela Corte.

6 – O vice-Prefeito que pratica ato de improbidade durante exercício temporário do cargo de prefeito, tem a contagem do prazo prescricional de que forma? O STJ entendeu que deve ser considerado o término do mandato para o qual foi eleito o mandatário e não da cessação do exercício temporário (AgRg no AREsp 622.765/PE – 2ª Turma – rel. Min. Herman Benjamin – j. em 15/12/2016).

7 – Havendo concurso de vários agentes públicos, deve ser considerada a condição de cada um, de forma que a contagem do prazo pode ser diferenciada: REsp 1.185.461/PR, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 01/06/2010.

8 – Instauração de PAD ou sindicância acarreta a suspensão do prazo prescricional pelo prazo máximo de 140 (cento e quarenta) dias: STJ, REsp 1.405.015/SE, 1ª Turma, rel. Des. Conv. Olindo Menezes, j. em 24/11/2015. Seguiu-se, aqui, o entendimento do STF no RMS 30.010/DF, 1ª Turma, rel. Min. Roberto Barroso. Mas os 140 dias são contados em vista das disposições do estatuto federal (arts. 152 c/c 167), devendo ser adaptada tal jurisprudência ao que dispuser a legislação local.

9 – Como fica a situação do particular quando existe concurso com vários agentes públicos, cada um com prazo prescricional distinto? Entendimento do STJ é que o termo a quo do prazo prescricional para o particular deve considerar o do derradeiro aplicável aos agentes públicos (AgInt no REsp 1.607.040/PE, STJ, 2ª Turma, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 28/03/2017).

10 – No caso do ato de improbidade também configurar crime, considera-se a prescrição pela pena *in abstracto*, sendo irrelevante a regra da prescrição pela pena em concreto: REsp 1.656.383/SC, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 09/05/2017. No mesmo sentido: AgRg nos EDcl no REsp 1.451.575/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 25/10/2016; REsp 1.098.669/GO, 1ª Turma, rel. Min. Arnaldo Lima, j. em 04/11/2010

11 – No caso do ato de improbidade também configurar crime, não se aplica a disposição do art. 115 do CP, referente à redução dos prazos prescricionais: REsp 1.508.169/PR – 2ª Turma – rel. Min. Herman Benjamin – j. em 13/12/2016. No caso concreto, tratava-se de réu com 80 anos de idade que queria o reconhecimento da redução do prazo pela metade.

12 – No caso do ato de improbidade também configurar crime, a jurisprudência é divergente quanto à necessidade de haver ou não ação penal proposta para se considerar o prazo prescricional previsto na lei penal: 1) Pressupondo a propositura da ação penal decidiu o STJ no REsp 1.407.249/PB, 1ª Turma, rel. Des. Conv. Olindo Menezes, j. em 17/12/2015; AgRg no REsp 1.196.629/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 14/05/2013; REsp 1.335.113/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. em 27/11/2012. 2) Entendendo não ser necessária a ação penal, vide EDcl no REsp 914.853/RS, a 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell (j. em 16/12/2010); REsp 1.106.657/SC – 2ª Turma – rel. Min. Mauro Campbell – j. em 17/08/2010.