PREFEITURA DA CIDADE DE
SÃO PAULO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação nº 323

do processo nº 2014-0.281.586-3 em 01 / 09 / 17 (a) André

ANDRÉA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

EMENTA N. 11.771

No que concerne ao prazo de prescrição da ação destinada à aplicação das penas previstas no art. 12 da Lei n. 8429/92 aos terceiros descritos no seu art. 3º, deve ser observado os seguinte: 1.- pessoas jurídicas e naturais podem praticar atos de improbidade de maneira associada com agentes públicos e detêm legitimidade passiva para a respectiva ação; 2.- o termo inicial e o prazo prescricional da pretensão punitiva em face de terceiros é aquele previsto no art. 23, incisos I e II da Lei, a depender da qualidade do agente público, estabelecida em função da natureza de sua relação jurídica com a Administração Pública; 3.- havendo concurso entre as hipóteses descritas nos incisos I e II do art. 23, deve ser adotado o prazo prescricional maior, em prol da tutela da probidade e da moralidade administrativa.

INTERESSADO: Departamento de Procedimentos Disciplinares – PROCED.

ASSUNTO: Ajuizamento de ação de improbidade administrativa. Consulta relativa ao prazo prescricional da pretensão dirigida a pessoas jurídicas.

Informação n. 1165/2017 - PGM.AJC

PREFEITURA DA CIDADE DE
SÃO PAULO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação nº 324

do processo nº 2014-0.281.586-3 em 01 / 09 / 17 (a)

ANDRÉA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
ASSESSORIA JURÍDICO-CONSULTIVA
Senhora Procuradora Assessora Chefe

A Coordenadoria Geral do Contencioso Judicial solicitou a esta Assessoria a elaboração de parecer a respeito do prazo prescricional das pretensões de condenação de pessoas jurídicas às sanções de improbidade administrativa.

A dúvida decorre da ausência de disposição na Lei 8429/92 a respeito da matéria. A consulta é dirigida ao caso concreto e também à obtenção de orientação geral para os vindouros.

Seguem ponderações a serem avaliadas pela Coordenadoria Geral do Consultivo:

1.- A consulta não envolve o ressarcimento dos danos causados ao erário, que, como bem observado pelo Procurador da PGM-ATC, é objeto da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 852475.

Diz respeito apenas à pretensão de aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8492/92, que é sujeita à limitação temporal.

2.- O encaminhamento de fl. 322 aponta que a consulta é relativa às *pessoas jurídicas*.

A especificação parece ter sido realizada de maneira acidental, eis que não há porque distinguir as pessoas naturais das pessoas jurídicas no âmbito da consulta formulada, que objetiva a definição do prazo prescricional das ações ajuizadas em face de terceiros, conluiados com agentes públicos, mas que não detenham esta condição.

Folha de informação nº 325

do processo nº 2014-0.281.586-3 em 01 / 09 / 17 (a)

ANDRÉA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

O que parecia ser uma expressão meramente acidental assumiu conotação diversa, após a verificação de que há doutrina que entende pela impossibilidade de punição de pessoas jurídicas pela prática dos atos de improbidade.

Esta produção não deixa de ser surpreendente, tendo em vista a já arraigada e aparentemente não resistida prática de ajuizamento de ações de improbidade administrativa em face de pessoas jurídicas, especialmente pelo Ministério Público, no Poder Judiciário deste Estado.

A título de exemplo, José dos Santos Carvalho Filho, Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na obra "Improbidade Administrativa – Prescrição e outros prazos extintivos", Ed. Atlas, 2ª Ed., p. 203, assim entende:

> "Para alguns estudiosos, é possível que a pessoa jurídica seja qualificada como terceiro para fins de improbidade. Aqueles que advogam esse entendimento afirmam, ainda, que, podendo ser coautora do ato, a pessoa jurídica pode ser alvo da aplicação de sanções, como, por exemplo, a proibição de contratar com o Poder Público.
>
> Lamentamos dissentir desse entendimento. *Em nosso entender, a pessoa jurídica jamais se enquadra na categoria de terceiro.* ***A razão fundamental consiste no fato de que a tipologia da improbidade comporta necessariamente a presença do elemento subjetivo, seja ele o dolo, seja a culpa, o que se torna inviável quando se trata de pessoa jurídica".***

Conclui o raciocínio:

> "Depreende-se, por conseguinte, que, *não podendo a pessoa jurídica qualificar-se como terceiro para fins de improbidade,* ***inexistirá pretensão contra ela*** *e, consequentemente,* ***não há que se falar em prescrição***".

3.- Esta visão não é isolada, eis que reproduzida pelo também Procurador de Justiça Marino Pazzaglini Filho, para o qual "... não é viável, em geral, admitir a pessoa jurídica como sujeito ativo do ato de improbidade administrativa. Isso porque, tal como acontece na esfera penal, apenas a pessoa física tem capacidade de emprestar subjetividade à conduta." ("Lei de Improbidade Administrativa Comentada", Ed. Atlas, 6ª Ed., p. 14).

Embora a consulta possa – ou não - ter levantado o tema de maneira inadvertida, há divergência doutrinária que recomenda o desenvolvimento de abordagem preliminar.

As razões desenvolvidas pelos autores acima referidos podem ser contestadas.

Segundo o seu entendimento, pessoas jurídicas não respondem por atos de improbidade, *porque a elas não pode haver imputação qualificada pelo elemento subjetivo da conduta, como o dolo ou a culpa.*

Este raciocínio encontra respaldo jurídico apenas parcial; *as pessoas jurídicas não são excluídas do regime geral da responsabilidade subjetiva estatuído nos artigos 186 (responsabilidade extracontratual) e 403 (responsabilidade contratual) do Código Civil.*

Os aspectos volitivos da conduta também são relevantes no regime das sanções estabelecido pela Lei 8666/93 (os artigos 59, parágrafo único e 86 são mais expressivos), que não cogita da exclusão das pessoas jurídicas.

Os autores, provavelmente forjados na área criminal, parecem conceber as pessoas jurídicas como entes fictos, nos termos da célebre visão de Savigny, aos quais não podem ser atribuídos os elementos que caracterizam as condutas humanas, entre eles o dolo e a culpa, eis que são seres abstratos, concretamente inexistentes e sem vontade própria.

O Direito Brasileiro, porém, não acolheu este tese e concebe as pessoas jurídicas como entes reais (artigo 45 do Código Civil), ao menos no âmbito da ***realidade técnica,*** e a elas inclusive atribui até mesmo a proteção dos direitos da personalidade (art. 52 da mesma lei).

Mesmo que se conceba a improbidade administrativa como ramo do Direito Penal, admite-se que as pessoas jurídicas podem ser apenadas em alguns casos, a exemplo do disposto nos artigos 21 e 22 da Lei 9.605/98 ("Lei dos Crimes Ambientais"[1]).

A Lei 12.846/13, que dispõe a respeito da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, também reforça o contra-argumento[2].

---

[1] Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:
I - multa;
II - restritivas de direitos;
III - prestação de serviços à comunidade.
Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:
I - suspensão parcial ou total de atividades;
II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;
III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.
§ 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.
§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.
§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.

[2] Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:
I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;
IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.
§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:
I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

É certo que a responsabilidade prevista neste último diploma é a objetiva (como também o é, em geral, a responsabilidade empresarial – art. 931 do Código Civil) o que evidentemente não exclui a responsabilização subjetiva, que se configura como *minus*, abarcada *a fortiori* na responsabilidade sem culpa, numa relação contingencial.

4.- De qualquer forma, a jurisprudência se formou em sentido dissonante daquela doutrina.

Já se consolidou no Superior Tribunal de Justiça a conclusão de que as ***pessoas jurídicas respondem pelos atos de improbidade administrativa***.

São vários os julgados que se sucederam ao "caso líder" (RESP n, 970.393-CE), cujas ementas são abaixo transcritas:

> a.- RESP 970.393-CE, Relator Ministro Benedito Gonçalves:
>
> "Considerando-se que as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios."

b.- RESP 1.038.762-RJ, Relator Ministro Herman Benjamin:

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 2º (VETADO).

§ 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

"O sujeito particular submetido à lei que tutela a probidade administrativa, por sua vez, pode ser pessoa física ou jurídica. Com relação a esta última somente se afiguram incompatíveis as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos".

c.- RESP 1.115.399-MT, Relator Ministro Herman Benjamin:

"As pessoas jurídicas que participem ou se beneficiem dos atos de improbidade sujeitam-se à Lei 8.429/92."

5.- Dessa forma, a jurisprudência dominante define a premissa inicial e afasta prejudicial impeditiva do prosseguimento: ***o terceiro descrito no art. 3º da Lei 8.429/92 pode ser pessoa natural ou jurídica, não se aplicando à última, eis que impertinente e incabível, as penas de perda de função pública e de suspensão de direitos políticos.***

6.- Resta ingressar no exame da questão principal: qual é o prazo prescricional da pretensão dirigida ao terceiro?

Este tópico é pacificado, predominando o consenso entre a doutrina e a jurisprudência.

Ainda antes da exposição de uma e de outra, é possível intuir a resposta, valendo-se da lógica que decorre dos preceitos jurídicos axiológicos.

A responsabilidade do terceiro é condicionada à participação de agente público, que é por ele induzido, ou dele é cúmplice, havendo benefício comum ou exclusivo do ente externo, nos termos do art. 3º da Lei.

Há unicidade ou indivisibilidade na conduta, que leva à conclusão de que o prazo prescricional aplicável ao agente público deve se reproduzir, no que se refere aos terceiros.

O termo, aliás, envolve algum eufemismo: é terceiro em função da inexistência de relação funcional jurídica direta com a Administração Pública, mas não é terceiro em relação à prática do ato de improbidade, que evidencia a condição de cumplicidade.

O prazo de prescrição da pretensão de punir o agente público e este "terceiro" deve ser o mesmo.

Outra conclusão levaria a tratar o terceiro, que obrou em relação umbilical com o agente público, de maneira ou mais, ou menos, severa, com violação à isonomia e estabelecimento de privilégios jurídicos inaceitáveis.

Esta linha de pensamento desaconselha a partilha dos efeitos da prescrição, notadamente porque se estabelece entre o agente público e o terceiro a solidariedade obrigacional passiva, nos termos do art. 942, *caput* e parágrafo único, do Código Civil. Esta identidade reúne no mesmo ambiente jurídico, sujeitos aos mesmos efeitos, tanto aquele que praticou o ato quanto aquele que dele se beneficiou; caso contrário, cria-se exegese carente de conjugação racional.

7.- Também a dicção do art. 3º leva a esta conclusão, ao estabelecer que as disposições da lei 8492/92 são aplicáveis aos terceiros, no que couber (esta relatividade decorre da qualidade da conduta, da pena etc.).

Entre estas disposições, cujos efeitos não podem ser fracionados, está o prazo prescricional da ação, objeto do art. 23, incisos I e II.

8.- Marino Pazzaglini Filho, na p. 255 da obra acima referida, defende, embora sem fundamentar, que "Na hipótese de particular também acionado pela prática de improbidade administrativa, se lhe aplica o prazo prescricional incidental ao agente público, com ele envolvido e demandado."

Esta é a conclusão adotada pela jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, que mais uma vez define a resposta à consulta da CGCJ:

a.- RESP n. 965.340-AM, Relator Ministro Castro Meira

"Se alguém estranho ao serviço público praticar um ato de improbidade em concurso com ocupante de cargo efetivo ou emprego público, sujeitar-se-á ao mesmo regime prescricional do servidor público."

b.- RESP n. 1.087.855-PR, Relator Ministro Francisco Galvão

"Quando um terceiro, não servidor, pratica ato de improbidade administrativa, se lhe aplicam os prazos prescricionais incidentes aos demais demandados ocupantes de cargos públicos."

c.- RESP n. 1.156.519-RO, Relator Ministro Castro Meira

"Em relação ao terceiro que não detém a qualidade de agente público, incide também a norma do art. 23 da Lei n. 8.429/1992 para efeito de aferição do termo inicial do prazo prescricional".

8.- Assim, tanto no que respeita ao prazo prescricional, quanto no que concerne ao seu termo inicial, aplica-se, ao terceiro, a mesma regra criada para os agentes públicos.

No ***caso concreto***, o corréu Silvio Romeiro Bezerra de Mello era servidor público, e o corréu Laecio dos Passos Mendes servidor admitido, sujeitos, ambos, ao termo inicial e ao prazo estabelecido no art. 23, inciso II da Lei 8.429/92 (quanto ao último, na conformidade do parecer de fls. 280/290).

Este mesmo prazo deverá ser observado na pretensão dirigida às empresas corrés.

9.- É possível, na variedade empírica, que ocorra algum conluio entre o terceiro, *um servidor público* e um *ocupante de cargo em confiança*.

Nesta hipótese, os prazos prescricionais são diversos; ao servidor é aplicável o prazo do inciso II, e ao agente politicamente nomeado aquele do inciso I.

O terceiro, contudo, deve se sujeitar a um prazo singular e definido.

Neste caso, a interpretação adequada, de modo a evitar a temida distinção de tratamento e o proveito indevido, deve se optar pelo prazo maior do prazo maior, que também atende à defesa da probidade administrativa, objeto da tutela legal, a ser preservado.

Tal conclusão é compartilhada por Carvalho Filho: "Como o terceiro concordou em associar-se a ambos os agentes, deve aplicar-se a ele o prazo prescricional mais amplo, evitando-se com isso que se beneficie de prazo menor do que atribuído a um dos agentes coautores" (Ob. Cit, p. 197).

É claro que esta conclusão exige cautela e não dispensa a observação prudencial do prazo mais seguro, na práxis administrativa e processual.

10.- Segue a síntese das conclusões:

> a.- as pessoas jurídicas respondem pelos atos de improbidade administrativa e têm legitimidade processual passiva nas respectivas ações, a elas não cabendo a aplicação das penas de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos;

Folha de informação nº 333

do processo nº 2014-0.281.586-3 em 01 / 09 / 17 (a)
ANDRÉA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

b.- aplica-se à pretensão de aplicação das penas previstas no artigo 12 da Lei 8429/92, com exceção do ressarcimento integral dos danos, formulada em face dos terceiros descritos no art. 3º da Lei 8429/92, quer sejam pessoas jurídicas, quer sejam pessoas físicas, o termo inicial e o prazo prescricional aplicável aos agentes públicos, previstos nos incisos I e II do art. 23 da mesma Lei, em função da natureza da relação dos mesmos com a Administração Pública;

c.- se houver concurso entre as situações descritas nos incisos I e II do art. 23, deve ser aplicado o prazo prescricional maior;

d.- no caso concreto o termo inicial e o prazo da prescrição da pretensão punitiva é aquele estabelecido no art. 23, inciso II, da Lei 8429/92, em função da condição funcional dos agentes públicos corréus.

São Paulo, 07 de agosto de 2017

Celso A. Coccaro Filho
Procurador Municipal – PGM.AJC
OAB n.º 98.071

De acordo,

São Paulo, 7 de agosto de 2017

Ticiana Nascimento de Souza Salgado
Procuradora Assessora Chefe-AJC
OAB/SP 175.186

Folha de informação nº 334

do processo nº 2014-0.281.586-3 em 01 / 09 / 17 (a) ANDRÉA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

INTERESSADO: Departamento de Procedimentos Disciplinares – PROCED.

ASSUNTO: Ajuizamento de ação de improbidade administrativa. Consulta relativa ao prazo prescricional da pretensão dirigida a pessoas jurídicas.

Continuação da Informação n. 1165 /2017 - PGM.AJC

Procuradoria Geral do Município
Senhor Procurador-Geral

Encaminho-lhe o parecer da Assessoria Jurídico-Consultiva, que acolho, e que concluiu que:

1.- as pessoas jurídicas devem responder pelos atos de improbidade administrativa e têm legitimidade processual passiva nas respectivas ações, com exceção da aplicação das penas de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, dada a inadequação e impertinência à natureza de sua personalidade jurídica;

2.- na ação de responsabilidade por atos de improbidade, destinada à aplicação das penas previstas no artigo 12 da Lei 8429/92, excetuando-se o ressarcimento integral dos danos, ajuizada em face dos terceiros previstos no art. 3º da Lei 8429/92, quer pessoas jurídicas, quer pessoas naturais, devem ser observados o termo inicial e o prazo prescricional aplicáveis aos agentes públicos, previstos nos incisos I e/ou II do art. 23 da mesma Lei, selecionados em função da natureza da relação dos mesmos com a Administração Pública;

Folha de informação nº 335

do processo nº 2014-0.281.586-3 em 01 / 09 / 17 (a) ANDRÉA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

c.- se houver concurso entre as situações descritas nos incisos I e II do art. 23, deve ser aplicado o prazo prescricional maior;

d.- no caso concreto o termo inicial e o prazo da prescrição da pretensão punitiva é aquele estabelecido no art. 23, inciso II, da Lei 8429/92, por força da condição dos agentes públicos corréus.

São Paulo 22 de agosto de 2017

TIAGO ROSSI
COORDENADOR GERAL DO CONSULTIVO
OAB/SP 195.910
PGM

PREFEITURA DA CIDADE DE
SÃO PAULO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação nº 336

do processo nº 2014-0.281.586-3 em 01 / 09 / 17 (a) ANDRÉA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

INTERESSADO: Departamento de Procedimentos Disciplinares – PROCED.

ASSUNTO: Ajuizamento de ação de improbidade administrativa. Consulta relativa ao prazo prescricional da pretensão dirigida a pessoas jurídicas.

Continuação da Informação n. 1165/2017 - PGM.AJC

Coordenadoria Geral do Contencioso Judicial
Senhora Coordenadora Geral

Encaminho-lhe o parecer da Coordenadoria Geral do Consultivo, que acolho, e que define o termo inicial e o prazo da prescrição da ação destinada à aplicação das penas previstas na Lei 8429/92 aos terceiros descritos no seu art. 3º, com exceção do ressarcimento do dano causado ao erário, objeto da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 852475.

São Paulo, 31 de agosto de 2017

RICARDO FERRARI NOGUEIRA
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP 175.805
PGM