



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANDRÉ LUIZ SILVA BATISTA

**LEI DE IMPROBIDADE E PRESCRIÇÃO: UMA CRÍTICA AOS INCISOS I E II DO
ART. 23 DA LEI 8.429/1992**

SALVADOR
2018

ANDRÉ LUIZ SILVA BATISTA

**LEI DE IMPROBIDADE E PRESCRIÇÃO: UMA CRÍTICA AOS INCISOS I E II DO
ART.23 DA LEI 8.429/1992**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
APRESENTADO AO CURSO DE GRADUAÇÃO
EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL
DA BAHIA COMO REQUISITO PARCIAL PARA
A OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM
DIREITO.

ORIENTADOR: PROF. DR. DURVAL
CARNEIRO NETO

SALVADOR
2018

ANDRÉ LUIZ SILVA BATISTA

**LEI DE IMPROBIDADE E PRESCRIÇÃO: UMA CRÍTICA AOS INCISOS I E II DO
ART.23 DA LEI 8.429/1992**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
APRESENTADO AO CURSO DE GRADUAÇÃO
EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL
DA BAHIA COMO REQUISITO PARCIAL PARA
A OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM
DIREITO.

APROVADO EM: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Durval Carneiro Neto (Orientador)

Professor Fábio Periandro de Almeida Hirsch (Examinador)

Professora Laíse Maria Guimarães Santos (Examinadora)

RESUMO

A prática de condutas desonestas é, historicamente, uma realidade no âmbito da Administração Pública brasileira. A Lei 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade, reveste-se de crucial importância na busca da repressão a esse lamentável quadro. Com efeito, a boa e correta aplicação da referida Lei pode trazer enormes benefícios para a sociedade brasileira. Não obstante, é fundamental apontar, sempre na busca do aprimoramento, eventuais falhas que, se não tiverem a devida atenção e reparo, constituem óbices ao que a Lei de Improbidade pode vir a efetivamente alcançar, notadamente para que todos aqueles responsáveis pela prática de atos ímprobos não fiquem impunes. Uma dessas falhas reside na disciplina normativa da prescrição prevista no art. 23 da referida Lei. É justamente sobre o trato da prescrição na Lei 8.429/1992 que repousa o objetivo deste trabalho. A necessidade de aprimoramento da Lei nesse ponto, a fim de que a impunidade não reine, é patente.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa. Prescrição. Falha normativa. Aprimoramento. Impunidade.

ABSTRACT

The practice of dishonest conduct is, historically, a reality within the scope of Brazilian Public Administration. Law 8,429 / 1992, known as the Law of Improbity, is of crucial importance in the search for lamentable picture. In fact, the proper and correct application of said Law may enormous benefits for Brazilian society. Nevertheless, it is essential to point out, always in search of improvement, any failures that, if they do not have the due attention and repair, are obstacles to what the Law of Improbity can effectively achieve, notably for all those responsible for do not go unpunished. One of these failures lies in the discipline normative of the prescription provided in art. 23 of the said Law. It is precisely on the of the prescription in Law 8,429 / 1992 that rests the objective of this work. The necessity to improve the law at that point, so that impunity does not.

Keywords: Administrative dishonesty. Prescription. Regulatory failure. Enhancement. Impunity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O DEVER DE PROBIDADE PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	9
3 A LEI 8.429/1992, A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	11
3.1 Breve contexto histórico	11
3.2 A lei 8.429/92 como código geral de conduta dos agentes públicos brasileiros	14
3.3 Tipos que caracterizam a improbidade administrativa	17
3.3.1 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE IMPORTAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO	18
3.3.2 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO	20
3.3.3 ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DECORRENTES DE CONCESSÃO OU APLICAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO FINANCEIRO OU TRIBUTÁRIO	23
3.3.4 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	24
4 O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO	27
4.1 Breve contextualização histórica	27
4.2 O tempo e o direito	27
4.3 Conceito	28
4.4 Pretensão	30
4.5 Fundamentos	32
4.6 Prescrição e segurança jurídica	33
4.7 Natureza da prescrição	34
4.8 Requisitos para a ocorrência da prescrição	35
4.9 Prescrição x decadência	35
4.10 Impedimento, interrupção e suspensão	37
4.11 O direito subjetivo de ação e a prescrição	38
4.12 A teoria da <i>actio nata</i>	40
4.13 A prescrição como uma das formas de direito ao esquecimento	41
4.14 Prescrição e a sensação de injustiça	42
5 A PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	45

6 A IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO POR DANOS AO ERÁRIO	49
6.1 Os fundamentos da imprescritibilidade nas ações ressarcitórias	51
7 AS LACUNAS DA DISCIPLINA NORMATIVA DA PRESCRIÇÃO PARA AS AÇÕES DE IMPROBIDADE	53
7.1 Alguns problemas por trás do inciso I	53
7.2 Alguns problemas por trás do inciso II	57
8 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

A disciplina normativa da prescrição na Lei 8.429/1992 pode aparentar, à primeira vista, como sendo bem delimitada, de modo que seria um assunto de pouca complexidade, principalmente para aqueles que desconhecem a amplitude dos casos em que se verifica a ocorrência de atos ímprobos.

Isso se deve à superficial abordagem do assunto pela doutrina e jurisprudência, que se prendem a uma análise extremamente fria da norma que disciplina a questão, esquecendo-se de diversas outras situações que a disciplina normativa não logrou alcançar.

É importante frisar, contudo, que a maior parcela de culpa reside na própria Lei de Improbidade Administrativa. Além de a Lei dispor de maneira genérica sobre os prazos prescricionais para as pretensões envolvendo a aplicação das sanções decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa, no pouco que trata ainda não é bem delimitada.

Acrescente-se a isso, a enorme dificuldade que tal quadro causa aos operadores do direito, notadamente para aqueles que figurarão no polo ativo da demanda, por não saberem, em muitos casos, se para determinado agente a pretensão punitiva está, ou não, prescrita.

Portanto, de pouco complexo, como dito alhures, de nada tem o assunto talhado para estudo no presente trabalho. Acima de tudo, porque ele tem influência direta em toda a sociedade, na medida em que, diuturnamente, vem sendo vilipendiada por muitos transgressores no seio da Administração Pública, de modo que se espera a efetiva responsabilização e punição destes.

Dessa forma, o profissional do direito que lide com a questão da improbidade administrativa deve estar muito atento ao que vem sendo objeto de estudo de uma pequena parcela da doutrina que está se aprofundando nas diversas nuances não previstas na Lei 8.429/1992 no que tange à prescrição.

A escolha do tema é fruto do interesse pessoal do discente em abordar as lacunas que permeiam a questão da prescrição nas ações de improbidade administrativa, para, de alguma forma, demonstrar a importância que deve ser dada à matéria, uma vez que a literatura apresenta poucos relatos a respeito desse tema, que é de grande relevância não somente para academia, mas também para a sociedade.

A abordagem será precedida da demonstração da importância da Lei de Improbidade Administrativa para o ordenamento jurídico, bem como dos contornos gerais do ato de improbidade administrativa. Posteriormente, será feito um estudo sobre o instituto da prescrição e de outros temas a ele correlatos. Em seguida, analisará a prescrição aplicável à improbidade administrativa, demonstrando as suas falhas.

2 O DEVER DE PROIBIDADE PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nas lições de Nobre Júnior, a ciência jurídica tem mostrado uma inclinação, a partir do final do século XIX, da sua aproximação com a moral. As normas jurídicas, a despeito de sua obrigatoriedade, perderiam sentido caso se mostrassem contra os ditames morais¹.

O direito público não ficou à margem dessa realidade. Rapidamente se incorporou a esse movimento, exemplificado pela teoria do desvio de poder. O desvio de poder não significa, apenas, um problema de legalidade, inclusive porque o ato em que ele se manifesta, é realizado segundo os parâmetros previstos em lei. Ocorre que tal ato repousa em um determinante imoral².

Para Osório, o dever de honestidade é uma das diretrizes básicas da proibidade administrativa, compondo-se de elementos que integram o conceito de legalidade, moralidade e lealdade institucionais³. Com efeito, a desonestidade ímproba caracteriza-se pela violação de normas legais, morais e de lealdade institucional. Ressalta-se que pelo fato de o conceito de honestidade ir além do Direito, suscitando, com isso, enormes perplexidades, desempenha funções específicas concentradas no embasamento dos ilícitos mais graves no campo da improbidade administrativa.

Com o passar do tempo, a preocupação com as questões morais, no âmbito da Administração Pública, ultrapassou os limites do simples desvio de finalidade. A própria noção da democracia passou a girar em torno da efetiva presença da moral na vida pública. Não causa espécie essa preocupação, uma vez que não se pode olvidar que o Estado é dos cidadãos, de modo que àqueles a quem são delegadas as competências para administrar não podem ignorar o dever de estar sempre a serviço do interesse público⁴.

Agir de acordo com a moralidade é um dever que faz parte da essência do servir à coletividade, devendo o agente servir à “[...] Administração com honestidade,

¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: Alguns Aspectos controvertidos. **R. Dir. adm**, Rio de Janeiro, 235: 61-91, Jan/Mar, 2004.

² Moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Fundação Getúlio Vargas. v. 25. p. 467. jul./set. 1951. Noutro estudo. precedente à Constituição de 1988. Manoel Franco de Oliveira Sobrinho As práticas administrativas e o controle da moralidade. **Estudos de Direito Público**.

³ OSÓRIO, Fábio Medina. Honestidade Administrativa. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. 2013.

⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: Alguns Aspectos controvertidos. **R. Dir. adm**, Rio de Janeiro, 235: 61-91, Jan/Mar, 2004.

procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”⁵.

Tanto em sua atuação vinculada como na discricionária, o administrador público deve guardar atenção às normas que regem a boa administração. Da mesma forma que a Lei garante ao administrador uma série de prerrogativas destinadas a efetivar suas atribuições, também se exige dele o respeito aos ditames que disciplinam o seu agir⁶.

A atividade administrativa pautada na moral pressupõe, entre outros, valores como a lealdade, a economicidade no manuseio de verbas públicas, a tomada de decisões com base em critérios objetivos e imparciais, combate à corrupção⁷.

A honestidade é, aparentemente, um dever moral, mas também uma constitui um dever jurídico geral, na medida em que contemplado no sistema normativo. Mais ainda, o dever de mínima honestidade é um específico dever público que constitui uma das bases do dever de probidade administrativa. Cabe dizer que agir com observância às Leis e demais normas jurídicas que regem o setor público é agir de maneira honesta. No ponto, já é possível destacar uma importante vinculação do conceito de honestidade aplicável ao campo jurídico. É que o descumprimento de normas morais, isoladamente, pode se configurar em alguma espécie de desonestidade moral ou imoralidade, mas não abre espaço à ideia de desonestidade jurídica⁸.

Sendo assim, o agente posto para atuar em nome do Estado, principalmente aquele que exerce uma competência discricionária, não poderá deixar de atentar para a moralidade a qual é inerente à Administração, competindo-lhe exercer suas atribuições com vistas à obtenção da melhor maneira de concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos⁹.

⁵ CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 10 ed. Almedina. Coimbra Editora Limitada, 1999, p.749.

⁶ DOBROWLSKI, Samantha Chantal. **Questões práticas sobre improbidade Administrativa**. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda, 2011. p. 46.

⁷ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: Alguns Aspectos controvertidos. **R. Dir. adm**, Rio de Janeiro, 235: 61-91, Jan/Mar, 2004.

⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Honestidade Administrativa. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. 2013. p. 123-124.

⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: Alguns Aspectos controvertidos. **R. Dir. adm**, Rio de Janeiro, 235: 61-91, Jan/Mar, 2004.

3 A LEI 8.429/1992, A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 Breve contexto histórico

A elaboração da Lei 8.429/1992 remonta ao longínquo ano de 1824, notadamente à Carta Imperial de 1824. Já nessa Constituição se vislumbrava a possibilidade, no seu art. 133¹⁰, de responsabilização dos Ministros de Estado por peita, suborno, concussão ou por dissipação de bens públicos¹¹.

Um pouco mais adiante, na Constituição republicana de 1891, aplicou-se pela primeira vez, no seu art. 54¹², o termo técnico “probidade”¹³, prevendo, desde que definido em lei especial, crimes de responsabilidade do Presidente da República por atos que atentassem contra a probidade da Administração e a guarda e o emprego constitucional dos dinheiros públicos¹⁴.

As Constituições dos Estados Unidos do Brasil dos anos de 1934¹⁵ [art. 57] e 1937¹⁶ [art. 85], trataram de reproduzir os mesmos preceitos supramencionados da Constituição de 1981.

A ordem constitucional de 1946¹⁷, por sua vez, além de mencionar a

¹⁰ Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis: I. Por traição; II. Por **peita, suborno ou concussão** [grifo nosso]; III. Por abuso de poder; IV. Pela falta de observância da Lei; V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança ou prioridade dos cidadãos; VI. Por qualquer **dissipação dos bens públicos** [grifo nosso].

¹¹ KLEIN, D.A. **A lei de improbidade administrativa: 20 anos de vigência**. 2012. 50 f. Monografia de especialização em Gestão Pública Municipal. Universidade Federal de Santa Maria: Santa Maria, 2012.

¹² Art. 54. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: 1º) a existência política da União; 2º) a Constituição e a forma do Governo Federal; 3º) o livre exercício dos Poderes políticos; 4º) o gozo e exercício dos direitos políticos ou individuais; 5º) a segurança interna do país; 6º) a **probidade** da administração [grifo nosso]; 7º) a **guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos** [grifo nosso]; 8º) as leis orçamentárias votadas pelo Congresso. §1º. **Esses delitos serão definidos em lei especial** [grifo nosso]. §2º. Outra lei regulará a acusação, o processo e o julgamento. §3º. Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do Primeiro Congresso.

¹³ KLEIN, D.A. **A lei de improbidade administrativa: 20 anos de vigência**. 2012. 50 f. Monografia de especialização em Gestão Pública Municipal. Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2012.

¹⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: Alguns Aspectos controvertidos. **R. Dir. adm**, Rio de Janeiro, 235: 61-91, Jan/Mar, 2004

¹⁵ Art. 57. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentarem contra: a) a existência da União; b) a Constituição e a forma de Governo Federal; c) o livre exercício dos poderes políticos; d) o gozo ou exercício dos direitos políticos, sociais ou individuais; e) a segurança interna do país; f) a **probidade** da administração; [grifo nosso] g) a guarda ou emprego legal dos dinheiros públicos; h) as leis orçamentárias; i) o cumprimento das decisões judiciais.

¹⁶ Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República definidos em lei, que atentarem contra: a) a existência da União; b) a Constituição; c) o livre exercício dos poderes políticos; d) a **probidade administrativa** e a guarda e emprego dos dinheiros públicos [grifo nosso]; e) a execução das decisões judiciais.

¹⁷ Art. 89. São crimes de responsabilidade os atos do presidente da república que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I – a existência da União; II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Poderes constitucionais dos Estados; III – o exercício dos direitos

possibilidade de crime de responsabilidade por parte do Presidente da República, como prevista nas Constituições pretéritas, avançou no sentido de dispor acerca da possibilidade de sequestro e perdimento de bens já tratando da ocorrência do enriquecimento ilícito, em decorrência de influência ou abuso de cargo, função pública ou de emprego em entidade autárquica.

Nesse sentido, esclarecedoras as lições de Schimim acerca do passo dado pela Constituição de 1946:

Com efeito, essa disposição constitucional representava significativa evolução no que tange ao desiderato de probidade no âmbito da Administração Pública; isso porque a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 inaugurou, na história constitucional brasileira, a possibilidade de qualquer agente público ter seus bens perdidos ou sequestrados em razão de abuso de cargo público. Essa evolução, todavia, não era dotada de eficácia plena, isto é, não se lhe aplicava imediatamente, ou seja, dependente de lei posterior que lhe desse eficácia. Assim, visando a dar-lhe exequibilidade, editaram-se, posteriormente, as **Leis Pitombo-Godoy Ilha [Lei n.º. 3.164/57]** e **Bilac Pinto [Lei n.º. 3.502/58]**. A lei Pitombo-Godoy Ilha [Lei n.º. 3.164], de 1º de junho de 1957, possibilitava o sequestro e a perda em favor da Fazenda Pública dos bens adquiridos por servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha incorrido. A referida lei, ademais, estabelecia que mesmo a absolvição ou extinção da ação penal no juízo criminal não impediria a incorporação à Fazenda Pública dos bens, ressalvado o direito de terceiros de boa-fé. Instituíam, outrossim, que o processo seria promovido por iniciativa do Ministério Público ou de qualquer pessoa do povo, além de determinar o registro público obrigatório de bens e valores dos servidores públicos. A lei Bilac Pinto (Lei n.º. 3.502), de 21 de dezembro de 1958, por seu turno, regulamentava o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função. Ressalto, ademais, que essa lei trazia em seu artigo 1º, §1º, o conceito de servidor público, a saber: A expressão 'servidor público' compreende todas as pessoas que exercem na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos municípios, quaisquer cargos, funções ou empregos, civis ou militares, quer sejam eletivos, quer de nomeação ou contrato, nos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário.¹⁸

políticos, individuais e sociais; IV – a segurança interna do país; V – a **probidade** na administração [grifos nosso]; VI – a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos; VII – o cumprimento das decisões judiciárias. Parágrafo único – Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento. Art.141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: §31 – Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco, nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. **A lei disporá 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.** (grifo nosso)

¹⁸ SCHIMIN, Guilherme Gomes Pedrosa. **Lei de Improbidade Administrativa**. Disponível em:

Cabe salientar que as aludidas Leis Pitombo-Godói e Bilac Pinto, contudo, eram falhas, entre outras razões, por apenas serem aplicáveis aos servidores públicos, deixando isento de responsabilidade os particulares [pessoas físicas ou jurídicas] que eventualmente tivessem concorrido para a prática de atos ímprobos¹⁹.

Seguindo, no intuito de se proteger o patrimônio público contra atos ilegais e lesivos, editou-se, em seguida, a Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, a Lei de Ação Popular. Essa Lei, na Constituição de 1967, alcançou grande relevância, conforme observa-se através da análise no art. 150, §3²⁰.

Chegando na atual ordem constitucional, pode-se afirmar que, fazendo um cotejo com as outras seis Constituições passadas (1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967), nenhuma deu tanta importância aos agentes públicos²¹.

Diferentemente das Constituições pretéritas, a atual Constituição é uma soma da participação dos mais diversos segmentos da sociedade. Ainda que não totalmente plena e acabada, é chamada de “Constituição Cidadã”²².

Entre as diversas finalidades da Constituição de 1988, ganha especial relevo a preservação da moralidade no âmbito da Administração Pública²³. No art. 37, *caput*,

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10639>.. Acesso em 20/fev/2018.

¹⁹ Lei n. 3.164/1957 - Art. 1º São sujeitos a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquêlê incorrido. Lei n. 3.502/1958 - “Art. 1º O servidor público, ou o dirigente, ou o empregado de autarquia que, por influência ou abuso de cargo ou função, se beneficiar de enriquecimento ilícito ficará sujeito ao seqüestro e perda dos respectivos bens ou valores. § 1º A expressão servidor público compreende todas as pessoas que exercem na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos municípios, quaisquer cargos funções ou empregos, civis ou militares, quer sejam eletivos quer de nomeação ou contrato, nos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário. § 2º Equipara-se ao dirigente ou empregado de autarquia, para os fins da presente lei, o dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade que receba e aplique contribuições parafiscais.”

²⁰ Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à **probidade** nos seguintes termos: [grifo nosso] §31. Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

²¹ ROSA, Alexandre; GHIZZO NETO, Afonso. **Improbidade administrativa e a lei de responsabilidade fiscal**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 47.

²² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p.21.

²³ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei, mediante: §9º: Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a **fim de proteger a probidade administrativa**, a moralidade para exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a moralidade e legitimidade das eleições contra influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. [grifo nosso]

da Constituição, encontramos os cinco princípios basilares da Administração Pública, vejamos:

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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ainda na Carta Magna de 1988, encontramos como sendo crime de responsabilidade do Presidente da República aqueles atos que atentem contra a probidade na Administração²⁴.

No art. 37, §4º, da Constituição Federal de 1988 estão previstas algumas das sanções para os atos de improbidade administrativa, a saber: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário.

Ocorre que, de acordo com classificação proposta por José Afonso da Silva, o mencionado dispositivo, é uma norma de eficácia limitada, de modo que foi com a Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, a qual o presente trabalho se debruça, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, sancionada pelo então Presidente da República Fernando Collor, que restou regulamentado o aludido art. 37, §4º.

3.2 A lei 8.429/92 como código geral de conduta dos agentes públicos brasileiros

No Brasil, é de percepção geral a existência de um elevado grau de corrupção²⁵

²⁴Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I – a existência da União; II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III – o exercício dos direitos políticos, individuais, e sociais; IV – a segurança interna do País; V – a **probidade na administração** (grifo nosso); VI – a lei orçamentária; VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais Parágrafo único: Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

²⁵“Sob o prisma léxico, múltiplos são os significados do termo corrupção. Tanto pode indicar a ideia de destruição como a de mera degradação, ocasião em que assumirá uma perspectiva natural, como acontecimento efetivamente verificado na realidade fenomênica, ou meramente valorativa. Especificamente em relação a esfera estatal, a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção.” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. p.49) “Corrupção é um termo ouvido com muita frequência hoje em dia. Contudo, causa muita discussão quanto a sua origem e a sua conceituação, sendo raramente apresentada com uma definição clara de seu entendimento. De uma maneira geral, a sua compreensão está relacionada tanto com o aspecto moral quanto com o jurídico. Especialmente com depravação, costumes sociais, roubo, furto, enriquecimento ilícito, favorecimento indevido, suborno, propina, etc. Segundo grande parte dos estudiosos, a corrupção, assim como a violência e a avareza, é condição da natureza humana, por isso, sendo

presente ao redor de todo o Poder Público e a sua lesividade para o Estado Democrático de Direito, o que demonstra a importância de estudos dedicados à temática, também na área jurídica, devido aos seus efeitos deletérios [sociais e financeiras, principalmente]. As consequências mais facilmente perceptíveis são o prejuízo ao erário e, como decorrência disso, o enriquecimento de pessoas à custa do dinheiro público²⁶.

[...] pode-se afirmar que, hoje em dia, certas características do próprio sistema de organização política parecem contribuir, em alguma medida, para abuso do cargo público em benefício do funcionário ou de terceiros interessados, até porque, o Estado atual, na sua ação de concretização de objetivos, tem interferido de forma ativa e regularmente na vida econômica, visando à busca de estabilidade e uma mínima igualdade, com favorecimento de alguns agentes econômicos e sociais em detrimento de outros, circunstância que propicia a ocorrência de atos corruptos.²⁷

Os códigos de conduta, revestidos de legalidade e juridicidade, têm fundamental importância no marco de regulação do dever de probidade administrativa. Se compararmos a ausência de códigos com a sua presença no cenário político-administrativo, embora não existam estatísticas seguras, é perceptível que o setor

circunstâncias integradoras ou energias inerentes à natureza do ser humano, podendo elas vir à tona e manifestar-se em qualquer um de nós, causando consequências imprevisíveis. Assim, de um modo geral, parece haver concordância de que a origem da corrupção está na própria natureza humana que, igual a outras hipóteses nada edificantes, tais como a violência, a avareza e o ódio, possui controles decorrentes do meio em que o homem vive: família, religião, grupo social, educação, formação, Estado Democrático, etc., mas que podem, por circunstâncias de contexto, romper os controles sociais e causar malefícios terríveis.” (MILESKI, Helio Saul. **O Estado Contemporâneo e a Corrupção**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 344)“A corrupção representa momentos de mau funcionamento das organizações do sistema político, que criam sistemas de incentivo para que esse tipo de comportamento se torne comum na política. Estes momentos de mau funcionamento do sistema institucional da política estão associados ao fato de as organizações do sistema serem pouco adaptáveis às mudanças, simples, sujeitas à captura por parte da burocracia do Estado e pouco coesas. Quando isso ocorre, segundo Huntington, ocorre a corrupção na política.” (FILGUEIRAS, Fernando. **Marcos Teóricos da Corrupção**. In AVRITZER, Leonardo *et al.* **Corrupção: Ensaios e Críticas**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 301.) “No caso do Brasil, é bem clara a vigência de uma cultura que vê com olhos lenientes a trapaça em favor do interesse próprio e a inobservância das regras em qualquer plano, e que provavelmente se articula com nossa herança de escravismo, elitismo e desigualdade. Quer se trate das grandes ‘maracutaias’ que provocam a indignação da classe média (curiosamente, já que ela sem dúvida compartilha a cultura em questão), quer das formas mais brutais e violentas de criminalidade, que se expandem, ou mesmo da instabilidade que tem marcado tão longamente as nossas instituições políticas, essa cultura desatenta às regras se mostra de maneiras diversas.” (REIS, Fábio Wanderley. **Corrupção, Cultura e Ideologia**. In AVRITZER, Leonardo *et al.* **Corrupção: Ensaios e Críticas**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 329.)

²⁶PEIXOTO, G.M. **Segurança jurídica e a tipificação de condutas para caracterização do ilícito de improbidade administrativa por violação de princípios**. 290 f. Tese de Doutorado [Direito] – Universidade Federal da Bahia [UFBA, Salvador, 2016.

²⁷MILESKY, Helio Saul. **O Estado Contemporâneo e a Corrupção**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 348.

público necessita de regulações escritas e formalizadas²⁸.

A formalização de normas tipificadoras, como é o caso da Lei 8.429/92, transmite uma ideia de segurança, de formalismo jurídico e de devido processo sancionador, resultando, com isso, em um saudável ambiente de controle²⁹.

A lei de improbidade administrativa sintetiza um modelo de controle social e manifestação de um poder punitivo estatal de caráter geral³⁰. Consistindo em um microssistema de proteção à boa gestão pública, busca, em linhas gerais, repelir dois traços da má gestão: a desonestidade e a ineficiência³¹.

Não basta para o setor público, então, os tradicionais Códigos de Ética, muito utilizados no âmbito empresarial, embora estes também tenham um inestimável valor moral no âmbito das regulações das condutas dos agentes particulares³². Assim é que, o modelo insculpido [a Lei 8.429/1992] trata-se de instrumento normativo instituído por Lei federal, de abrangência central e geral, que regula o art. 37, §4º, da Constituição Federal³³.

Não se olvida que a forma tradicional de combate à corrupção no Brasil se dá no âmbito criminal. Ocorre que, ainda que se reconheça a importância da repressão penal em face de atos de corrupção, é sintomático que apenas essa frente de combate não resultou na diminuição esperada. Deveras, observa-se uma legislação com a fixação de penas pequenas, tipos penais com a exigência de elementos subjetivos de difícil comprovação e prazos prescricionais também reduzidos³⁴.

Nessa linha de intelecção, dado o diagnóstico deletério da corrupção que assola o Brasil, a Lei 8.429/1992 é de fundamental relevância. Para George Sarmento: “A corrupção nos setores públicos é um dos males que assolam as nações contemporâneas, mas que no Brasil tem assumido conotações surpreendentes e desalentadoras”³⁵ Não por menos, é que o tema da improbidade administrativa já vem

²⁸OSÓRIO, Fábio Medina. *Honestidade Administrativa. Teoria da Improbidade Administrativa*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. 2013. p. 123-124.

²⁹*Idem*.

³⁰NAPPI, Aniello. *Manuale di Diritto Penale. Parte generali*. Milano: Giuffrè, 2011.

³¹GUARANI, Fábio André. *Aspectos controversos da Lei de Improbidade Administrativa*. Volume 1. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2016, p.24.

³²OSÓRIO, Fábio Medina. *Honestidade Administrativa. Teoria da Improbidade Administrativa*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. 2013. p. 179.

³³OSÓRIO, Fábio Medina. *Honestidade Administrativa. Teoria da Improbidade Administrativa*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. 2013. p. 181.

³⁴LIMA, Paulo Ovídio dos Santos. *Aspectos controversos da Lei de Improbidade Administrativa*. Volume 1. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2016, p.274.

³⁵SARMENTO, George. *Aspectos da investigação dos atos de improbidade administrativa*.

sendo objeto de estudo há algum tempo no Brasil.

Desse modo, por ter efeitos totalmente nocivos, a corrupção administrativa deve ser devidamente combatida. Segundo Pedro Cavalcante³⁶: “a luta contra a corrupção não é apenas o programa inicial de todos os nossos governos, mas a promessa de todos os nossos candidatos, a divisa de todas as nossas revoluções e a justificativa de todos os nossos golpes”.

É bem verdade que a meta de erradicação da improbidade administrativa mostra-se demasiadamente pretensiosa, notadamente ao se considerar que é um problema que se manifesta, na maior parte dos casos, com bastante discrição. Não obstante, a promulgação da Lei 8.429/1992 constituiu em um marco no combate à corrupção³⁷, de modo que ninguém há de duvidar que a sua correta e eficaz aplicação contribuirá, e muito, para a consolidação de valores tão relevantes para Administração Pública e para a sociedade³⁸.

3.3 Tipos que caracterizam a improbidade administrativa

Os tipos de improbidade administrativa estão previstos na Lei 8.429/1992 em quatro espécies: os atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); os que causam lesão ao erário (art. 10); os decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefícios tributário (art. 10-A) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Independentemente de qual tipo seja praticado, a legislação prescreveu tipos abertos. Essa não previsão exauriente (típica dos tipos abertos) é fundamentalmente importante no bojo da Lei de Improbidade, pois permite amoldar o enquadramento de situações de fato em face das infrações, permitindo “flexibilidade normativa aos mecanismos punitivos, de tal modo a coibir manobras formalistas conducentes à impunidade”³⁹. A tipologia aberta serve para o “enquadramento do infindável número de ilícitos possíveis a serem praticados, os quais são frutos inevitáveis da criatividade

Revista do Ministério Público: Alagoas. n. 1, jan./jun., Maceió: MPE/AL, 1999, p. 91. (p. 91-116).

³⁶CAVALCANTI, Pedro Rodrigues de Albuquerque. **A corrupção no Brasil**. São Paulo: Siciliano, 1991, p. 17.

³⁷MATIAS, Flávio Pereira da Costa. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Ano –15 –Número 47 – Edição especial – 2016. Brasília, p.255

³⁸TRINDADE, Reginaldo Pereira. **Questões práticas sobre improbidade Administrativa**. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda, 2011. p.248.

³⁹OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P.238

e do poder de improvisação humanos”.⁴⁰

Para melhor contextualização da ideia de improbidade administrativa inscrita em nosso ordenamento jurídico, serão brevemente analisados esses quatro tipos.

3.3.1 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE IMPORTAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Previsto no art. 9º⁴¹ da Lei 8.429/1922, o enriquecimento ilícito⁴² é, geograficamente, o primeiro tipo de conduta caracterizado como ato de improbidade administrativa descrito pela legislação. Referido dispositivo lida com as hipóteses em que o agente público recebe vantagem econômica indevida, em prejuízo de atividades

⁴⁰GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.279.

⁴¹Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: I – receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; II – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; III – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado; IV – utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; V – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem; VI – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; VII – adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; VIII – aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade; IX – perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; X – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado; XI – incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; XII – usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

⁴²“A punição do enriquecimento ilícito é providência antiga no direito brasileiro, coerente com os princípios jurídicos e éticos que presidem a atividade administrativa e o exercício de função pública, que não toleram servir-se o agente público do seu cargo para a obtenção de vantagens econômicas ilícitas e por essa razão enriquecer-se, incorporando ao seu patrimônio bens, direitos ou valores que não adquiriria se não exercesse aquela função pública. Historicamente, ela tem raízes no combate ao enriquecimento sem causa, que baseado na equidade, surge como princípio geral de direito.” (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 2 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p.219).

realizadas em entes ou entidades da Administração.

Nas lições de José dos Santos Carvalho Filho⁴³:

Segundo o art. 9º, a conduta de improbidade gera enriquecimento ilícito quando o autor auferir “qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º” da lei. Essa é a conduta genérica, constando dos incisos I a XII as condutas específicas. Constitui objeto da tutela o enriquecimento legítimo, justo e moral. Não há objeção a que o indivíduo se enriqueça, desde que o faça por meios lícitos. O que a lei proíbe é o enriquecimento ilícito, ou seja, aquele que ofende os princípios da moralidade e da probidade.

O traço marcante do enriquecimento ilícito do é a percepção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade pública⁴⁴. Observa-se que, enquanto o caput do art. 9º não apresenta uma tipificação específica, seguindo a linha já trazida de manter os tipos abertos, os incisos, por sua vez trazem um modelo mais fechado em sua tipificação.

Sobre esse aspecto, faz-se mister trazer os esclarecimentos do especialista Fábio Medina Osório⁴⁵:

Deve-se dizer que a violação das proibições dos incisos é interceptada mais diretamente do que a violação do *caput*, traduzindo um grau maior de possibilidade de que a conduta transgressora venha a ser censurada, de tal modo que proibições concretas se incorporam à LGIA como espécies de incisos. Note-se que o inciso espelha um detalhamento normativo da própria LGIA, na medida em que as cláusulas mais específicas são aquelas que maior operacionalidade ostentam na vida de relações, maior grau de decidibilidade e de incidência direta apresentam uma conduta que se encaixe diretamente em algum dos incisos se valora de modo mais severo pelo legislador, cuja democrática decisão terá que ser respeitada. Os incisos, tanto quanto o *caput*, recebem contribuições de legislações setoriais, consistindo em normas sancionadoras em branco, repletas de termos jurídicos indeterminados, porém mais concentradas e especializadas que o *caput* dos dispositivos preambulares de cada bloco. A densidade dos incisos é maior que a do *caput*, obviamente.

De mais a mais, o tipo previsto no art. 9º mostra-se como sendo o mais grave da Lei 8.429/1992. Acentuada gravidade pode ser percebida pela análise do art. 12 (incisos I a IV)⁴⁶. Observa-se, então, que as penas para o caso de enriquecimento

⁴³CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 604.

⁴⁴OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 251.

⁴⁵OSÓRIO, Fábio Medina. **Honestidade Administrativa. Teoria da Improbidade Administrativa**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. 2013.

⁴⁶Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação

ilícito (inciso I) são as que possuem as maiores gradações.⁴⁷

[...] o enriquecimento ilícito pode advir tanto de um ato que apresente adequação ao princípio da legalidade, como de um ato ilícito. Assim, o princípio do não locupletamento indevido reside na regra de equidade que veda a uma pessoa enriquecer à custa do dano, do trabalho ou da simples atividade de outrem, sem o concurso da vontade deste ou o amparo do direito – e tal ocorrerá ainda que não haja transferência patrimonial.⁴⁸

3.3.2 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO

Analisado os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, seguimos para o estudo do art. 10⁴⁹ da Lei 8.429/1992. Tal

específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: [Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009]. I – na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. IV – na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 [cinco] a 8 [oito] anos e multa civil de até 3 [três] vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. [Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016].

⁴⁷PEIXOTO, G.M. **Segurança jurídica e a tipificação de condutas para caracterização do ilícito de improbidade administrativa por violação de princípios**. 2016. 290 f. Tese de Doutorado [Direito] – Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2016.

⁴⁸GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7 ed. São Paulo:Saraiva, 2013.

⁴⁹Lei nº 8.429/1992: Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: I – facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; II – permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; III – doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie; IV – permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado; V – permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação

dispositivo, diversamente dos demais, preocupa-se fundamentalmente na questão patrimonial.

Impende destacar, nesse ponto, a diferença entre erário e patrimônio público. A expressão erário está ligada diretamente à concepção de dinheiro, verbas. Patrimônio público, por seu turno, possui um conceito muito mais amplo, abarcando todos os bens da Administração Pública, sejam eles os materiais, os imateriais e, inclusive, o próprio erário⁵⁰.

Importante frisar que há controvérsia na doutrina sobre o conceito de lesão ao erário previsto no artigo em análise. Com efeito, uma corrente se afasta da interpretação literal da norma, reclamando por uma interpretação teleológico-sistemática para concluir que a expressão “perda patrimonial” alcance qualquer lesão

de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; VI – realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea; VII – conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; [Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014] IX – ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; X – agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; XI – liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular; XII – permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente; XIII – permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades. XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; [Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005] XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. [Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005] XVI – facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; [Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014] XVII – permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; [Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014] XVIII – celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; [Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014] XIX – agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; [Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014] XX – liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. [Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014] XXI – liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. [Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014]

⁵⁰FRANÇA, A.L. **A responsabilização do agente público que causa dano ao erário em razão das condutas ímprobadas descritas no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa.** 2004. 86 f. Monografia (Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2004.

causada ao patrimônio público⁵¹. Por essa interpretação, o conceito engloba “não apenas o Tesouro Nacional e os bens públicos, mas também o patrimônio ambiental, histórico, artístico, estético turístico, etc.”⁵². A outra corrente aponta que o alcance do termo patrimônio público restringe-se ao conceito de erário enquanto dimensão econômico-financeira dos entes públicos, nos termos acima delineados.

Entrementes, o traço mais inovador desse dispositivo em relação aos outros é a possibilidade de sua caracterização apenas por conduta culposa. Fábio Medina Osório⁵³, inclusive, defende a constitucionalidade da improbidade culposa:

Já manietamos entendimento quanto à constitucionalidade da improbidade administrativa culposa, refutando argumentação em sentido oposto, basicamente porque, desde uma perspectiva constitucional, a improbidade não se confunde com desonestidade, consoante ficou evidenciado ao analisarmos a categoria ético – normativa e as bases constitucionais da probidade. Se assim é certo, também outras condutas, que não as dolosas, podem ser catalogadas como ímprobas.

Assim, a ação desinteressada para com aquilo que pertence à Administração Pública, portanto patrimônio público, faz com que, configurada uma das hipóteses previstas no art. 10 da Lei 8.429/1992, o ato seja passível de culpabilidade por improbidade administrativa⁵⁴, entendimento esse já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp. nº 1.130.584⁵⁵.

⁵¹GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.30-31.

⁵²SARMENTO, George. **Improbidade Administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 92.

⁵³OSÓRIO, Fábio Medina. Honestidade Administrativa. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 3.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013. p. 227.

⁵⁴PEIXOTO, G.M. **Segurança jurídica e a tipificação de condutas para caracterização do ilícito de improbidade administrativa por violação de princípios**. 290 f. Tese de Doutorado (Direito) – Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2016.

⁵⁵ ADMINISTRATIVO. **AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPIFICAÇÃO. INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, NAS HIPÓTESES DO ART. 10). PRECEDENTES. DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. 1. Está assentado na jurisprudência do STJ, inclusive da Corte Especial que, por unanimidade, o entendimento segundo o qual, "exceção a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza" (Rcl 2.790/SC, DJe de 04/03/2010 e Rcl 2.115, DJe de 16.12.09). 2. Também está afirmado na jurisprudência do STJ, inclusive da sua Corte Especial, o entendimento de que "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do**

Frisa-se, por fim, como mais adiante será abordado, que as Ações Civis Públicas pretendendo o ressarcimento de eventuais prejuízos ao erário não se enquadram na regra de prescritibilidade das pretensões.

3.3.3 ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DECORRENTES DE CONCESSÃO OU APLICAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO FINANCEIRO OU TRIBUTÁRIO

No dia 30 de dezembro de 2016, a Lei Complementar 157 inaugurou um novo tipo de improbidade administrativa e novas formas de punição, de modo que a Lei 8.429/1992 passou a contar com um novo dispositivo, o artigo 10–A⁵⁶.

Depreende-se da análise do dispositivo que ele trata especificamente do descumprimento da Lei Complementar 116/03 (Lei do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza), mais especificamente no que diz respeito ao *caput* e §1º do artigo 8º-A^{57, 58}.

Esse dispositivo surgiu na tentativa de se evitar a chamada “guerra fiscal” entre os Municípios, de modo que implica, *prima facie*, ato de improbidade administrativa voltado aos membros do poder executivo e do legislativo, diga-se, prefeitos e vereadores, governador e deputados distritais, responsáveis pela fixação de alíquotas

artigo 10" (AIA 30, DJe de 28/09/11). 3. **Não é compatível com essa jurisprudência a tese segundo a qual, mesmo nas hipóteses de improbidade capituladas no art. 10 da Lei 8.429/92, é indispensável a demonstração de dolo da conduta do agente, não bastando a sua culpa.** Tal entendimento contraria a letra expressa do referido preceito normativo, que admite o ilícito culposo. Para negar aplicação a tal preceito, cumpriria reconhecer e declarar previamente a sua inconstitucionalidade (Súmula Vinculante 10/STF), vício de que não padece. Realmente, se a Constituição faculta ao legislador tipificar condutas dolosas mesmo para ilícitos penais, não se mostra inconstitucional a norma que qualifica com tipificação semelhante certos atos de improbidade administrativa. 4. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram expressamente a conduta culposa do agente, conclusão que não pode desfazer sem afronta à Súmula 07/STJ. 5. Recurso Especial a que se nega provimento. (Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp. nº 1.130.584-PB. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. DJE-STJ 21.09.12)

⁵⁶Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. (Incluído pela Lei Complementar 157, de 2016).

⁵⁷Art. 8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento). (Incluído pela Lei Complementar 157, de 2016) § 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no caput, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016).

⁵⁸ Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-04/lei-cria-tipo-improbidade-administrativa-relacionado-issn>>. Acesso em:20/fev/2018.

do ISS, bem como dos respectivos benefícios financeiros ou tributários⁵⁹.

Observa-se, então, que a LC 157/2016 trata, ao mesmo tempo, sobre aspectos relacionados ao ISSN, assim como institui nova hipótese de improbidade administrativa. De partida, insta consignar que se o legislador houvesse por tratar desses dois assuntos em uma única lei ordinária, haveria inconstitucionalidade formal sobre o primeiro tema (regulação de aspectos relacionados ao imposto em questão), posto que, como cediço, o ISSQN deve ser disciplinado por meio de Lei Complementar⁶⁰.

Noutro flanco, não há vício algum diante do fato de o legislador ter tratado sobre a improbidade administrativa em uma Lei Complementar (a 8.429/1992), visto que poderia ter feito isso até mesmo por meio de Lei Ordinária. Isso significa que a mencionada LC 157/2016 é formalmente uma Lei Complementar, mas materialmente uma Lei Ordinária, de modo que se no futuro o legislador quiser revogá-la, poderá fazer isso por meio de simples Lei Ordinária.

3.3.4 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Todo ato de improbidade administrativa viola algum princípio da Administração Pública. Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo apud Barroso (1999, p.149):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

Como já dito, há grande generalidade (abertura) nos tipos que, nos termos da Lei 8.429/1992, configuram atos de improbidade administrativa. De todos os artigos

⁵⁹ Disponível em: < <http://gianfrancescogonos.com.br/direito-administrativo/a-lc-1572016-e-o-novo-ato-de-improbidade-administrativa/>>. Acesso em:20/fev/2018.

⁶⁰ Disponível em: < <http://www.dizerodireito.com.br/2016/12/lc-1572016-cria-nova-hipotese-de.html>>. Acesso em:20/fev/2018.

(do 9º ao 11), o 11⁶¹, em análise, é o que possui maior amplitude.

Assim é que, deve-se entender por atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, como sendo aquele tipo subsidiário, ou seja, em que não se conseguiu comprovar o enriquecimento ilícito ou o prejuízo ao erário⁶². Desse modo, ao se capitular uma conduta como atentadora de princípios da Administração Pública, deve-se ter em mente que esta reveste-se de uma dupla função: residual e de reforço argumentativo. Em relação à primeira vertente, é dizer que mesmo aqueles atos que tenham “passado” pelas malhas dos artigos 9º, 10 e 10-A, possam ser enquadrados como atos ímprobos e pela segunda, está a se falar no reforço argumentativo que delimitará a gravidade do ato, tendo como reflexo a intensidade das sanções⁶³.

Aliás, se a percepção que do Juiz sobre os fatos é de suma importância para o desfecho de qualquer processo, no campo da ação de improbidade administrativa esse “reforço argumentativo” revela-se ainda mais crucial. É que após o advento da Lei 12.210/2009, que alterou o artigo 12⁶⁴ da Lei de Improbidade Administrativa, acrescentando as expressões “isolada ou cumulativamente” (das sanções previstas nos quatro incisos do mencionado artigo) e “de acordo com a gravidade do fato” ao dispositivo, é essa percepção do magistrado sobre a gravidade dos fatos narrados que efetivamente definirá a extensão das sanções a ser(em) aplicada(s) ao(s) réu(s).

Nesse pensar, valiosas são as lições de Durval Carneiro Neto⁶⁵:

⁶¹Art. 11. 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; II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III – revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV – negar publicidade aos atos oficiais; V – frustrar a licitude de concurso público; VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII – revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço. VIII – descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. IX – deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

⁶²ROTHENBURG, Walter Claudius. **Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa**. v.1. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 196.

⁶³ROTHENBURG, Walter Claudius. **Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa**. v.1. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 198.

⁶⁴Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

⁶⁵CARNEIRO NETO, Durval. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no direito administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias**. 2007. 359 f. Dissertação de Mestrado [Direito] – Universidade Federal da Bahia [UFBA], Salvador, 2007.

Por isso há de sempre se ressaltar a importância fundamental da figura do aplicador do Direito, por ser justamente aquele encarregado da percepção e significação dos fatos. É a sua boa ou má inferência que dá existência e qualidade ao fenômeno jurídico, de modo que as questões jurídicas se resumem à sua percepção valorativa dos fatos e das normas. O fato, sem a percepção do aplicador do Direito, é mero evento natural desconhecido, que não existe juridicamente; a norma, sem a percepção do aplicador, é palavra ao vento. É a percepção humana, portanto, peça essencial da engrenagem do Direito, daí porque, na sua aplicação, o homem é, em todo momento, instado a perceber e dar significação a fatos segundo a incidência das normas jurídicas.

Vejamos, também, as lições de Mauro Roberto Gomes⁶⁶:

[...] é de se registrar a grande preocupação com o assustador caráter aberto do caput do art. 11 da LIA. [...] Isto porque uma lei tão severa como a de improbidade administrativa, capaz de suspender direitos políticos, determinar a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (art. 37, § 4º, da CF), traz em seu contexto que o descumprimento, por qualquer ação ou omissão, dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, bem como as hipóteses exemplificadas nos incs. I ao VII do art. 11 caracterizam a improbidade. Há que se ter temperamentos ao interpretar a presente norma, pois o seu caráter é muito aberto, devendo, por esta razão, sofrer a devida dosagem de bom senso para que mera irregularidade formal, que não se subsuma como devassidão ou ato improbo, não seja enquadrado na presente lei, com severas punições.

Por fim, cumpre salientar que a doutrina mais abalizada compreende que a norma insculpida no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa alcança todos os princípios da Administração Pública e não apenas aqueles literalmente previstos no art. 37⁶⁷ da Constituição Federal e 4º⁶⁸ da Lei 8.429/1992. Nessa senda, destaca-se que a improbidade fica associada à violação do princípio da juridicidade⁶⁹.

⁶⁶MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa: Comentário à Lei nº 8.429/92**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.365.

⁶⁷Art. 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: (...)

⁶⁸Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

⁶⁹GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, P. 318)

4 O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

4.1 Breve contextualização histórica

A origem da prescrição remonta ao direito romano. Houve um momento nesse direito que todas as ações eram perpétuas. Mas, com o intuito de mitigar os rigores do *jus civile*, surge, no direito pretoriano, a *prescription temporalis*, pela qual o demandado liberava-se do processo caso o autor não ajuizasse a ação dentro do prazo de um ano⁷⁰.

No império, a prescrição sobre as ações reais sobre imóveis se operava em 10 (dez) anos, entre presentes, e 20 (vinte) anos, entre ausentes. Na época de Teodósio, as ações prescreviam no prazo de 30 (trinta) anos⁷¹.

Este instituto chegou até nós, sendo acolhido pelo Código Civil de 1916, e, até hoje, inclusive no código de 2002, rege as nossas ações.

4.2 O tempo e o direito

A análise do tempo sempre esteve presente nos questionamentos mais profundos do ser humano, desde a sua existência mais remota. Com efeito, o tempo constitui-se em assunto de grande reflexão da própria existência do homem, na medida em que ao passo em que se reveste de uma noção instigante e animadora, de outro lado, paradoxalmente, também é o corrosivo das próprias expectativas e esperanças⁷².

O tempo delimita a vida humana em todas as esferas. Por regular as interações do homem, não poderia deixar de exercer grande influência no direito. O tempo determina o nascimento e a extinção do direito, o prazo de vigência das normas, etc⁷³. Por isso, é muito pertinente a exclamação de que “a influência do tempo sobre os direitos é considerável e variadíssima”⁷⁴.

⁷⁰ NAVES, Nilson Vital. Prescrição e decadência no direito civil. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG**, n. 4, 1964, p. 164.

⁷¹ NAVES, Nilson Vital. Prescrição e decadência no direito civil. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG**, n. 4, p. 165, 1964.

⁷² NASSAR, Elody. O tempo no direito. **Prescrição Na Administração Pública**. 2º edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2009, p.1-2.

⁷³ NAVES, Nilson Vital. Prescrição e decadência no direito civil. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG**, n. 4, p. 164, 1964.

⁷⁴ CLÓVIS BEVILAQUA. **Teoria geral do direito civil**. Livr. Francisco Alves, 7. ed., 1995, p.267.

Na doutrina italiana, foi o grande civilista Ruggiero quem melhor apresentou a exclamação sobre os efeitos do tempo, afirmando que:

A influência que o tempo exerce sobre as relações jurídicas é tão intensa como aquela que exercita sobre todas as coisas humanas. E além de grande é também bastante variada. Direitos que não podem surgir senão em dadas contingências de tempo; direitos que não podem ter senão duração preestabelecida, quer fixada pela lei, quer pela vontade provada; direitos que não podem exercer-se fora de certo prazo; direitos que se adquirem e direitos que se perdem em consequência do decurso de um certo período de tempo – destes e de outros modos o elemento tempo manifesta a sua importância, posto que frequentemente ele não seja apenas o único fator que produz tais efeitos⁷⁵

Ademais, afirma que, dada a grande variedade de situações, ficaria impossível oferecer uma regra universal que inspirasse o tratamento dado a esse elemento pelas leis em geral⁷⁶.

O tempo é medida, é condição, é resolução, é aquisição, é extinção, é superação, é cicatrização, é, assim por dizer, o fator mais importante na contagem da vida humana, da pessoa natural, jurídica, da própria natureza que nos circunda⁷⁷. Para que se possa exercer qualquer prerrogativa no âmbito de uma sociedade democrática é necessário que o sistema normativo assegure a garantia de prevenção e de proteção do rol de liberdades inerentes a tal sistema, em face de violência ou ameaça a direito. Nesse pensar, o tempo mostra-se como um dos limites institucionalizados à feição de garantir tal ordem democrática.

São nos institutos da prescrição e da decadência que se nota uma influência primordial do elemento tempo no âmbito do direito⁷⁸, assumindo a condição de referência constitutiva oriunda da inexorável circunstância do tempo no direito. Contudo, tal interferência está medida pela intervenção do homem, no caso, a figura do legislador.

Assim, o ordenamento jurídico prevê a decadência como prazo limite para o exercício de direitos e a prescrição como prazo para a busca da tutela jurisdicional.

⁷⁵RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. v.1. Tradução da 6ª edição italiana por Paolo Capitanio. Atualização por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999. p. 406.

⁷⁶CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa: Prescrição e outros prazos extintivos**. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 1

⁷⁷NASSAR, Elody. O tempo no direito. **Prescrição Na Administração Pública**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.2

⁷⁸NAVES, Nilson Vital. Prescrição e decadência no direito civil. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG**, n. 4, p. 164, 1964.

4.3 Conceito

De início, insta salientar que é motivo de muita discussão, entre os mais renomados juristas, sobre o que a prescrição efetivamente fulminaria: se a pretensão de reparação do direito violado ou o direito de ação que não foi exercido.

A prescrição seria uma exceção em face de determinada pessoa que, em um lapso temporal fixado em norma, deveria exercer a sua pretensão ou ação e assim não o fez⁷⁹.

Clóvis Beviláqua define a prescrição extintiva como a “perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante espaço de tempo”⁸⁰.

Paulo Nader conceitua “a prescrição extintiva como a perda do direito de ação em decorrência da inércia do seu titular, durante lapso temporal superior ao estabelecido em lei”⁸¹.

Em sentido diverso, Orlando Gomes⁸² entende que “a prescrição é o modo pelo qual um direito se extingue em virtude da inércia, durante certo lapso de tempo, do seu titular, que, em consequência, fica sem ação para assegurá-lo”.

Com o advento do Código Civil de 2002, a discussão acerca do tema se tornou um pouco mais abalizada, na medida em que foi traçado o contorno conceitual da questão, ao estabelecer que a prescrição extingue a pretensão de reparação do direito violado, da seguinte maneira: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206”⁸³.

Nessa linha, para Maria Helena Diniz⁸⁴ “a prescrição tem por objeto as pretensões (CC, art. 189); por ser uma exceção oposta ao exercício da ação, tem por escopo extingui-la, tendo por fundamento um interesse jurídico social”. Segue aduzindo a notável autora que “o que caracteriza a prescrição é que ela visa a extinguir uma pretensão alegável em Juízo por meio de uma ação, mas não o direito propriamente dito”.

⁷⁹DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 338.

⁸⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**.v.1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.473.

⁸¹NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral**.v.1. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.450.

⁸²GOMES, Orlando; BRITO, Edvaldo. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2010.

⁸³SANTOS, R.F.D. **Prescrição na ação civil pública: prescritibilidade e prazo prescricional**. 2013. 89 f. Monografia (Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

⁸⁴DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.337.

Também, Francisco Amaral⁸⁵ ensina que “a prescrição é a perda da pretensão de reparação do direito violado, em virtude da inércia do seu titular, no prazo previsto em lei”.

De igual modo, Carlos Roberto Gonçalves⁸⁶ aduz que “hoje, predomina o entendimento, na moderna doutrina, de que a prescrição extingue a pretensão, que é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio.”

Ao comentar o art. 189 do então Código Civil de 2002, Miguel Reale assinalou que “ainda a propósito da prescrição, há problema terminológico digno de especial ressaltar. Trata-se de saber se prescreve a ação ou a pretensão. Após amadurecidos estudos, preferiu-se a segunda solução, por ser considerada a mais condizente com o Direito Processual contemporâneo, que há muito superou a teoria da ação como simples projeção de direitos subjetivos⁸⁷

Interessante ponderação é a feita por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁸⁸, ao sustentarem que o entendimento de que a prescrição ataca a ação não encontra respaldo com o desenvolvimento do Processo Civil contemporâneo. Sustentam os autores que “o direito constitucional de ação, ou seja, o direito de pedir ao estado um provimento jurisdicional efetivo, é sempre público, abstrato, de natureza essencialmente processual e indisponível.”

Nosso pensar, cotejando os entendimentos dos diversos autores acima elencados, é o de que o entendimento doutrinário mais consentâneo reside no que considera que a prescrição extingue a pretensão, motivo pelo qual é imperioso, também, trabalhar a sua conceituação.

4.4 Pretensão

Segundo Pontes de Miranda⁸⁹, a pretensão é definida como “a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a pretensão “é a expressão utilizada para caracterizar o poder de exigir de outro coercitivamente o

⁸⁵AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 596.

⁸⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**.v.1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009- v1, p. 477.

⁸⁷GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v.1. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2009. p.458.

⁸⁸*Idem* p.456.

⁸⁹MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998- v1, p.68.

cumprimento de um dever jurídico, vale dizer, é o poder de exigir a submissão de um interesse subordinado (do devedor da prestação) a um interesse subordinante (do credor da prestação) amparado pelo ordenamento jurídico”⁹⁰.

Nessa senda, pode-se afirmar que não existe pretensão sem direito subjetivo. Entretanto, pode-se dizer que existe direito subjetivo sem pretensão.⁹¹

Vejamus um exemplo para elucidar mais tal diferenciação: o caso de uma dívida ainda não vencida. Decerto, o credor já possui direito subjetivo ao crédito. Todavia, apenas com o vencimento tal dívida poderá ser cobrada. Nesse caso, fica claro que a exigibilidade (o surgimento da pretensão), só se dará a partir do vencimento. Com esse exemplo, é de fácil percepção que a exigibilidade é a característica marcante da pretensão.

Com essas afirmações, percebe-se que o nascimento da pretensão não necessita, obrigatoriamente, da violação do direito, tendo em vista que é uma consequência natural de toda relação obrigacional. Assim, dando outro exemplo, enquanto não for violado o direito de propriedade de “Y”, a sua pretensão está sendo plenamente satisfeita, tendo em vista que há, aí, uma pretensão à omissão contínua *erga omnes*. O normal é que a pretensão deva ser satisfeita, apenas a não satisfação da pretensão é que rompe com sua regularidade.

Ora, feitas tais observações, pode soar estranho o fato de o art. 189 do Código Civil de 2002, dispor que: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição”.

Observa-se da leitura do dispositivo que a pretensão depende da lesão ao direito. Vejamos, então, o que Windscheid⁹² na réplica à crítica de Muther falou sobre essa questão:

[...] aqui não se trata dessa pretensão, mas sim da pretensão contra a pretensão contra quem foi realmente lesionado esse direito, para que repare a lesão. [...] O direito a reparação da lesão de um direito real, em transformação, tem certamente um conteúdo distinto que o direito mesmo, e se diferencia deste precisamente por ser um direito contra uma pessoa determinada, uma pretensão, o que o direito obrigacional era desde o começo. Por isso, a extinção desse direito – por prescrição

⁹⁰GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v.1. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 457.

⁹¹DENK, M.L. **A prescrição jurídica e a necessidade do esquecimento: a lógica da prescrição a partir de François Ost E Jacques Derrida**. 2009. 88 f. Monografia (Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009, p.30.

⁹²WINDSCHEID, Bernhard. **Polemica sobre la actio**. Buenos Aires: Ed. Jur. Eur.-America, 1974. p. 389.

ou alguma outra coisa – não afeta o direito real mesmo:

Em outros termos, Windscheid afirma que a pretensão que é extinta pela prescrição é aquela que surge da violação do direito. E mais, é importante frisar que a pretensão passível de prescrição envolve sempre uma relação na qual estão presentes pessoas determinadas, o titular do direito lesionado e o causador da violação. No caso de obrigação real, não há o instituto da pretensão passível de prescrição.

Não obstante, por óbvio, o fato de uma pretensão ser exigível não significa que o obrigado a satisfazê-la venha a efetivamente cumpri-la. Mas, ainda no plano da pretensão, espera-se pelo cumprimento voluntário do devedor.

Não havendo o cumprimento voluntário, cabe ao credor uma exigência efetiva, nascendo, com isso, um outro direito subjetivo, que é a ação judicial.

4.5 Fundamentos

Segundo Savigny⁹³, há cinco motivos para a necessidade do instituto da prescrição. O primeiro fundamento que, segundo ele, é o mais importante, consiste na importância de uma definição das relações passíveis de contendas. A prescrição daria por finalizada uma questão tormentosa. Ou seja, diante de uma lesão de um direito, seria feita uma “previsão” de que o titular do direito violado aja, em um determinado lapso de tempo, para sua satisfação e para que o estado de incerteza daquele que supostamente foi o causador da lesão não perdure *ad eternum*, trazendo, com isso, segurança e harmonia social. Frisa-se que para a maioria dos doutrinadores essa seria a única razão da prescrição.

Dentre os doutrinadores brasileiros que seguem essa linha de entendimento, vejamos, por todos, os dizeres de Humberto Theodoro Júnior⁹⁴:

O direito, por isso mesmo, com a prescrição, apenas facilita uma arma de defesa, cujo emprego dependerá, em última instância, da discricção do devedor. Moralmente, não deve usá-la quem verdadeiramente se considera devedor do que lhe é reclamado; mas, em terreno de segurança jurídica, é preferível correr o risco de que alguém a use injustamente a deixar a sociedade exposta a todas as pretensões velhas, de cuja legitimidade ou ilegitimidade é difícil estar seguro em

⁹³SAVIGNY, M F C de. **Sistema del derecho romano actual**. Vol. IV. 2. ed. Madrid: Centro Ed. de Gongora.

⁹⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil**: vol. III. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.p. 632.

razão do longo tempo transcorrido. Daí por que, apartando-se dos aspectos éticos que o direito não pode controlar por inteiro, o fundamento principal, senão único, para sustentar o instituto da prescrição é, mesmo, o da segurança das relações jurídicas, cuja estabilidade se recomenda ainda quando não se ajuste com rigor e por inteiro ao ideal de justiça.

A segunda razão apontada por Savigny seria a “presunção” de extinção do direito. Assim, presume-se que, pelo fato de o titular ter levado tanto tempo para exercer o seu direito de ação, provavelmente o direito teria se extinguido⁹⁵.

O terceiro motivo seria o de que a prescrição consistiria em uma penalidade imposta ao titular do direito em face de sua negligência. Entretanto, essa ideia de “pena” não deve ser tomada em seu sentido corriqueiro, senão vejamos⁹⁶:

O castigo da negligência deve considerar-se; não como um motivo positivo da prescrição, mas sim como uma contraposição à censura de dureza e de injustiça que se dirige. Já mencionei o motivo positivo que se funda o interesse geral; o tempo que deixa o demandado para exercitar sua ação permite consultar esse interesse sem comprometer demasiadamente os direitos particulares. Ao titular se exige que sacrifique o bem público, não apenas seu direito, mas sim sua negligência. Se permanece inerte, somente a si deve imputar a perda que experimenta, e este resultado é o que parece como uma pena (tradução livre).

Seguindo, a quarta razão para a prescrição seria a de garantir o direito de defesa do acionado. Tal fundamento foi amplamente aceito no Brasil, tendo como principal defensor Pontes de Miranda. Para o jurista, a prescrição viria para proteger o “não devedor” que se vê impedido de provar sua defesa⁹⁷.

4.6 Prescrição e segurança jurídica

A prática de determinado direito não pode ficar latente por tempo indeterminado. Dessa maneira, o titular do direito deve exercê-lo em um determinado período de tempo, sob pena de não mais podê-lo⁹⁸.

Sobre o tema, Farias e Rosenvald⁹⁹ assim escrevem:

⁹⁵DENK, M.L. **A prescrição jurídica e a necessidade do esquecimento: a lógica da prescrição a partir de François Ost E Jacques Derrida**. 2009. 88 f. Monografia (Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

⁹⁶*Idem*

⁹⁷DENK, M.L. **A prescrição jurídica e a necessidade do esquecimento: a lógica da prescrição a partir de François Ost E Jacques Derrida**. 2009. 88 f. Monografia (Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

⁹⁸VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**.v.1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.12.

⁹⁹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 6. ed. Rio de Janeiro:

[...] é certo e incontroverso que não se pode admitir, em nome da estabilidade e segurança das relações sociais, que um determinado direito não seja exercitado indefinidamente, funcionando como espada de dâmocles, sobre aquele a quem se dirige a pretensão. [...] Nesse desenho estrutural, surge à prescrição para delimitar um lapso temporal, a fim de que sejam exercitadas as pretensões decorrentes da titularidade de determinado direito pelo seu respectivo titular.

É desse fato que urge a necessidade da existência do fenômeno da prescrição, o qual Mello¹⁰⁰ tratou de afirmar que “é o instituto concebido em favor da estabilidade e segurança jurídicas”.

Ainda nessa linha, Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona¹⁰¹ afirmaram que “o maior fundamento da existência do próprio direito é a garantia de pacificação social. Por isso, não é razoável, para a preservação do sentido de estabilidade social e segurança jurídica, que sejam estabelecidas relações jurídicas perpétuas [...]”.

Ademais, a prescrição e a decadência trazem consigo inegável caráter de estabilização das relações jurídicas em respeito aos princípios e garantias constitucionais.

Com efeito, Luís Roberto Barroso (apud FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.554), expõe com fina percepção que, no Estado Democrático de Direito, “a ordem jurídica gravita em torno de dois valores essenciais: a segurança e a justiça”.

Tal lição também é encontrada na obra de Carvalho Filho¹⁰², que diz:

[...] o maior fundamento dos institutos concernentes aos prazos extintivos reside no princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais. A segurança jurídica consiste exatamente em oferecer às pessoas em geral a crença da imutabilidade e da permanência dos efeitos que as relações visam a produzir [...]

4.7 Natureza da prescrição

Em razão de sua função de pacificação social, a natureza do instituto é de ordem pública¹⁰³.

A natureza de ordem pública da prescrição traz três consequências

Lumen Juris, 2007. p. 256.

¹⁰⁰MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1054.

¹⁰¹GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v.1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 454

¹⁰²CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.1051.

¹⁰³GOMES, Orlando; BRITO, Edvaldo. **Introdução ao direito civil**. 20 ed. São Paulo; Saraiva, 2003; v.1

relevantes¹⁰⁴: i) os particulares não podem declarar imprescritível qualquer direito; ii) os prazos prescricionais não podem ser alterados – nem aumentados nem reduzidos – por acordo de vontade de particulares [CC, art. 192]; iii) antes de consumada, a prescrição é irrenunciável [CC, art. 191].

4.8 Requisitos para a ocorrência da prescrição

Para Yussef Said Cahali¹⁰⁵, três são as condições da prescrição: i) a ação nascida [*actio nata*, dos romanos]; ii) a inação não interrompida; iii) o lapso de tempo. Já para Antônio Luiz Câmara Leal¹⁰⁶, quatro são esses requisitos, vejamos: i) a existência de ação exercitável [*actio nata*]; ii) a inércia do titular da ação pelo seu não exercício; iii) a continuidade dessa inércia durante certo tempo; iv) ausência de fato ou ato impeditivo, suspensivo ou interruptivo da prescrição.

Faz-se necessário informar que o termo mais correto, em relação ao primeiro requisito, para ambos os autores acima citados, seria um direito exercitável em vez de uma ação exercitável¹⁰⁷.

A inércia do titular da ação (ou inação não interrompida para Cahali) corresponde a um estado de inação ante a violação do seu direito. O ajuizamento de ação pleiteando o restabelecimento do direito violado faz cessar esta inércia¹⁰⁸.

No que se refere à continuidade da inércia durante certo período de tempo (ou lapso de tempo), o que a norma jurídica pretende punir é a inércia prolongada, e não a inércia passageira do titular. Assim, a prescrição somente é consumada ultrapasse o prazo estipulado em lei¹⁰⁹.

Quanto ao último requisito, como já dito acima, trata-se de institutos estipulados em lei cuja finalidade é neutralizam a consumação da prescrição¹¹⁰.

4.9 Prescrição x decadência

A distinção conceitual entre prescrição e decadência mostra-se de grande

¹⁰⁴DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.338.

¹⁰⁵CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e decadência**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008. p. 35.

¹⁰⁶LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**. 1982. p. 20.

¹⁰⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v.1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁰⁸DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

¹⁰⁹DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**.v.1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹¹⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**.v.1. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2004.

importância.

Para Fiúza ¹¹¹:

Diferenciar prescrição de decadência é tarefa árdua. [...] Das várias tentativas de se definir prescrição, a que, tradicionalmente, é a mais aceita, por ser a mais lógica, atribui-se a Angelo Amorim Filho. Haverá prescrição quando se der a perda do direito de ação pela inércia de seu titular, que deixa expirar o prazo fixado em lei, sem exercê-lo. Dessa forma, prossegue, “não é o direito em si que prescreve, mas a ação que o protege.

De acordo com Meirelles¹¹², “a prescrição é a perda da ação pelo transcurso do prazo para seu ajuizamento ou pelo abandono da causa durante o processo. Não se confunde com decadência ou caducidade, que é o perecimento do direito pelo não exercício do prazo fixado em lei”.

Já para Gagliano e Pamplona Filho ¹¹³ “prescrição é a perda da pretensão de reparação do direito violado, em virtude da inércia do seu titular, no prazo previsto em lei”

Quanto à decadência, a situação é diferente “pois esta é a perda do próprio direito, em si mesmo, por não utilizá-lo no prazo previsto para o seu exercício, evento, este, que sucede quando a única forma de expressão do direito coincide conaturalmente com o direito de ação”¹¹⁴.

A decadência está diretamente ligada à perda dos direitos potestativos. Para Farias e Rosendal¹¹⁵, a “decadência é a perda do próprio direito [potestativo] pelo seu não exercício em determinado prazo, quando a lei estabelece lapso temporal para tanto”. Simplificando, “haverá direito potestativo quando não se exigir da outra parte nenhuma prestação. Exemplos de direitos potestativos seriam o direito do mandante de revogar a procuração outorgada, o direito do cônjuge de se divorciar”.¹¹⁶

No campo do Direito Administrativo, Justen Filho ¹¹⁷ coloca que:

¹¹¹FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p 265.

¹¹²MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 740.

¹¹³GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 455.

¹¹⁴MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1055.

¹¹⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.575.

¹¹⁶FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p 266.

¹¹⁷JUSTEN Filho, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 1237.

A eventual perda de direito em virtude de ausência tempestiva do seu exercício no relacionamento direto entre administração e Particular não configura hipótese de prescrição. Isso acontece porque não se trata de ausência do direito de ação, mas do não exercício de direitos e poderes de direito material. Portanto, trata-se de hipótese de decadência, não de prescrição.

Nesse pensar, insta salientar que alguns autores classificam o prazo para a propositura da ação de improbidade administrativa como prazo decadencial. Por todos, veja-se o exemplo de Santos¹¹⁸:

As ações destinadas à aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa têm prazo decadencial de cinco anos, após o término do exercício do mandato de cargo em comissão ou de função de confiança [...]. Tratando-se, todavia, de faltas disciplinares, puníveis com demissão a bem do serviço público nos cargos efetivos ou emprego, o prazo decadencial será o previsto em lei específica, desde que, evidentemente, não sejam efeitos secundários de condenação judicial.

Lado outro, a maior parte doutrina afirma ser o prazo prescricional. Por todos, Garcia¹¹⁹:

[...], a disciplina do lapso prescricional variará conforme o vínculo com o Poder Público seja, ou não, temporário. Em essência, qualquer relação jurídico-laborativa é temporária, já que a perpetuidade é incompatível com a natureza humana. No entanto, para fins desta exposição, consideramos temporários aqueles vínculos de natureza mais tênue, com duração predeterminada ou passíveis de serem dissolvidos a qualquer tempo, *ad nutum* do agente responsável pela admissão [...]

4.10 Impedimento, interrupção e suspensão

Outra distinção importante ao presente estudo versa sobre o impedimento, interrupção e suspensão da prescrição, figuras previstas nos arts. 197 a 204 do Código Civil de 2002.

Inicialmente, o impedimento constitui-se em um óbice ao curso do prazo prescricional que é anterior ao seu início. Dessa forma, é um fato que não permite que o prazo comece a correr.¹²⁰

¹¹⁸CARVALHO FILHO, José dos Santos. Personalidade judiciária de órgãos públicos. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 19, 2002.

¹¹⁹GARCIA, Emerson; Alves, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 520

¹²⁰AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. rev., modificada e aum. Rio de Janeiro (RJ): Renovar, 2008. p. 608.

A suspensão se opera quando há uma cessação temporária do lapso prescricional, não havendo prejuízo do tempo já decorrido. Tem a mesma natureza do impedimento, porém com algumas diferenças técnicas.

Sobre o impedimento e a suspeição, especificamente, vejamos o que diz Thiago Rodovalho Santos¹²¹:

Trata o nosso Código Civil, no mesmo capítulo, das causas que impedem e das causas que suspendem a prescrição, porquanto guardam entre si muita similaridade de motivações e unidade, já que são as mesmas causas que por força de lei impedem que o prazo prescricional se inicie ou, caso este já tenha se encetado, ordena que se lhe suspenda o curso; são idênticas considerações que determinam o impedimento ou a suspensão do prazo prescricional¹²².

Já a interrupção, por seu turno, é o fato que tornará inutilizado o período já decorrido, ante o impedimento do fluxo normal do prazo. Salienta-se que o Código Civil dispõe que a interrupção somente pode se dar uma única vez, estando os casos regulados no art. 202.

No ponto, em se tratando de ações de improbidade administrativa, cumpre ressaltar que, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹²³, interrompe-se o a prescrição da pretensão condenatória com o mero ajuizamento da ação dentro do prazo previsto, sendo que tal interrupção deve se dá no momento protocolo da petição inicial.

4.11 O direito subjetivo de ação e a prescrição

Segundo a concepção de Satta¹²⁴, ao partir da premissa de que o ordenamento

¹²¹SANTOS, Thiago Rodovalho. **Prescrição e decadência no âmbito do código civil brasileiro**. Campinas, SP: Copola, 2003. p. 81.

¹²²*Idem*.

¹²³ DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. (INFO 546, STJ). Nas ações civis por ato de improbidade administrativa, interrompe-se a prescrição da pretensão condenatória com o mero ajuizamento da ação dentro do prazo de cinco 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. 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. Assim, à luz do princípio da especialidade e em observância ao que dispõe o art. 23, I, da Lei 8.429/1992, o tempo transcorrido até a citação do réu, nas ações de improbidade, que já é amplo em razão do próprio procedimento estabelecido para o trâmite da ação, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição, uma vez que o ajuizamento da ação de improbidade, à luz do princípio da actio nata, já tem o condão de interrompê-la. REsp 1.391.212-PE, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 2/9/2014. [Disponível em: <<http://blogdobreunobarros.blogspot.com.br/2014/09/stj-momento-de-interruptao-do-prazo.html>>. Acesso em 20/fev/2018]

¹²⁴SATTA, Salvatore & PUNZI, Carmine. **Diritto Processuale Civile**. 13. ed. Padova, Cedam, 2000. p. 10-3; 126-33.

só é jurídico na média em que se realiza, os indivíduos devem prestar obediência a esse ordenamento. Não é possível estabelecer um rompimento entre o ordenamento jurídico e as ações humanas, posto que sem a concretude dos comportamentos as palavras tornam-se vagas, e sem o ordenamento as ações humanas constituem-se em meros fatos, sem relevância jurídica.

Aduz Pontes de Miranda¹²⁵ que “a ação não é só exigência: se digo ao devedor que desejo que me pague o que me deve, exijo-o; porém, ainda não ajo contra ele: se lhe tomo a coisa que me deve, ajo condenatoriamente, condeno e executo”.

Vejamos um excerto da obra do jurista:

É preciso, portanto, que não se confunda *exigir* e *acionar*. Tão-pouco, exigir e acionar com *pedir*: se há o crédito, sem pretensão e sem ação, o credor pode pedir, porém não exigir ou acionar o devedor. Se não pode acionar, nem exigir, é que não há ação, nem, sequer, pretensão. Se se pode exigir e não se pode acionar, há pretensão e não há ação. *Exigir* é empurrar, reclamar, empuxar, com o fito de que o obrigado cumpra, operar fora para que o obrigado seja exato. Acionar, agere, sem o ex, não: é ir por si, já sem querer mover o obrigado¹²⁶.

Nesse contexto, surgem a jurisdição e a ação. No momento em que o ordenamento não se realiza espontaneamente por parte daquele que deveria, é preciso que alguém o realize coercitivamente. Esse alguém é o próprio ordenamento, através do juiz. Assim, a ação é o acionamento da jurisdição, por alguém que afirma, em desfavor de outro, que o ordenamento não se concretizou e deve concretizar-se do modo por aquele indicado. Esse acionamento (a postulação) é a ação. A ação constitui o processo, através do qual se exerce a jurisdição e se constitui o próprio ordenamento jurídico¹²⁷.

Diante da violação de um direito, o seu titular necessita, portanto, de agir. A ação é um novo poder que surge quando a exigência da pretensão não surtir efeito¹²⁸. Percebe-se, então, que a prescrição começa a fluir, em regra, a partir do momento em que se tem uma pretensão ante a violação de um direito. Verificada a existência de uma pretensão, está facultado ao titular do direito lesionado, no prazo prescricional, o

¹²⁵MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998. 381 p.

¹²⁶*Idem*.

¹²⁷SATTA, Salvatore & PUNZI, Carmine. **Diritto Processuale Civile**. 13. ed. Padova, Cedam, 2000. p. 10-3; 126-33.

¹²⁸DENK, M.L. **A prescrição jurídica e a necessidade do esquecimento: a lógica da prescrição a partir de François Ost E Jacques Derrida**. 2009. 88 f. Monografia (Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

poder de exigência.

Diante disso, é cristalino o fato de que o instituto da prescrição não pode ser tratado de maneira trivial pelo ordenamento jurídico, posto que refletirá em sua própria concretude, necessitando, portanto, que seja tratado de maneira aprofundada e adequada.

4.12 A teoria da *actio nata*

A teoria da *actio nata* encontra-se ligada às retromencionadas causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição. Consoante Vilson Rodrigues Alves¹²⁹: “subjacentes às causas de impedimento da fluência do prazo de prescrição das pretensões condenatórias está o princípio da *actio nata*”.

Por esse princípio, entende-se que o surgimento da pretensão – e, por sua vez, o início da fluência do prazo prescricional – não se dá necessariamente no momento em que ocorre a lesão ao direito, mas sim a partir do conhecimento em que o respectivo titular do direito lesado toma conhecimento do ocorrido. Trata-se de teoria bastante aceita na doutrina e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹³⁰, justamente por conferir interpretação convergente com a finalidade do instituto da prescrição.

O presente verbete é assim definido no Dicionário Vocábulo Jurídico de De Plácido e Silva:

A teoria da *actio nata* tem por conteúdo o entendimento de que o prazo prescricional ou decadencial somente se inicia com a ciência da lesão pelo interessado. Neste sentido, o entendimento jurisprudencial, a minorar o rigor do dispositivo da Lei do Mandado de Segurança quanto ao prazo decadencial para a sua impetração, de que o termo inicial deste prazo se conta a partir da ciência do ato impugnado pela parte interessada, e não simplesmente a contar da ocorrência do ato impugnado¹³¹.

Assim, como nos termos do art. 189¹³² do Código Civil a prescrição se inicia com o nascimento da pretensão e esta, por sua vez, com a violação do direito, é que,

¹²⁹ALVES, Vilson Rodrigues. **Da prescrição e da decadência no novo código civil**. Campinas, SP: Bookseller, 2003.

¹³⁰Conforme voto constante do REsp 1347715/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma do STJ, julgado em 25/11/2014, DJe 04/12/2014.

¹³¹SILVA, de Plácido. **Dicionário vocabulário jurídico**. 26. ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2005. p. 57.

¹³²Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

diante de algumas (não raras) situações em que a violação do direito pode ser desconhecida pelo titular, que a ignora por certo período de tempo, o princípio da *actio nata* surge para definir que o marco inicial do prazo prescricional será o seu efetivo conhecimento, assim como pela prova de sua efetiva ignorância até então.

Entendemos, como mais adiante será demonstrado, que essa teoria deva ter aplicabilidade no campo da improbidade administrativa, em detrimento do que a Lei 8.429/1992 dispõe como marco objetivo para o início da contagem do prazo prescricional.

4.13 A prescrição como uma das formas de direito ao esquecimento

O esquecimento é necessário, afirma François Ost¹³³, como o repouso do corpo e a respiração do espírito; ele responde à natureza descontínua do tempo, cujo prosseguimento é cortado por pausas e intervalos, repleto de incidentes e surpresas.

No Direito, com o tempo, a força obrigatória das leis se enfraquece, em vez de se reforçar; os títulos perecem em vez de se consolidar. Percebe-se com isso que o tempo age de maneira destrutiva, no movimento contínuo e restaurador da vida jurídica. As duas formas mais conhecidas desse movimento são o desuso e a prescrição. O desuso é muito mais intrigante: uma lei, em princípio formalmente obrigatória até o dia de sua total revogação, perde pouco a pouco sua validade por um não-uso prolongado. A prescrição, por sua vez, é organizada pela própria lei, mostrando-se menos controversa¹³⁴.

Assim como para o desuso, a prescrição extintiva surge como mecanismo de adaptação do direito ao fato: na falta de ter podido se realizar conforme a sua prescrição, o direito alinha-se na situação de fato contrária que se consolidou.

O Direito assinala o escoamento do tempo, permitindo que a pessoa visada invoque em seu benefício o direito ao esquecimento. Para François Ost¹³⁵, a prescrição é também uma das formas do direito ao esquecimento.

A título de exemplo, veja-se o que Mme. M. Filipachi Cogedipresse¹³⁶, do

¹³³ OST, François. **O tempo do direito**. 2005.

¹³⁴ NASSAR, Elody. **O tempo no direito**: Prescrição Na Administração Pública. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2009, p.7.

¹³⁵ OST, François. **O tempo do direito**. 2005

¹³⁶ CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; CARMONA, Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli. A APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO AOS AGENTES DELITIVOS: UMA ANÁLISE ACERCA DA PONDERAÇÃO ENTRE O DIREITO À IMAGEM E AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, 2018.

Tribunal de última instância de Paris, consignou sobre este direito:

[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.

De mais a mais, a prescrição é uma medida definida antes de a infração ser cometida. Depois de cometida, há também a intervenção de outras formas de perdão, mescladas de esquecimento, como é o caso da anistia. Em linhas gerais, a anistia tende a se identificar com o perdão e a prescrição com o esquecimento. Por fim, observa-se que as leis de prescrição representam instrumento bastante flexível de dosagem entre memória e esquecimento, sanção e perdão, já que é permitido prolongar ou reduzir o prazo de prescrição, modificar o ponto de partida. Nos casos mais graves, impõe-se a instituição da imprescritibilidade, posto que não se admite que o tempo lhe apague a lembrança¹³⁷.

4.14 Prescrição e a sensação de injustiça

A prescrição transpassa uma sensação de injustiça, de que o Poder Judiciário fechou as portas para aquele que tinha um direito, e que agora não consegue mais pleiteá-lo. Isso porque, a inércia do titular do direito subjetivo lesado, que implica na prescrição da pretensão, nem sempre é uma inércia por desídia, mas, muitas vezes, decorrente de empecilhos e dificuldades que não estão sob o seu controle¹³⁸.

Não obstante, vejamos o que diz Sílvio de Salvo Venosa sobre tal instituto¹³⁹:

Num primeiro contato, e para os não iniciados na ciência jurídica, a prescrição pode parecer injusta, pois contraria o princípio segundo o qual quem deve e comprometeu-se precisa honrar com as obrigações assumidas. Contudo, como pretendemos demonstrar, a prescrição é indispensável à estabilidade das relações sociais. O adquirente precisa ter essa aquisição estabilizada e não pode ficar sujeito indefinidamente a eventual ação de reivindicação. Esse mesmo adquirente, ao efetuar o negócio, deve certificar-se de que a

¹³⁷NASSAR, Elody. **O tempo no direito: Prescrição Na Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p.8-9.

¹³⁸DENK, M.L. **A prescrição jurídica e a necessidade do esquecimento: a lógica da prescrição a partir de François Ost E Jacques Derrida**. 2009. 88 f. Monografia (Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

¹³⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**.8.v.2.ed. Reimp.São Paulo: Atlas, 2008. p. 536.

propriedade adquirida efetivamente pertence ao alienante e que, no prazo determinado pela lei, esse bem não tenha sofrido turbação. Não fosse assim, o adquirente nunca poderia ter certeza de estar adquirindo bem livre e desembaraçado, porque teria de investigar, retroativamente, por tempos imemorais, as vicissitudes do bem que adquiriu. Não fosse o tempo determinado para o exercício dos direitos, toda pessoa teria de guardar indefinidamente todos os documentos dos negócios realizados em sua vida, bem como das gerações anteriores. Assim, o aspecto a primeira vista desfavorável da prescrição é superado pelas vantagens apontadas.

Ocorre que essa ideia sensação de injustiça criada por conta da prescrição, que é propalada como sendo oriunda do “senso comum”, posto que se contrapõe aos fundamentos que dão alicerce ao instituto, deve ser revista. É que essa dicotomia “senso comum” vs. “fundamento jurídico” não é, sempre, como se quer fazer crer, tão contraposta assim. Afirma-se isso porque, inicialmente, apesar de a doutrina se esmerar para fundamentar a existência do instituto, fato é que não existe um fundamento certo e cabal acerca da prescrição, seja ela civil ou criminal, tanto sim que não há unanimidade entre os autores. Vários são os seus fundamentos e suas forças diminuem ou intensificam ao longo do tempo. Ademais, os prazos prescricionais são flexíveis e arbitrados ao alvedrio do legislador¹⁴⁰.

Vejamos, então, o que afirma Pontes de Miranda¹⁴¹:

O primeiro problema de técnica legislativa, que se apresenta aos elaboradores de regras jurídicas sobre prescrição, é o de fixação dos prazos prescricionais; pois o da possibilidade da pretensão, ou da ação, suscetível de prescrição, de si mesmo se põe e se resolve, salvo quanto a um ou outro caso, raro de se ter de escolher entre a prescrição e a preclusão. O arbítrio de legislador, de *lege ferenda*, é limitado; não é mais do que a pequena margem, que lhe deixam a ciência e a história, uma vez que essas já trazem rijas convicções sobre a duração dos diferentes prazos, em função das pretensões e ações.

De mais a mais, é facilmente perceptível que os prazos prescricionais são demasiadamente maleáveis. Faz prova disso as bruscas diminuições que sofreram nos últimos anos no âmbito civil e os alargamentos que observados no âmbito criminal, o que comprova que o prazo de prescrição não é tão científico como se quer crer. Assim, pode-se dizer que os seus fundamentos estão bem próximos do que pensa o

¹⁴⁰ENK, M.L. **A prescrição jurídica e a necessidade do esquecimento: a lógica da prescrição a partir de François Ost E Jacques Derrida**. 2009. 88 f. Monografia (Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

¹⁴¹ PONTES, DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. In: **Comentários ao código de processo civil**. 1974. p. 281.

“senso comum”, ou até mesmo de outros anseios (econômicos, por exemplo) que não os anseios do Direito, o que evidencia o afastamento das motivações expostas pelos juristas ao longo do tempo, na forma como foi traçada linhas atrás.

5 A PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

De partida, é crucial vermos alguns exemplos da abordagem dada à matéria por alguns doutrinadores.

Marino Pazzaglini Filho¹⁴² afirma:

[...] as ações de improbidade administrativa [...] têm dois tempos de prescrição. O prazo prescricional é de cinco anos para serem ajuizadas contra agentes públicos eleitos ou ocupantes de cargos ou função de confiança, contado a partir do término do mandato ou exercício funcional. O prazo prescricional, em relação aos demais agentes públicos que exerçam cargo efetivo ou emprego público, é o estabelecido em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

Na mesma senda, Sarmiento¹⁴³ aduz que:

[...] Na primeira hipótese, a prescrição quinquenal começa a fluir após o término do mandato eletivo (presidente e vice-presidente da república, senador, deputado, governador e vice-governador, prefeito e vice-prefeito, vereador) do cargo em comissão ou de função em confiança. Nada impede, porém, que a ação de improbidade seja proposta no curso das atividades funcionais dos agentes públicos [...]. Na segunda hipótese, a prescrição da improbidade administrativa dos funcionários efetivos da União coincide com o prazo prescricional previsto para a demissão a bem do serviço público, que é de cinco anos a partir do dia que o fato se tornou conhecido, nos termos do art. 142 da Lei n. 8112/1990. Quando se tratar de servidores estaduais e municipais, é preciso analisar os prazos prescricionais das leis específicas, embora quase todas sigam o padrão do Regime Jurídico dos Servidores Federais. [...] Essas regras não vale para as ações civis públicas que visam à aplicação de sanções indenizatórias. [...]. A prescrição quinquenal só abriga a perda do cargo público, a suspensão dos direitos políticos, a proibição de contratar com o poder público e de receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios [...]

Embora a Lei 8.429/1992 tenha sido um marco no combate à corrupção no Brasil, infelizmente ela não passa imune a críticas. Deveras, há inúmeras imperfeições na referida Lei que impedem a efetiva concretização de seus objetivos, notadamente ao que tange o aspecto do presente trabalho, a prescrição.

Ora, se é pela via judicial [ação de improbidade administrativa] que se pretenderá ver responsabilizados, no âmbito cível, aqueles agentes públicos que infringiram as normas da Lei 8.429/1992, antes de mais nada, deve-se estar atento ao prazo prescricional de tal pretensão já que a prescritibilidade das ações é a regra.

¹⁴²PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada**. 3. ed. São Paulo. Atlas, 200, p.190-191.

¹⁴³SARMENTO, George. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002, p.212-213.

Da forma como a prescrição é tratada na Lei de Improbidade Administrativa, diga-se, com extrema superficialidade, muitos casos em que há efetivamente atos que se enquadram como de improbidade saem impunes. É que, com efeito, é inaceitável que em um único artigo, o 23¹⁴⁴, com três simplórios incisos, a Lei 8.429/1992 pretenda disciplinar todo os casos, ou ao menos a maioria, em que se verifica violação dos seus dispositivos, dada a sua abrangência.

Nesse pensar, frisa-se que o dispositivo, além de mal elaborado, é demasiadamente lacunoso, posto que não consegue delimitar a contento, para os mais diversos tipos de agentes públicos ou terceiros que com aqueles concorram, qual prazo prescricional será aplicável, notadamente diante das inúmeras situações em que, diuturnamente, se verifica a prática de atos de improbidade administrativa no Brasil.

Como se verá, a prescrição tratada na Lei 8.429/1992 é defasada, de modo que deveria ir muito além do que linhas genéricas que traça. No ponto, cumpre salientar que a prescrição na Lei de Improbidade não se confunde com a prescrição penal para eventuais crimes praticados contra a Administração pública.

Nesse pensar, aduz Wallace Martins Júnior¹⁴⁵:

Os atos de improbidade de todas as espécies guardam estreita relação com os crimes contra a administração pública, não sendo ocioso recordar que a tutela da improbidade começou na legislação penal e, atualmente, concorre com a delineada lei de improbidade, embora cada uma tenha requisitos próprios e incomunicáveis.

Conquanto singela tal distinção, e mesmo que a Lei de Improbidade Administrativa trate de atos extremamente lesivos à moralidade pública e ao erário, observa-se que seus prazos prescricionais são bem mais exíguos quando comparados com os prazos penais, sendo que, por vezes, a investigação e apuração da autoria e materialidade dos atos ímprobos (via Inquérito Civil, por exemplo) que, em muitos casos, ocorrem em redes extremamente complexas e que demanda conhecimentos que extrapolam o jurídico, exige-se muito mais tempo do que

¹⁴⁴Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas: I – até 5 (cinco) anos após o término do exercício do 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.

¹⁴⁵MARTINS Júnior, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 342.

investigações de crimes previstos no Código Penal.

Segundo, observa-se que o legislador adotou o critério de prazos diferenciáveis a partir de um critério objetivo¹⁴⁶: a situação jurídica do autor do ato. Em um primeiro momento, no inciso I, considera-se o exercício de funções exercidas através de mandatos (marcados pela transitoriedade) e, em outro, no inciso II, faz menção a funções que, em tese, são marcadas pela definitividade.

Por fim, no inciso III, incluído posteriormente pela Lei 13.019/2014, tratou o legislador da improbidade para aqueles que não se enquadram como agentes públicos das entidades da Administração direta ou indireta, posto que se refere ao quadro de empregados das entidades sujeitas à prática de ato de improbidade contra seu patrimônio e que recebem subvenção, benefício, ou incentivo fiscal ou creditício, de órgão público ou aquelas cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Consigna-se, nesse ponto, que por uma questão de delimitação do objeto, optou o presente trabalho por analisar apenas os incisos originários da Lei, quais sejam, o I e II, posto que, para além de serem os mais antigos, são neles em que se observam as maiores celeumas.

Ademais, não bastassem os problemas que decorrem do que a própria lei prevê [não raro verifica-se a prática de atos de improbidade administrativa envolvendo agentes que se enquadram em mais de um dos incisos], muito pior é a sua omissão quanto à fixação de prazos para diversos outros sujeitos passivos, que não os expressamente previstos nos supramencionados incisos, a exemplo de terceiros/particulares que concorram para a prática dos atos ímprobos em unidade de desígnios com os agentes públicos¹⁴⁷.

Para Garcia¹⁴⁸, “a prescrição, concebida e aperfeiçoada como um imperativo de ordem pública, é fator imprescindível para que exista harmonia nas relações sociais. Nesse pensar, tem-se como inacreditável que o legislador possa ter ‘esquecido’ da hipótese de fixar um prazo prescricional em relação a outros sujeitos passivos”.

Sendo assim, cumpre apontar alguns desses problemas, a fim de demonstrar

¹⁴⁶CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa**: Prescrição e outros prazos extintivos. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 105.

¹⁴⁷HENRIQUES FILHO, Tarcísio HP. **Questões práticas sobre improbidade Administrativa**. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda, 2011. p.295.

¹⁴⁸GARCIA, Emerson; Alves, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 499.

e ratificar a necessidade do aprimoramento legal.

6 A IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO POR DANOS AO ERÁRIO

Não é o objetivo principal do presente trabalho analisar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento decorrente da prática de atos de improbidade administrativa. Não obstante, o seu estudo reveste-se de fundamental importância, notadamente diante dos fundamentos que subsidiam tal realidade.

Consoante dito alhures, a regra é a de que as pretensões estejam sujeitas à prescrição. Como regras comportam exceções, pontua-se que a prescritibilidade das pretensões também pode ser excepcionada por algumas situações jurídicas consideradas extremamente graves e geradoras de grandes conturbações jurídicas e sociais¹⁴⁹.

A tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos causados ao erário é defendida pela maior parte dos intérpretes da Constituição. Também entre os Administrativistas, muitos mostram-se favoráveis a essa tese.

Em que pese já há algum tempo ser matéria objeto de jurisprudência pacífica nos âmbitos dos Tribunais Superiores¹⁵⁰, fato é que a questão vem sendo posta novamente em debate, notadamente por conta do julgamento do Recurso Extraordinário 669.069, do Supremo Tribunal Federal, que firmou a tese de repercussão geral no sentido de que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”, no dia 3 de fevereiro de 2016.¹⁵¹

Não obstante, a Constituição Federal de 1988 prevê a mencionada hipótese imprescritibilidade. É o que dispõe o art. 35, §5º, *in verbis*:

Art. 37, §5º. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo

¹⁴⁹CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa**: Prescrição e outros prazos extintivos. 2º edição. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 245.

¹⁵⁰Vide os seguintes julgados: STF, 2ª T., RE 608.831 AgR/SP, rel. min. Eros Grau, julg. 8/6/2010, DJ 24/6/2010; STF, RE 574.867/MG, decisão monocrática de 21/5/2010, rel. min. Cármen Lúcia, DJ 8/6/2010; STF, RE 629.241/PB, decisão monocrática de 9/9/2010, rel. min. Joaquim Barbosa, DJ de 9/9/2010; STF, RE 606.224/SE, decisão monocrática de 18/2/2010, rel. min. Carlos Britto, DJ de 18/2/2010; STJ, 2ª T., REsp 991.102/MG, rel. min. Eliana Calmon, julg. 8/9/2009; STJ, 2ª T., RMS 30.510/RJ, rel. min. Eliana Calmon, julg. 10/2/2010; STJ, 2ª T., EDcl no REsp 1.159.147/MG, rel. min. Mauro Campbell Marques, julg. 24/8/2010; STJ, 2ª T., REsp 718.321/SP, rel. min. Mauro Campbell Marques, julg. 10/11/2009; STJ, 1ª T., REsp 909.446/RN, rel. min. Luiz Fux, julg. 22/4/2010; STJ, 2ª T., REsp 894.539/PI, rel. min. Herman Benjamin, julg. 20/8/2009; e STJ, 1ª T., Resp 403.153, rel. min. José Delgado, julg. 9/9/2003.

¹⁵¹ Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-jul-27/acao-ressarcimento-erario-imprescritibilidade>>. Acesso em 20/fev/2018.

ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Observa-se, como bem registra Pedro Roberto Decomain¹⁵², que o aludido dispositivo apresenta um duplo comando dirigido ao legislador ordinário: de um lado determina que o legislador fixe prazos de prescrição para pretensões punitivas dedutíveis contra agentes públicos em razão da prática de atos que causem prejuízo ao erário, seguindo, portanto, a regra de prescritibilidade; de outro, impondo que não se fixe prazo de prescrição relativamente à pretensão de ressarcimento de prejuízos causados ao erário pelo agente.

É fundamental entender que a supracitada previsão constitucional refere-se à pretensão ressarcitória do Estado contra agente, servidor ou não, que lhe causou danos. Não é demais lembrar que tal pretensão situa-se dentro das ações indenizatórias, isso porque, em última análise, visa a reparação dos danos pela conduta ilícita¹⁵³.

Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho pontua, nesse sentido, que decorrido o prazo prescricional do art. 23 da Lei 8.429/1992, eventual pretensão de ressarcimento por danos causados ao erário em decorrência do ato de improbidade deverá se dar com fundamento na Lei 7.347/1985 [Lei de Ação Civil Pública], posto que não mais estará sujeita ao rito especial previsto na Lei de Improbidade¹⁵⁴.

Em suma, é a pretensão à indenização ou ao ressarcimento dos danos que a Constituição guarda sob o manto da imprescritibilidade, de modo que a qualquer tempo o Estado pode direcioná-la contra o causador dos prejuízos, sem que o fator tempo possa obstaculizar. Cuida-se, claramente, de garantia constitucional ao patrimônio público, como forma de proteção ao interesse público indisponível¹⁵⁵.

Trata-se, com efeito, de um regime jurídico excepcional, de estatura constitucional, almejado pelo poder constituinte, dada a importância da lesão ao patrimônio público no país¹⁵⁶.

¹⁵²DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. Dialética, 2007.

¹⁵³CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa: Prescrição e outros prazos extintivos**. 2º edição. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 246-247.

¹⁵⁴Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5054/a-prescricao-e-a-lei-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em 20/fev/2018.

¹⁵⁵CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa: Prescrição e outros prazos extintivos**. 2º edição. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 247.

¹⁵⁶RAMOS, André de Carvalho. **A imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário**. 2011, p.91.

6.1 Os fundamentos da imprescritibilidade nas ações ressarcitórias

A razão de ser do art. 37. §5º, da CF, é a proteção do erário, enquanto parcela do patrimônio público, pertencente a toda a coletividade. Dessa forma, o Constituinte considerou que eventual inércia do Estado, assim como que os efeitos corrosivos do tempo já traçados no presente trabalho, haveriam de ceder diante de um valor maior, qual seja, a proteção desse patrimônio.

Como cediço, o regime aplicável ao patrimônio estatal é de direito público e nele se incluem certas prerrogativas, as quais não estão presente no campo do direito privado. A imprescritibilidade da pretensão ressarcitória constitui-se em uma dessas prerrogativas. Assim, entende-se que a determinação constitucional é extremamente ajustada, notadamente pela nobreza da qual se reveste a razão constitucional do comando – a defesa do erário contra aquele que o desfalcou pela prática de ilícito –, de modo que a qualificação, pela via oblíqua, do seu instrumento protetivo – a ação de ressarcimento – como símbolo da perenidade, atribuindo-lhe a garantia da imprescritibilidade, deve prevalecer sobre toda forma de crítica¹⁵⁷.

Frisa-se, porém, que tal ação ressarcitória necessita, ainda que prescritas as demais sanções previstas na Lei 8.429/1992, da comprovação da prática de fato definido como ato de improbidade administrativa, bem como da responsabilidade subjetiva do agente, devendo-se, portanto, ser respeitados os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Nesse sentido, o Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes¹⁵⁸, consigna interessante ponderação, vejamos:

A necessidade de ajuizamento ou de prosseguimento de ação civil pública de improbidade administrativa para fins de ressarcimento ao erário, mesmo nos casos de prescrição das demais sanções previstas na Lei 8.429/1992, decorre da necessidade de fiel observância ao Princípio da Tutela Judicial Efetiva, que supõe o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o Devido Processo Legal, o Contraditório e a Ampla Defesa, incluído todas as previsões específicas da Lei 8.429/1992, pois as previsões processuais e a sequência procedimental não são mero conjunto de trâmites burocráticos, mas um rígido sistema de garantias para as partes visando ao asseguramento de justa e imparcial decisão final, com eventual imposição de sanção.

¹⁵⁷CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa: Prescrição e outros prazos extintivos**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 248.

¹⁵⁸ DE MORAES, Alexandre et al. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: TEMAS ATUAIS E CONTROVERTIDOS**. Revista CEJ, v. 20, n. 70, 2016, p. 37.

Lembre-mos, que a mácula pela condenação por ato de improbidade administrativa, mesmo que somente possível a aplicação da sanção de ressarcimento ao erário em face da prescrição das demais, é muito mais grave do que a mera condenação em ação de ressarcimento genérico; devendo, pois, ser garantido ao acusado o devido processo legal previsto pela Lei 8.429/1992, com a necessidade de plena comprovação da prática de improbidade administrativa.”

7 AS LACUNAS DA DISCIPLINA NORMATIVA DA PRESCRIÇÃO PARA AS AÇÕES DE IMPROBIDADE

De início, observa-se que apenas foi dada preocupação a três tipos de agentes [os elencados nos incisos I, II e III do art. 23], deixando, com isso, uma enorme lacuna quanto aos demais agentes públicos (equiparados ou não), bem como em relação aos terceiros/particulares que concorram para a prática do ato de improbidade administrativa [*extraneus*]. Nessa senda, o que se observa é que a doutrina e jurisprudência pátria, no mais das vezes, fazem uma simples analogia com as situações já previstas quando se deparam com situações não previstas na Lei 8.429/1992. Não obstante, vejamos o que diz Mattos¹⁵⁹, ao tratar do caso dos terceiros/particulares, entendendo que deva ser aplicada a regra contida no Decreto nº 20.910/32:

Diante do silêncio da supra referida norma legal, que não focaliza a situação jurídica dos particulares/terceiros, prevalece a regra geral de prescrição, que é de cinco anos, contados do fato tido como irregular ou ilícito. Este raciocínio decorre da determinação do art. 2º do Decreto nº 20.910/32¹⁶⁰, que impõe o prazo prescricional de 5 anos para o exercício de todo o direito sem exceção, contra a Fazenda Pública ou dela para os administrados.

7.1 Alguns problemas por trás do inciso I

Trata o presente inciso do prazo prescricional para aqueles que ocupam funções transitórias no âmbito da Administração Pública. Frisa-se, desde logo, que há situações não esclarecidas nas simples letras do dispositivo, como é o caso do agente político reeleito.

Antes, porém, cumpre delimitar o sentido do termo *mandato* constante no aludido dispositivo.

¹⁵⁹MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p.812.

¹⁶⁰Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Art. 2º Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem, ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças.

Esclarece Wallace Paiva Martins Júnior¹⁶¹, do Ministério Público de São Paulo, que:

A expressão 'mandato' alcança todos aqueles que exercem mandatos públicos por eleição, designação ou nomeação (Prefeitos, Vereadores, Deputados, Conselheiros de sociedades de economia mista, membros de Conselhos Tutelares etc.).

Nessa linha, ao se falar dos mandatos eletivos para os cargos do Poder Legislativo e do Executivo, o primeiro problema que salta aos olhos se refere ao marco inicial do prazo prescricional diante da situação (corriqueira) de mandatos sucessivos, posto que a Lei não adentra nesse mérito.

Sérgio Monteiro Medeiros¹⁶² sugere a seguinte solução:

Em tempos de reeleição, o mais razoável é considerar-se como marco inicial do prazo prescricional o término do segundo mandato. É que, interpretando-se teleologicamente a previsão legal, conclui-se que o objetivo é resguardar a aplicação da lei – evitar a impunidade –, e isto somente pode ser assegurado quando cessa a influência do cargo.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁶³ é pacífica no sentido de compartilhar do mesmo entendimento acima exposto, colocando que o *dies a quo* do prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa em mandatos sucessivos conta-se a partir do término do último mandato.

Não se olvida que parte da doutrina vê grande acerto nesse dispositivo. Garcia

¹⁶¹MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Improbidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p 248.

¹⁶² MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Lei de improbidade administrativa**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p.248.

¹⁶³ RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. REELEIÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. DIES A QUO.1. O termo inicial do prazo prescricional da ação de improbidade administrativa, no caso de reeleição de prefeito, se aperfeiçoa após o término do segundo mandato.2. O artigo 23, inciso I, da Lei nº 8.429/92, faz essencial à constituição do *dies a quo* da prescrição na ação de improbidade o término do exercício do mandato ou, em outras palavras, a cessação do vínculo temporário do agente ímprobo com a Administração Pública, que somente se verifica, no caso de reeleição, após o término do segundo mandato, pois que, nesse caso, há continuidade do exercício da função de Prefeito, por inexigido o afastamento do cargo. 3. Recurso especial provido. (REsp 1153079/BA, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010) ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRESCRIÇÃO – TERMO A QUO – AGENTE QUE PERMANECE EM CARGO COMISSIONADO POR PERÍODOS SUCESSIVOS.1. A Lei 8.429/92, art. 23, I, condicionou a fluência do prazo prescricional ao “término do exercício de mandato, cargo em comissão ou de função de confiança”. 2. Na hipótese em que o agente se mantém em cargo comissionado por períodos sucessivos, o termo a quo da prescrição relativa a ato de improbidade administrativa é o momento do término do último exercício, quando da extinção do vínculo com a Administração. 3. Recurso especial não provido. (REsp 1179085/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 08/04/2010)

¹⁶⁴ faz os seguintes elogios:

[...] é possível dizer que, tratando-se de vínculo temporário (mandato, cargo em comissão e função de confiança), [...], o lapso prescricional somente começará a fluir a contar de sua dissolução. Com isto, confere-se aos legitimados um eficaz mecanismo para a apuração dos ilícitos praticados, pois, durante todo o lapso em que os agentes permanecem vinculados ao Poder Público, ter-se-á a prescrição em estado latente, a depender da implementação de uma condição suspensiva (dissolução do vínculo) para o seu início, o que permitirá uma ampla investigação dos fatos.

Sarmiento¹⁶⁵, seguindo o mesmo entendimento, afirma que o dispositivo legal:

[...] adotou sistemática a fim de evitar que o servidor investido possa interferir na livre apuração dos atos de improbidade administrativa. Há o risco de que a autoridade crie embaraços à instrução processual, omitindo informações, forjando provas, destruindo documentos e outros artifícios para encobrir o ato de corrupção. Por isso, o legislador estabeleceu o período de cinco anos após a exoneração ou o término do mandato para que as comissões de inquérito ou os órgãos de controle pudessem realizar auditorias, procedimentos administrativos, inquéritos civis, ou propor ação civil pública.

A saída apontada, contudo, pode se mostrar bastante acertada em se tratando de reeleição para os cargos do Poder Executivo. Mas, no caso de reeleição para cargos do Poder Legislativo, a situação não é imune a fortes críticas.

Com efeito, a reeleição para os cargos do Poder Executivo está limitada, constitucionalmente, a dois mandatos sucessivos, limitação essa que não se faz presente no Parlamento. Assim, como não é incomum as sucessivas reeleições de parlamentares para as mais diversas câmaras do país, a aplicação da solução posta pode implicar na situação da prática de um ato de improbidade administrativa há anos que só venha a ser apurado muito tempo depois.¹⁶⁶

Demais disso, como já dito, o preceito não engloba inúmeras categorias de agente público, de modo que, há também que se conferir interpretação extensiva ao dispositivo para alcançar outras categorias de agentes público que exercem função temporária não atingidas expressamente pela lei.

Assim, entendemos que o dispositivo merece interpretação extensiva para abranger os exercentes de funções públicas de caráter transitório e, regra geral, sem remuneração, tais como as de jurado, mesário

¹⁶⁴GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.516.

¹⁶⁵SARMENTO, George. Aspectos da investigação dos atos de improbidade administrativa. **Revista do Ministério Público**: Alagoas. n. 1, jan./jun., Maceió: MPE/AL, 1999, p. 91. (p. 91-116).

¹⁶⁶ DOBROWLSKI, Samantha Chantal. **Questões práticas sobre improbidade Administrativa**. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda, 2011.p. 260.

[eleições] e conciliadores de Juizados Especiais Federais [Lei 10.259/2011]¹⁶⁷

Outro problema: o prazo, em si, de cinco anos. Aduz Martins Júnior 168:

O prazo quinquenal do art. 23, I, é excessivamente curto se levar em conta a complexidade e a morosidade das investigações, agravada com o efeito reflexo que a possibilidade de reeleição produz, fazendo com que a descoberta de atos ímprobos seja mais retardada.

Desse modo, toma especial relevo a questão, posto que é muito mais frequente a formação de condições que favoreçam à impunidade pela convalidação do prazo prescricional, assim como pela possibilidade que a situação normativa causa de uma limitação efetiva da ação dos órgãos de controle¹⁶⁹.

Em reforço, a vinculação do início do prazo prescricional ao “afastamento do agente”, tem provocado sérios problemas, de modo que o termo *a quo* mais racional e lógico para do marco para o estabelecimento do início do prazo prescricional seria outra condição objetiva: o momento em que o ato torna-se conhecido (aplicação da teoria da *actio nata*, já analisada anteriormente).

Observa-se, em suma, que o dispositivo também se refere ao exercício de cargo em comissão ou de função de confiança. Dessa forma, cumpre, primeiramente, diferenciar cargo em comissão de função de confiança.

Os cargos em comissão são definidos no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, como sendo aqueles de livre nomeação e exoneração [cargos *ad nutum*], para as atribuições de chefia, direção e assessoramento. O exercício de função de confiança, por seu turno, difere do cargo em comissão, uma vez que se trata de ampliação das atribuições daquele que exerce um cargo de provimento efetivo, mediante o pagamento de gratificação adicional.

Marçal Justen Filho¹⁷⁰, notável Administrativista, assim diferencia a função de confiança do cargo em comissão:

A chamada função de confiança não consiste numa posição jurídica equivalente a um cargo público, mas na ampliação das atribuições e

¹⁶⁷MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Lei de improbidade administrativa**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p.248.

¹⁶⁸MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade Administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. p.336.

¹⁶⁹HENRIQUES FILHO, Tarcísio HP. **Questões práticas sobre improbidade Administrativa**. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda, 2011. p.296.

¹⁷⁰JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. Dialética, 2010.

responsabilidades de um cargo de provimento efetivo, mediante uma gratificação pecuniária. Não se admite a concessão de tal benefício ao ocupante de cargo em comissão, na medida em que a remuneração correspondente abrange todas as responsabilidades e encargos possíveis

Reservamo-nos, porém, para se ter uma melhor compreensão, a tratar dos problemas sobre tal parte do dispositivo, em conjunto com a análise do inciso II (próximo tópico).

7.2 Alguns problemas por trás do inciso II

O dispositivo legal define a prescrição para os cargos e empregos públicos cuja estabilidade do agente, senão definitiva, é maior do que a prevista para os casos tratados no inciso I.

Pela regra estabelecida no inciso em questão, fica determinado que o prazo prescricional para os atos de improbidade administrativa seja o mesmo estabelecido para os casos de “demissão a bem do serviço público”.

Pontua-se que a Lei 8.112/1990, que institui o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, estabelece o prazo prescricional de 5 (cinco)¹⁷¹ anos para a ação disciplinar quanto às infrações sujeitas à pena de demissão, à exceção de a hipótese também configurar-se em infração penal, circunstância na qual incidirão os prazos previstos no Código Penal.

Considerando-se que as sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 se dividem nas de cunho pecuniário e nas de cunho administrativo, importantes são as considerações de Ferraz¹⁷²:

[...] para as sanções que não a perda da função pública, o prazo prescricional da ação será de cinco anos, contado da data em que poderia ser proposta (princípio da actio nata), isto é, a partir da data em que o fato se tornou conhecido (não pendendo causa interruptiva ou suspensiva), a não ser que o agente responsabilizado seja detentor de mandato, cargo em comissão ou função de confiança (nessas

¹⁷¹Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: I – em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; II – em 2 (dois) anos, quanto à suspensão; III – em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência. §1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido. §2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime. §3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente. §4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

¹⁷²FERRAZ, Sergio. Extinção dos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. (2003): 47-66.

hipóteses, o *dies a quo* será o subsequente ao término do respectivo exercício, não pendendo causa interruptiva ou suspensiva). Para a sanção de perda da função pública (não atrelada esta a exercício de mandato, cargo em comissão ou função de confiança, hipóteses para as quais o *dies a quo* será o subsequente ao término do respectivo exercício), a ação prescreverá, no plano federal, em cinco anos (mas será necessário verificar para as demais unidades políticas da Federação como a matéria lá foi reguada), contados a partir da data em que o fato se tornou conhecido (não pendendo condição interruptiva ou suspensiva).

Ademais, no que tange à fixação dos prazos, é de fácil constatação a também problemática diferença em relação aos critérios adotados. Enquanto que no inciso I é fixado um prazo certo e determinado para a prescrição, no caso do inciso II, há remissão à lei específica para faltas disciplinares. Ora, considerando a pluralidade de leis específicas que há no país para os diversos entes, é óbvio que se pode apresentar prazos distintos a depender da região do país, o que é inadmissível¹⁷³.

Assim, a fixação de prazo determinado para a primeira hipótese e, por assim dizer, de prazos maleáveis para a segunda, dá ensejo a inúmeras aberrações jurídicas. Seria o caso, por exemplo, de um mesmo ato de improbidade administrativa praticado por Prefeito em unidade de desígnios com agente administrativo do Município. Basta a lei específica desse ente contemplar mais largos prazos de prescrição que o aludido agente estaria sob uma disciplina mais rigorosa, no tocante ao lapso prescricional, que a do Prefeito¹⁷⁴.

Deveras, uma lei geral e central do porte e importância da Lei de Improbidade Administrativa fazer tais remissões não se mostrou a medida mais adequada.

Partindo, então, para uma análise conjunta com o tópico anterior (no que toca aos cargos comissionados e à função de confiança), observa-se que o exercente de função de confiança também é detentor de um cargo em provimento efetivo. Ocorre que o fato de as atribuições compatíveis com o exercício da função de confiança não serem marcadas pela definitividade, pode-se criar a dúvida acerca da incidência do prazo previsto no inciso I [referente a vínculo temporário] ou no inciso II [referente a vínculos, em tese, definitivos], do art. 23 da Lei 8.429/1992. Do mesmo modo, surge o problema no caso de o servidor efetivo estar afastado do exercício de seu cargo,

¹⁷³CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa: Prescrição e outros prazos extintivos**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 105.

¹⁷⁴TRINDADE, Reginaldo Pereira da. **Questões práticas sobre improbidade Administrativa**. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda, 2011. p. 258.

desde que permitido, para exercer um cargo em comissão junto do órgão diverso do seu¹⁷⁵.

Pois bem. O prazo prescricional nas ações de improbidade para o servidor efetivo é aquele previsto na lei específica das sanções disciplinares, de modo que uma leitura superficial do dispositivo levaria a crer que a previsão de “função de confiança” no inciso I do dispositivo seria desnecessária, posto que este, como dito, já possui um cargo efetivo. Não obstante, não se pode considerar que tal previsão do inciso I pelo legislador foi em vão. Assim, verificados tais problemas, impõe-se a realização de uma interpretação que compatibilize os dispositivos em comento, tendo como premissa o órgão no qual o servidor desempenhará suas atribuições: se no seu ou em diverso¹⁷⁶.

Em arremate, válidas são as orientações de José Antônio Lisboa Neiva¹⁷⁷:

No caso de o servidor ímprobo ocupar cargo de provimento efetivo, mas nomeado para o exercício de cargo em comissão ou indicado para função de confiança no mesmo órgão administrativo, deve prevalecer a disciplina do inciso II do art. 23, eis que sua dispensa do cargo comissionado ou da função de confiança não rompe seu vínculo com a Administração Pública.

Nesse pensar, dúvida não há que a Lei 8.429/1992 possui disciplina insuficiente no que tange à prescrição para as ações de improbidade. Diante dessa constatação, resta claro que são inúmeros os efeitos deletérios decorrentes dessa falha legislativa para o combate à corrupção que assola a Administração Pública brasileira. É preciso, urgentemente, chamar atenção para esse aspecto, a fim de criar condições amplas de repressão, ante a pluralidade de casos e agentes envolvidos na prática de atos ímprobos, o que, para tanto, o debate e o aperfeiçoamento legislativo necessitam ser levados a cabo.

¹⁷⁵GAIO, Ana Paula Pina. **Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa**.v.1. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2016, p.249.

¹⁷⁶ GAIO, Ana Paula Pina. **Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa**. Volume 1. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2016, p.250.

¹⁷⁷ NEIVA, José Antonio Lisboa. **Improbidade administrativa: Legislação Comentada Artigo por Artigo: doutrina, legislação e jurisprudência**. 4º edição. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

8 CONCLUSÃO

A partir de todo o desenvolvido, pode-se alcançar algumas conclusões com relação ao objeto de estudo.

A partir de estudos de doutrina, legislativos e jurisprudencial, o presente trabalho teve como foco principal o estudo sobre o prazo prescricional previsto na Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

De tudo o que foi visto, conclui-se que com a Lei de Improbidade grande avanço foi dado no combate à improbidade administrativa no Brasil que, ainda, infelizmente, assola fortemente toda a sociedade.

Não obstante, focou o presente trabalho justamente em uma das suas imperfeições, qual seja, a disposição normativa acerca dos prazos prescricionais previstos no art. 23 da Lei. Pode ser paradoxal, mas não. As críticas e falhas apresentadas, é bem verdade, dificultam a efetiva concretização do que a Lei de Improbidade se dispõe, mas não retiram a importância que aludida Lei tem no ordenamento jurídico brasileiro.

O tema escolhido possui não só importância acadêmica, mas, principalmente, relevância prática, notadamente para aqueles que atuam nos órgãos de persecução.

Embora acreditemos que a prescrição seja um instituto que realmente resguarda a segurança e a paz social, não se pode ter uma visão amadora a ponto de crer que, da forma como disposto, seria o mais belo, pleno e acabado instituto jurídico. Ao revés, demonstrou-se que a sua fixação fica ao alvedrio do legislador o que, no caso da Improbidade Administrativa, representa grande parcela dos investigados.

Iniciou-se o trabalho trazendo um panorama do instituto prescrição, buscando explanar os seus aspectos correlatos mais diretamente ligados ao objeto que trataríamos no presente trabalho, a prescrição nas ações de improbidade (assim é que, por exemplo, abordamos a teoria da *actio*), passando pela própria noção do ato de improbidade e de um breve estudo sobre a legislação em questão. Não poderíamos deixar de tratar, também, dos fundamentos que regem a prescribibilidade (regra) e da imprescribibilidade (exceção) das ações, para, com isso, fincar as bases sobre as quais nossas críticas seriam apresentadas.

Foram trabalhadas algumas imperfeições da referida Lei, sejam elas decorrentes do que está positivado, sejam elas decorrentes das suas omissões que,

frisa-se, são inacreditáveis.

Demonstrou-se, em suma, que a Lei 8.429/1992 necessita urgentemente de um aprimoramento, a fim de que possa realmente fazer frente aos mais diversos casos em que se verificam práticas de improbidade administrativa no Brasil. A impunidade não pode reinar.

Demais disso, frisa-se que o tema precisa ser mais profundamente debatido entre os operadores do Direito, pois diante do quadro que se apresenta, muitas são as dúvidas que surgem. Assim, enquanto não vem essa mudança normativa, o presente trabalho trilhou o caminho de uma pequena parcela da doutrina que busca levantar a importância desse aprimoramento legal, evidenciando as falhas, na medida em que são vozes de uma minoria sobre um tema que tem impacto, direta ou indiretamente, na vida de todos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Vilson Rodrigues. **Da prescrição e da decadência no novo código civil**. Campinas, SP: Bookseller, 2003.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. rev., modificada e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANTOS, R.F.D. **Prescrição na ação civil pública: prescritibilidade e prazo prescricional**. 2013. 89 f. Monografia (Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Livr. Francisco Alves, 7. ed., 1995.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 20 dez 2017.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 20 dez 2017.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 20 dez 2017.

_____. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 20 dez 2017.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 20 dez 2017.

_____.Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 20 dez 2017.

_____.Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao88.htm>. Acesso em: 20 dez 2017.

_____.**Decreto nº 20.910**, de 06 de janeiro de 1932. Regula a prescrição quinquenal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20910.htm>. Acesso em: 03 jan 2018.

_____.**Lei Complementar nº 116**, de 31 de julho de 2003.Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências.Alterar a Lei Complementar no 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp157.htm> Acesso em: 15 jan 2018.

_____.**Lei Complementar nº 157**, de 29 de dezembro de 2016. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp116.htm> Acesso em: 15 jan 2018.

_____.**Lei nº 3.164**, de 1º de junho de 1957. Provê quanto ao disposto no parágrafo 31, 2º parte, do artigo 141, da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3164.htm> Acesso em: 20 dez 2017.

_____.**Lei nº 3.502**, de 21 de dezembro de 1958. Regula o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3502.htm> Acesso em: 20 dez 2017.

_____.Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L4717.htm> Acesso em: 20 dez 2017.

_____.**Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico

dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm> Acesso em: 10 dez de 2017.

_____. **Lei n° 8.429**, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8429.htm> Acesso em: 10 dez de 2017.

_____. **Lei n° 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 dez 2017.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 10.ed. Almedina. Coimbra Editora Limitada, 1999.

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e decadência**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

CARNEIRO NETO, Durval. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no direito administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias**. 2007. 359 f. Dissertação de Mestrado (Direito) – Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2007.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; CARMONA, Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli. A APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO AOS AGENTES DELITIVOS: UMA ANÁLISE ACERCA DA PONDERAÇÃO ENTRE O DIREITO À IMAGEM E AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

CAVALCANTI, Pedro Rodrigues de Albuquerque. **A corrupção no Brasil**. São Paulo: Siciliano, 1991.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. Dialética, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

DOBROWLSKI, Samantha Chantal. **Questões práticas sobre improbidade Administrativa**. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda, 2011.

ENK, M.L. **A prescrição jurídica e a necessidade do esquecimento: a lógica da prescrição a partir de François Ost E Jacques Derrida**. 2009. 88 f. Monografia (Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FILGUEIRAS, Fernando. **Marcos Teóricos da Corrupção**. In AVRITZER, Leonardo *et al.* **Corrupção: Ensaios e Críticas**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

FRANÇA, A.L. **A responsabilização do agente público que causa dano ao erário em razão das condutas ímprobas descritas no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa**. 2004. 86 f. Monografia (Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v.1. 11. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Improbidade Administrativa**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando; BRITO, Edvaldo. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. rev., atual. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2010.

_____. **Introdução ao direito civil**. 20 ed. rev. E aum. São Paulo; Saraiva, 2003; v.1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Saraiva, 2009- v1.

GUARANI, Fábio André. **Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa**. v.1. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2016.

HENRIQUES FILHO, Tarcísio HP. **Questões práticas sobre improbidade Administrativa**. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda, 2011.

KLEIN, D.A. **A lei de improbidade administrativa: 20 anos de vigência**. 2012. 50 f. Monografia de especialização (Gestão Pública Municipal) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2012.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**. 1982.

LIMA, Paulo Ovídio dos Santos. **Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa**. Volume 1. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2016.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATIAS, Flávio Pereira da Costa. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Ano –15 –Número 47 – Edição especial – 2016. Brasília.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa: Comentário à Lei nº 8.429/92**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Lei de improbidade administrativa**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILESKY, Helio Saul. **O Estado Contemporâneo e a Corrupção**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998.

MORAES, Alexandre de et al. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: TEMAS ATUAIS E CONTROVERTIDOS**. Revista CEJ, v. 20, n. 70, 2016.

NAPPI, Aniello. **Manuale di Diritto Penale. Parte generali**. Milano: Giuffrè, 2011.

NASSAR, Elody. O tempo no direito. **Prescrição Na Administração Pública**. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2009.

NAVES, Nilson Vital. Prescrição e decadência no direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 4, 1964.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: Alguns Aspectos controvertidos. **R. Dir. adm, Rio de Janeiro, 235: 61-91, Jan/Mar, 2004**.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. Honestidade Administrativa. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. 2013.

OST, François. **O tempo do direito**. 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada**. 3. ed. São Paulo. Atlas. 2000.

PEIXOTO, G.M. **Segurança jurídica e a tipificação de condutas para caracterização do ilícito de improbidade administrativa por violação de princípios**. 2016. 290 f. Tese de Doutorado (Direito) – Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2016.

PONTES, DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. In: **Comentários ao código de processo civil**. 1974.

RAMOS, André de Carvalho. **A imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário**. 2011.

REIS, Fábio Wanderley. **Corrupção, Cultura e Ideologia**. In AVRITZER, Leonardo et alii. **Corrupção: Ensaios e Críticas**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 329.

ROSA, Alexandre; GHIZZO NETO, Afonso. **Improbidade administrativa e a lei de responsabilidade fiscal**, 1. ed. Florianópolis: Habitus. 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa**. Volume 1. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2016.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Volume 1. Tradução da 6ª edição italiana por Paolo Capitanio. Atualização por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999.

SANTOS, Thiago Rodovalho. **Prescrição e decadência no âmbito do código civil brasileiro**. Campinas, SP: Copola, 2003.

SARMENTO, George. **Aspectos da investigação dos atos de improbidade administrativa**. Revista do Ministério Público: Alagoas. n. 1, jan./jun., Maceió: MPE/AL, 1999.

_____. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

SATTA, Salvatore & PUNZI, Carmine. **Diritto Processuale Civile**. 13. ed. Padova, Cedam, 2000.

SAVIGNY, M F C de. **Sistema del derecho romano actual**. Vol. IV. 2. ed. Madrid: Centro Ed. de Gongora.

SCHIMIN, Guilherme Gomes Pedrosa. **Lei de Improbidade Administrativa**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10639>

SILVA, de Plácido. **Dicionário vocabulário jurídico**. 26. ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil**: vol. III. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 632 p.

TRINDADE, Reginaldo Pereira. **Questões práticas sobre improbidade Administrativa**. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda., 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v.1.

WINDSCHEID, Bernhard. **Polemica sobre la actio**. Buenos Aires: Ed. Jur. Eur.-America, 1974.