

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
LUCAS LICY RIBEIRO MELLO

DA IMPRESCRITIBILIDADE DO RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO
DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

NITERÓI
2017

LUCAS LICY RIBEIRO MELLO

DA IMPRESCRITIBILIDADE DO RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO
DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Manoel Martins Júnior

NITERÓI
2017

LUCAS LICY RIBEIRO MELLO

**DA IMPRESCRITIBILIDADE DO RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO
DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Aprovada em julho de 2017.

BANCA EXAMINADORA

**Prof. Manoel Martins Júnior – Orientador
UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE**

**Prof.
UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE**

**Prof.
UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE**

DA IMPRESCRITIBILIDADE DO RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA¹

Lucas Licy Ribeiro Mello

Bacharel em Direito pela UFF.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Da Improbidade Administrativa. 1.1 Dos Atos de Improbidade Administrativa. 1.1.1 Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito. 1.1.2 Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário. 1.1.2.1 Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário. 1.1.3 Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública. 1.1.4 Das Sanções. 2 Da Prescrição na Ação de Improbidade Administrativa. 2.1 Da Prescritibilidade do Ressarcimento do Dano ao Erário Decorrente de Ato de Improbidade Administrativa. 2.1.1 Da Tese da Prescritibilidade. 2.1.2 Da Tese da Imprescritibilidade. Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho pretende se posicionar e discutir acerca do tema da imprescritibilidade ou não do ressarcimento do dano ao erário decorrente de ato de Improbidade Administrativa, contudo, sem pretensão de esgotá-lo. Visando garantir a segurança das relações jurídica em nosso ordenamento jurídico, a Ação de Improbidade Administrativa está sujeita ao instituto da prescrição, norma contida no art. 37, § 5º, CF e art. 23 da Lei nº 8.429/92 e tema de inúmeras divergências. A falta de um entendimento consolidado demanda análise, o que fez, inclusive, que o STF rediscuta no RE 852.475/SP (Tema 897). Ainda que entendamos pela tese da imprescritibilidade em interpretação da norma constitucional, concluindo ser a mais indicada, nada nos impede, até pelo amor ao debate, de apontar suas falhas. Neste sentido, buscaremos apontar os principais argumentos de ambas as teses.

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientado por Manoel Martins Júnior.

Palavras-chave: Dano ao Erário. Ressarcimento. Imprescritibilidade. Art. 37, § 5º, CF. Improbidade Administrativa. Lei nº 8.429/92.

Abstract: This essay intends to take a stand and discuss about the statute of limitations - or its lack of – of the indemnity to the Treasury as a consequence of act of administrative improbity, nevertheless, without not claiming to be exhaustive. In order to guarantee security to judicial proceedings in our legal system the administrative improbity lawsuit is liable to laches, rule established by article 37, § 5º, of the Brazilian Federal Constitution and article 23 of Law 8.429/92 and subject of countless dissents. The lack of a common understanding requires analysis, which did the Brazilian Supreme Court discuss about that at Extraordinary Appeal 852.475/SP (Subject 897). Although we support the lack of statute of limitations by interpretation of the constitutional rule concluding that is the most accurate, nothing deter us from exposing its faults. Therefore, we will present the main arguments of both theors.

Keywords: Loss to Treasury. Indemnity. Lack of statute of limitations. Article 37, § 5º, of the Brazilian Federal Constitution. Administrative improbity. Law 8.429/92.

Introdução

Ao longo de quase 30 anos de vigência, nossa Constituição Federal ainda resguarda os deveres de moralidade e probidade. Portanto, é dever do agente público atender aos princípios constitucionais em face dos administrados ou da própria Administração.²

Junto à proteção a tais princípios surgem, também, sanções aos atos que atentem contra aqueles elencadas no art. 37, § 4º, CF, que estabelece que “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”. Sanções extremamente necessárias à preservação e tutela do patrimônio público.

Por conseguinte, o Constituinte tratou de criar um “instrumento de controle judicial sobre atos que a lei caracteriza como de improbidade”³, posteriormente regulamentado pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que dispõe sobre os atos de improbidade

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 28ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 65.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos, obra citada, p. 1112.

administrativa, as sanções aplicáveis e os procedimentos administrativo e judicial que estão sujeitos os agentes públicos e terceiros que concorram ou se beneficiem dos atos ímprobos.

Todavia, visando garantir a segurança e estabilidade das relações jurídicas em nosso ordenamento jurídico, a Ação de Improbidade Administrativa está sujeita ao instituto da prescrição, norma contida no art. 37, § 5º, CF e art. 23 da Lei nº 8.429/92 e tema de inúmeras divergências.

O Constituinte Originário ao estabelecer em seu art. 37, § 5º que “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, ensejou divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à ressalva *in fine*.

Surgiram duas correntes: a corrente majoritária, que defende a imprescritibilidade do ressarcimento do dano ao erário, de modo que a Administração pode exercer a pretensão de reparação contra o agente causador do dano a qualquer momento, alegando uma literalidade da Lei, bem como que o ressarcimento do erário é de interesse público.

Não obstante, a corrente minoritária - alegando uma interpretação do dispositivo e buscando o princípio da segurança jurídica - que defende que o ente público lesado também estaria sujeito à prescrição da pretensão do ressarcimento ao erário em face do agente causador do dano. Este entendimento enseja ainda mais discussões, a saber: a interpretação do prazo prescricional previsto no art. 23 da Lei nº 8.429/92.

A falta de um entendimento consolidado no sentido da imprescritibilidade do ressarcimento do dano ao erário decorrente de atos de improbidade administrativa demanda uma análise acerca da prescritibilidade ou não da pretensão reparatória e das correntes defensoras de tais teses.

1 Da Improbidade Administrativa

A Constituição Federal de 1988, estabelece em seu art. 37, *caput* como um dos princípios da Administração Pública o Princípio da Moralidade, outrossim, o parágrafo 4º do mesmo artigo funda a principal fonte normativa da matéria:

Art. 37, §4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Várias são as visões doutrinárias acerca dos princípios afetados pelos atos de Improbidade Administrativa, de forma que busque-se diferenciações nos conceitos do princípio da moralidade e no princípio da probidade.

Neste sentido, Marçal Justen Filho defende que “a improbidade se configura como a violação a um dever específico, que é o do respeito à moralidade”.⁴ Por outro lado, ainda que defenda que as “expressões se equivalem”, é categórico José dos Santos Carvalho Filho ao afirmar que trata-se de discussão de menor importância, uma vez que buscam preservar o mesmo fim: o Princípio da Moralidade Administrativa.⁵

A probidade administrativa é tutelada pela Ação de Improbidade Administrativa e é a partir desta Ação que os atos ímprobos praticados pelos agentes públicos e/ou terceiros são averiguados e, por conseguinte, sancionados na forma da Lei, de modo a resguardar o princípio da moralidade administrativa.⁶

Dá-se a Improbidade Administrativa, de acordo com a Lei nº 8.429/92, através da ação ou omissão praticada por agente público ou terceiros, que importem em enriquecimento ilícito, causem prejuízo ao erário ou atentem contra os princípios da Administração Pública. Neste sentido:

“A improbidade administrativa consiste na ação ou omissão violadora do dever constitucional de moralidade no exercício da função pública, que acarreta a imposição de sanções civis, administrativas e penais, de modo cumulativo ou não, tal como definido em lei.”⁷

Desta forma, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) surge, portanto, para regulamentar a Improbidade Administrativa e instituir sua Ação respectiva. Carvalho Filho sustenta que a Lei de Improbidade Administrativa é estruturada em cinco pontos principais: 1) sujeito passivo; 2) sujeito ativo; 3) tipologia da improbidade; 4) sanções; 5) procedimento administrativo e judicial.⁸

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1021.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 28ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 1112.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos, obra citada, p. 1111-1112.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, obra citada, p. 1020-1021.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos, obra citada, p. 1113.

Hely Lopes Meirelles sustenta que a Lei de Improbidade Administrativa faz parte de um “conjunto de leis, que forma um sistema usualmente denominado de Direito Administrativo sancionador”, que, segundo o Autor, se aproximam das normas de Direito Penal.⁹

À luz do Direito Administrativo sancionador, portanto, a Ação de Improbidade Administrativa surge como meio vital a fim de garantir a punição aos agentes que derem causa aos atos ímprobos e que atentem contra os princípios da Administração Pública, em especial, o da moralidade.

Isto posto, o art. 1º e parágrafo único da Lei de Improbidade elenca os sujeitos passivos dos atos de improbidade que ocorrem em seu âmbito. Vejamos:

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

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

Sujeito passivo é, portanto, “a pessoa jurídica que a lei indica como vítima do ato de improbidade administrativa”. Não necessariamente o sujeito passivo deve ser um ente federativo, como demonstrado, a Lei amplia sua aplicação a fim de alcançar “algumas entidades que, sem integrarem a Administração, guardam algum tipo de conexão com ela”.¹⁰

Em relação aos sujeitos ativos, preliminarmente deve-se destacar que para que o agente possa efetivamente ser caracterizado como o causador do ato ímprobo, pressupõe-se a presença do elemento subjetivo reprovável. Via de regra, tal elemento subjetivo é o dolo, uma vez que a

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**, 39ª edição, São Paulo: Malheiros, 2013. p. 123.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 28ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 1114.

mera atuação defeituosa do agente não configura Improbidade, contudo, nos casos em que há dever objetivo de diligência em razão da função, admite-se a culpa como exceção.¹¹

Os sujeitos ativos do ato de improbidade podem ser agentes públicos ou terceiros e estão elencados entre os arts. 1º e 3º da Lei de Improbidade. Para tanto, é sujeito ativo todo aquele agente público, servidor ou não, que pratique atos de improbidade, bem como, aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Passemos a sua análise.

O art. 2, Lei 8.429/92 define o que se entende por agente público que “forma ou manifesta a vontade estatal”¹²:

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

A definição da lei acerca de agente público é bastante ampla, bastando que integre qualquer das pessoas previstas no art. 1º e seu parágrafo único ou desempenhe uma função pública. Neste sentido, para José dos Santos Carvalho Filho:

“Sujeitam-se, portanto, à Lei de Improbidade os Chefes do Executivo, Ministros e Secretários; os integrantes das Casas legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os magistrados e membros do Ministério Público; os servidores públicos de qualquer regime (estatutário, trabalhista e especial). No que concerne, porém, os agentes políticos, há ressalvas quanto à aplicação da Lei nº 8.429/1992”.¹³

Questão que suscita divergência é quanto à responsabilidade dos agentes políticos em atos de improbidade administrativa. É sabido que os agentes políticos representam uma espécie de agente público com algumas peculiaridades, uma vez que exercem uma parcela do poder

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1021.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal, obra citada, p. 1023.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 28ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 1117.

estadual, atuam com independência, ditam os rumos que o Estado irá seguir, fazendo parte da estrutura nuclear deste.

Dada a controvérsia, faz surgir a questão: pode o agente político ser réu em uma Ação de improbidade Administrativa?

Entendemos que sim. O enquadramento de um agente público como agente político não pode servir de blindagem para que este agente fique imune e não responda a uma Ação de Improbidade Administrativa. Contudo, estão excluídos da aplicação da Lei nº 8.429/92 aqueles agentes que a Constituição Federal atribuiu a prática de crimes de responsabilidade, ou seja, aqueles contidos nos arts. 52, I e II e 102, I, C, CF.¹⁴

No que tange o Presidente da República, o art. 85, V, CF, estabelece que “são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra (...) a probidade na administração”. Deste modo, quando um Presidente pratica Improbidade Administrativa, não se torna réu em uma ação de improbidade, mas, sim, réu por crime de responsabilidade sujeitando-se apenas à Lei nº 1.079/50.

Em relação ao Ministro de Estado, no julgamento da Reclamação 2138-DF – caso Sardemberg, o STF, utilizando da lógica aplicável ao Presidente da República estendeu-a, por analogia, aos Ministros de Estado arquivando a ação de improbidade movida em face do então ministro Ronaldo Sardemberg.

In casu, o ex-Ministro foi acusado de utilizar bens e recursos públicos em proveito privado, configurando, portanto, Improbidade Administrativa e tornando-se réu em Ação de Improbidade. De tal modo, ajuizou reclamação no Supremo Tribunal Federal (2138-DF), onde o STF reconheceu, por maioria, que Ministro de Estado trata-se de agente político respondendo por crime de responsabilidade nos termos da lei 1.079/50. Logo, não poderia responder como réu em ação de improbidade, sob pena de ocorrer *bis in idem*.¹⁵

O acórdão da Reclamação 2138-DF a seguir ementado¹⁶, leciona com maestria:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 28ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 1120.

¹⁵ STF, Recl. 2.138-DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 13.6.2007 (Informativo STF nº 471, jun. 2007).

¹⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+2138%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+2138%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/alljqxa>>. Acesso em: 11 abr. 17.

POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. Questão de ordem rejeitada. (...) II. MÉRITO. II.1.Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2.Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição. II.3.Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II.4.Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5.Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de

responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (Rcl 2138, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-01 PP-00094 RTJ VOL-00211-01 PP-00058)

Por fim, o art. 3º da Lei 8.429/92 estabelece que terceiros que não se qualifiquem como agentes públicos, podem figurar como sujeito ativo do ato de improbidade:

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

Contudo, a Lei de Improbidade Administrativa só se aplica ao terceiro caso este esteja vinculado ao agente causador, induzindo, concorrendo ou se beneficiando do ato ímprobo. Portanto, é necessário a concomitante presença de um agente público no polo passivo da demanda, não figurando no polo passivo qualquer agente público, não há como o particular figurar sozinho como réu em Ação de Improbidade Administrativa.¹⁷

Sob a égide do art. 3º da Lei de Improbidade, não se pode fazer uma interpretação ampliativa, uma vez que a conduta descrita no dispositivo é somente “induzir”, “concorrer” ou se beneficiar direta ou indiretamente de ato de improbidade. Ademais, tais condutas pressupõem dolo para ocorrer, logo, incompatível com atos culposos, quanto mais com condutas desprovidas de elemento subjetivo.

Outrossim, Carvalho Filho leciona que “o terceiro jamais poderá ser pessoa jurídica. As condutas de indução e colaboração para a improbidade são próprias de pessoas físicas” e em relação aos benefícios indevidos, a pessoa jurídica pode ser o destinatário deles, contudo, é a pessoa física quem orquestra o ato de improbidade juntamente com o agente público.¹⁸

¹⁷ STJ, REsp 1155992/PA, Rel. Min. Herman Benjamin, publ. em 1º.7.10.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 28ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 1122.

1.1 Dos Atos de Improbidade Administrativa

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto em sua obra “Curso de Direito Administrativo”, na Ação de Improbidade Administrativa há dois fatores principais a serem levados em consideração, a caracterização do ato de improbidade, bem como, a responsabilização do agente, esta, contida no efetivo cumprimento do procedimento previsto entre os arts. 14 e 18 da Lei nº 8.429/92.¹⁹

Nesta toada, Diogo de Figueiredo defende que a Improbidade Administrativa resta caracterizada quando se aperfeiçoam três espécies de atos de improbidade, elencados entre os arts. 9 e 11 da LIA: os “que importam enriquecimento ilícito”, os “que causam prejuízo ao erário” ou “que atentam contra os princípios da Administração Pública”.²⁰

Carvalho Filho defende que as condutas descritas no *caput* dos referidos artigos são condutas genéricas, enquanto seus incisos trazem as condutas específicas. Contudo, o Autor leciona que tais condutas específicas contidas nos incisos vêm em rol exemplificativo, de onde se pode extrair casos análogos.²¹

1.1.1 Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito

São atos de Improbidade Administrativa que importam em enriquecimento ilícito aqueles em que o agente 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 de Improbidade Administrativa, na forma dos incisos do art. 9, *caput*, Lei nº 8.429/92.²²

O art. 9º possui como bem jurídico tutelado o enriquecimento legítimo, sendo que não há necessidade que haja dano ao erário para que a improbidade se caracterize. A conduta prevista no dispositivo não comporta omissão, sendo sempre uma conduta comissiva.²³

Hely Lopes Meirelles destaca o inciso VII do art. 9 da LIA, lecionando que possui um amplo alcance, pois, até mesmo, inverte-se o ônus da prova, uma vez que para o autor da Ação

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 682.

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, obra citada, p. 682.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 28ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 1122-1123.

²² Art. 9, Lei nº 8.429/92. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 3 mai. 17.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos, obra citada, p. 1123-1124.

sempre se demonstra difícil a comprovação do enriquecimento descrito no dispositivo. Desta forma, “quando desproporcional, o enriquecimento é presumido como ilícito, cabendo ao agente público a prova de que ele foi lícito”, devendo demonstrar sua origem.²⁴

O STJ entendeu que os atos de improbidade previstos no art. 9 só se configuram se houver dolo, não admitindo a conduta culposa para sua tipificação.²⁵

1.1.2 Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

São atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário aqueles em que há 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 da Lei de Improbidade Administrativa, na forma dos incisos do art. 10, caput, Lei nº 8.429/92.²⁶

Possui como objeto da tutela a preservação do patrimônio público²⁷, sendo o prejuízo ao erário essencial para se tipificar o ato de improbidade²⁸.

In casu, diferentemente do que ocorre com os arts. 9 e 11, o elemento subjetivo comporta o dolo ou culpa, já que o art. 10 é expresso ao prever a ação ou omissão dolosa ou culposa para sua tipificação. Admite-se tal disposição em razão de certas condutas culposas originarem consequências mais danosas até mesmo que determinadas condutas dolosas.²⁹

1.1.2.1 Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário

Novidade legislativa trazida pela Lei Complementar nº 157 de 2016 que incluiu o art. 10-A na Lei de Improbidade Administrativa e classificou como ato ímprobo “qualquer ação ou

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**, 39ª edição, São Paulo: Malheiros, 2013. p. 572-573.

²⁵ STJ, EREsp 479.812/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, publ. em 27.9.10 e EREsp 875.163/RS, Rel. Min. Mauro Campbell, publ. em 30.6.10. No mesmo sentido, CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 28ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 1123.

²⁶ Art. 10, Lei nº 8.429/92. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 3 mai. 17.

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 28ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 1124.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes, obra citada, p. 572. No mesmo sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1032 e a decisão do STJ no REsp 678.115/RS, 1ª turma, Rel. Min. Denise Arruda, publ. em 29.11.07.

²⁹ STJ, EREsp 479.812/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, publ. em 27.9.10 e EREsp 875.163/RS, Rel. Min. Mauro Campbell, publ. em 30.6.10. No mesmo sentido, CARVALHO FILHO, José dos Santos, obra citada, p. 1125.

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”³⁰.

1.1.3 Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Por fim, são atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública aqueles em que há qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, na forma dos incisos do art. 11, caput, Lei nº 8.429/92.³¹

O intuito do dispositivo é a tutela e preservação dos princípios gerais da administração constitucionalmente previstos.³² Assim como ocorre no art. 9º, o entendimento do STJ é de que os atos de improbidade previstos no art. 11 só se configuram se houver dolo, não admitindo a conduta culposa para sua tipificação.³³

1.1.4 Das Sanções

As sanções aos atos de improbidade administrativa possuem previsão constitucional. O art. 37, §4º da Carta Magna prevê (i) a suspensão dos direitos políticos, (ii) a perda da função pública, (iii) a indisponibilidade dos bens e (iv) o ressarcimento ao erário. Trata-se de sanções com natureza extrapenal, logo, possuem caráter de sanção civil.

Ainda que a Constituição Federal tenha trago uma relação mínima de sanções, perfeitamente possível a ampliação das penalidades pela Lei 8.429/92, posto que não há limitação pela Constituição e “porque a lei é o instrumento idôneo para sua instituição”.³⁴

Nestes termos, aqueles que praticarem os comportamentos previstos como atos de Improbidade Administrativa, sujeitam-se - além das sanções penais, civis ou administrativas - às penas do art. 12 da LIA. Cada inciso do dispositivo trata de uma determinada modalidade de

³⁰ Art. 10-Aº, Lei nº 8.429/92. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 3 mai. 17.

³¹ Art. 11, Lei nº 8.429/92. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 3 mai. 17.

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 28ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 1127.

³³ STJ, EREsp 479.812/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, publ. em 27.9.10 e EREsp 875.163/RS, Rel. Min. Mauro Campbell, publ. em 30.6.10.

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos, obra citada, p. 1130.

improbidade, de modo que os incisos I, II e III se aplicam aos casos dos arts. 9º, 10º e 11º, respectivamente.

As sanções previstas são praticamente as mesmas, variando em função de tempo ou valores, sendo elas: (i) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (ii) ressarcimento integral do dano; (iii) perda da função pública, (iv) suspensão dos direitos políticos (máximo de 8 a 10 e mínimo de 3 a 5 anos); (v) pagamento de multa civil (máximo de 3 vezes o valor do acréscimo patrimonial e o mínimo de 100 vezes a remuneração do agente); (vi) proibição de contratar com o Poder Público; (vii) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (máximo de 10 e mínimo de 3 anos).

Em que pese as disposições do art. 12, este tornou os arts. 5 e 6 da Lei 8.429/92 inócuos, uma vez que tais artigos, em desnecessária repetição, também preveem o ressarcimento integral do dano e a perda de bens ou valores acrescidos indevidamente ao patrimônio.³⁵

Quanto à aplicabilidade das sanções, inicialmente, deve-se observar a gravidade do fato e o princípio da proporcionalidade, visto que, a depender do inciso do art. 12 de correlação ao ato de improbidade, será atribuído mais ou menos valor e/ou tempo à penalidade.³⁶ O parágrafo único do art. 12 trata da dosimetria da sanção e estabelece que o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Neste seguimento, deve-se destacar que é possível que uma mesma ação ou omissão se enquadre nas três modalidades de atos de improbidade, em hipótese de “ofensas simultâneas”. Caso somente uma conduta ofenda simultaneamente mais de uma espécie de improbidade, deve-se aplicar o princípio da subsunção em que a conduta e sanção mais graves absorvem a de menor gravidade.³⁷ No caso de ocorrerem várias condutas, as sanções são cabíveis de forma cumulativa.³⁸

Uma vez que se caracterize o ato de Improbidade Administrativa e a fim de que se aplique as sanções supracitadas, o Capítulo V da Lei de Improbidade Administrativa traz seu Procedimento Administrativo preparatório e posterior Processo Judicial.

Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. Instaurado o processo administrativo e havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 28ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 1129.

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos, obra citada, p. 1130.

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos, obra citada, p. 1132-1133 e PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **DIREITO ADMINISTRATIVO**, 27ª edição, São Paulo: Atlas, 2014. p. 922.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos, obra citada, p. 1132-1133 e JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1036.

representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. Se não intervir no processo como parte, o Ministério Público, atuará obrigatoriamente, como *custos legis*, sob pena de nulidade.³⁹

2 Da Prescrição na Ação de Improbidade Administrativa

*“Dormientibus non succurrit jus.”*⁴⁰

A fim de evitar que se perpetuem instabilidades nas relações jurídicas e impedir a insegurança, ou seja, atender ao princípio da segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais, surge o instituto jurídico da prescrição que gera a extinção do direito de ação através do decurso do tempo por inércia de seu titular, que não o exerceu dentro deste prazo legal. De tal forma, pune o interessado por sua negligência impedindo-o de exercer seu direito.

O Código Civil prevê que violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, em dez anos, quando a lei não tenha fixado prazo menor.⁴¹ A prescrição, portanto, tem por objeto a pretensão. Somente pode ser estabelecida por lei federal, estando sujeita a impedimento, suspensão e interrupção.

O lapso de tempo e a inércia caminham diretamente ao encontro da pretensão de tutela de um direito violado, o que causa sua perda e extinção em razão da falta de ação judicial, caracterizando a prescrição.

Neste sentido, há a busca para se assegurar o princípio da segurança jurídica, impedindo que certos casos permaneçam indeterminados por períodos longos e que, com o passar do tempo, percam a necessidade e interesse de proteção ao direito ou até mesmo que esse direito tenha se estabilizado em sentido diverso.⁴²

Importante destacar que a regra é a prescrição, enquanto a imprescritibilidade é exceção, somente sendo admitida em casos que for prevista expressamente. Sobrepesando a proteção aos princípios da segurança jurídica e da proteção ao patrimônio público e entendendo ser mais

³⁹ Arts. 14-17, Lei nº 8.429/92. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 13 mai. 17.

⁴⁰ “O direito não socorre a quem dorme.”

⁴¹ Art. 189 c/c 205, Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 mai. 17

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PRESCRIÇÃO E OUTROS PRAZOS EXTINTIVOS**, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2016. p. 6-7.

relevante, o Constituinte optou por privilegiar o patrimônio público, excepcionando a regra da prescrição no caso.

As normas relativas à prescrição na Improbidade Administrativa são trazidas pelos arts. 23 da Lei de Improbidade Administrativa e 37, §5º da Constituição Federal.

A Carta Magna prevê que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente público que causem prejuízos ao erário. Nestes termos, o art. 23, Lei 8.429/92 estabelece o prazo quinquenal para a prescrição da ação que corre (i) após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança ou (ii) da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no art. 1º, par. ún. ou (iii) 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.⁴³

Contudo, o art. 37, §5º, *in fine*, estabelece a ressalva quanto à ação de ressarcimento ao erário. Assim, à luz do art. 23 da Lei de Improbidade ocorre a prescrição nos prazos temporais elencados em seus incisos e aplicados ao art. 12, que cuida das demais sanções. Não obstante, tais prazos não se aplicam às ações de ressarcimento.

Hodiernamente, a discussão acerca da imprescritibilidade ou não das ações ressarcitórias vem ganhando forças, o que fez, inclusive, o STF reconhecer a tese de repercussão geral no RE 852.475/SP (Tema 897): *São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa, independentemente de prévia declaração do ato como ímprobo e do agente que o pratique, servidor ou não.* (Grifamos)

Ainda que entendamos pela tese da imprescritibilidade em interpretação da norma constitucional, concluindo ser a mais indicada, nada nos impede, até pelo amor ao debate, de apontar suas falhas. Desta forma, buscaremos apontar os principais argumentos de ambas as teses.

⁴³ Art. 23, Lei nº 8.429/92. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 22 mai. 17.

2.1 Da Prescritibilidade do Ressarcimento do Dano ao Erário Decorrente de Ato de Improbidade Administrativa

2.1.1 Da Tese da Prescritibilidade

Aqueles que defendem a tese da prescritibilidade sustentam que a prescrição é meio de garantir a paz e segurança nas relações sociais, uma vez que impede que as questões permaneçam perpetuamente em aberto. Ademais, aduzem que a prescrição confere segurança jurídica, de modo a assegurar a previsibilidade e reduzir as incertezas na atividade jurídica do Estado.⁴⁴

É o novo entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello a partir da 27ª edição de seu *Curso de Direito Administrativo*, a partir do qual afirma que aderiria à tese da imprescritibilidade com “desconforto”, alegando ser desacertada a solução normativa. Em sua exposição, o Autor contesta o fato de os herdeiros do agente causador de dano ao erário poderem ser acionados pelo Estado, o que geraria ainda mais insegurança jurídica.

Não obstante o entendimento anterior, reconsiderou sua posição após ouvir a exposição de Emerson Gabardo no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, ao passo que começou a advogar no sentido que a imprescritibilidade das ações de ressarcimento minimizariam ou, até mesmo, eliminariam o direito de defesa do agente ímprobo. Aduz que ninguém guarda material probatório “além de um prazo razoável” e “não demasiadamente longo” e que, em contrapartida, a Administração pode manter por um longo tempo documentação em seus arquivos, de forma que os administrados ficariam desfavoráveis em suas argumentações.⁴⁵

Não se pode exigir do agente, servidor ou não, ficar permanentemente sujeito à sanção por ato de improbidade praticado há muito tempo, permitindo que o Estado, titular da Ação, se locuplete de sua própria negligência e inércia. Outrossim, esse privilégio não condiz com a

⁴⁴ Nesse sentido, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 31ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1082-1083; OSORIO, Fabio Medina. **DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 541; PAZZAGLINI FILHO, Marino. **LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMENTADA: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS, ADMINISTRATIVOS, CIVIS, CRIMINAIS, PROCESSUAIS E DE RESPONSABILIDADE FISCAL**. 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2009. p. 231; TOURINHO, Rita. **A PRESCRIÇÃO E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**. Salvador, Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 12, out.-dez., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-12-OUTUBRO-2007-RITA%20TOURINHO.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 31ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1082-1083.

modernidade jurídica, em que o interessado na pretensão é punido por sua negligência e inércia através da extinção do direito de ação pelo decurso do tempo.

Repise-se, a imprescritibilidade é exceção à regra geral da prescrição. Em outras palavras, o ressarcimento ao dano seria sujeito ao prazo prescricional, salvo se por disposição expressa a Lei estabelecer que tal pretensão é imprescritível.

Nestes termos, alguns Autores defendem que o §5º do art. 37 da Constituição Federal não estabelece taxativamente que a prescrição não alcança as ações ressarcitórias e, conseqüentemente, a ausência desta previsão expressa tornaria verdadeiro exagero qualquer interpretação ou analogia em favor da imprescritibilidade.⁴⁶ Outrossim, quando o quis, a Constituição estipulou expressamente a imprescritibilidade, casos dos incs. XLII e XLIV do art. 5º.

Marino Pazzaglini Filho, por sua vez, entende que não há colisão ou incompatibilidade da regra de prescrição entre o mandamento constitucional do art. 37, §5º, CF e art. 23, Lei de Improbidade Administrativa. O Autor alega que a prescrição quinquenal prevista no art. 23 da Lei de Improbidade diz respeito aos atos de improbidade e sanções aos agentes que lhe deram causa, contudo, não atingiria a pretensão de ressarcimento ao erário a ser pleiteada em ação civil autônoma, cujo único legitimado a promovê-la seria o ente público lesado e não o *Parquet*. Tal ação autônoma, portanto, estaria sujeita aos prazos prescricionais previstos no plano infraconstitucional, já que (i) a Constituição não estabelece taxativamente a imprescritibilidade e (ii) porque a prescrição atinge todas as ações patrimoniais, não podendo as relações entre os particulares e Estado ficarem indefinidas e instáveis no tempo.⁴⁷

Rita Tourinho⁴⁸, entende que apesar de a Constituição Federal haver excluído a ação de ressarcimento do prazo prescricional a ser estabelecido por lei, não previu expressamente a imprescritibilidade, afirmando que a Constituição intencionou que não fossem estabelecidos prazos inferiores aos estabelecidos no Código Civil.

⁴⁶ É o entendimento de ROCHA, César Asfor. **BREVES REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**, 1ª edição, Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 44-45. Também neste sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; PAZZAGLINI FILHO, Marino; TOURINHO, Rita.

⁴⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMENTADA: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS, ADMINISTRATIVOS, CIVIS, CRIMINAIS, PROCESSUAIS E DE RESPONSABILIDADE FISCAL**. 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2009. p. 231-233.

⁴⁸ TOURINHO, Rita. **A PRESCRIÇÃO E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**. Salvador, Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 12, out.-dez., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-12-OUTUBRO-2007-RITA%20TOURINHO.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2017. No mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. **AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO**. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, nº 27, p. 37-80, 2005. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista27.asp>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

A doutrina que advoga a favor da prescrição da pretensão de ressarcimento do dano ao erário, a fim de sustentar a tese da prescritibilidade, cita a inteligência de Fábio Medina Osório⁴⁹, Autor que defende a prescrição em atendimento ao princípio da segurança jurídica, alegando que “ninguém pode ficar à mercê de ações judiciais ou administrativas por tempo e prazos indefinidos” ou, até mesmo, perpétuos. Vejamos:

“Até mesmo um crime de homicídio (art. 121, caput, CP) sujeita-se a prazo prescricional. Por que uma ação por danos materiais ao erário escaparia desse tratamento? Dir-se-á que essa medida não constitui uma ‘sanção’, eis a resposta. Sem embargo, tal medida ostenta efeitos importantes e um caráter nitidamente ‘aflictivo’ de um ponto de vista prático. Ademais, gera uma intolerável insegurança jurídica a ausência de qualquer prazo prescricional.”

Em arremate, para os Autores que advogam pela prescritibilidade da ação ressarcitória, entendimento contrário representa uma incompatibilidade com a ordem constitucional, já que conforme demonstrado, inadmissível garantir até mesmo ao ente público inerte (titular do direito) o benefício da perpetuidade desses direitos. Nesse sentido, há afronta ao princípio constitucional da segurança jurídica, primazia do Estado Democrático de Direito.

2.1.2 Da Tese da Imprescritibilidade

Não obstante entendermos ser o instituto da prescrição de suma importância para a ordem jurídica, como não poderia deixar de ser, algumas pretensões são protegidas pela imprescritibilidade, não sendo afetadas pela inércia do seu titular ou decurso do tempo.

Dentre as hipóteses de exceção à regra da prescrição, está o art. 37, §5º da Constituição Federal que estabelece a imprescritibilidade das ações de ressarcimento do dano ao erário e atribui à legislação infraconstitucional a fixação dos prazos de prescrição para os demais ilícitos.

A Constituição admite que a pretensão de punição dos atos de improbidade seja atingida por limites e barreiras pelo decurso do tempo, contudo, o titular que perdeu o direito de tutelá-lo, não será punido no que toca o ressarcimento ao Erário, por isso, seja imune à prescrição.⁵⁰

⁴⁹ OSORIO, Fabio Medina. **DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 540-541.

⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PRESCRIÇÃO E OUTROS PRAZOS EXTINTIVOS**, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2016. p. 106.

Na hipótese, em sede de Ação de Improbidade Administrativa, ainda que considerado prescrito o pedido relativo às demais sanções que não o ressarcimento de danos ao erário, a última não será afetada.⁵¹

Corrente majoritária em nossa doutrina e jurisprudência é a que defende esta imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário decorrente de atos de improbidade administrativa, de acordo com ressalva expressa da norma constitucional, logo, inafastável.⁵²

Com a ressalva, é clara a posição do legislador em atribuir maior importância à proteção da moralidade e ao patrimônio público, não permitindo que sua recomposição fique aos caprichos da Administração, de forma que não fixe prazos de prescrição da pretensão do ressarcimento, ainda que a Administração seja inerte na busca de sua tutela.

Historicamente a opção do Constituinte é pela imprescritibilidade do ressarcimento, uma vez que em anteprojetos e projetos anteriores ao texto definitivo da Constituição Federal de 1988 a redação da norma não ensejava qualquer dúvida ou interpretação dúbia.

Isto posto, o Constituinte Originário estabelecia: *a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, que serão imprescritíveis.*⁵³ (Grifamos)

Inclusive, em textos ainda mais primitivos, trabalhava-se com a ideia de ampliar a aplicação da imprescritibilidade, ao passo que previa que: *são imprescritíveis os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor público ou não, que causem prejuízo ao erário, bem como as respectivas ações de ressarcimento.*⁵⁴ (Grifamos)

Evidente que a verdadeira intenção do legislador foi a de conferir maior proteção ao erário por meio da imprescritibilidade, de forma que não podemos inferir da supressão da

⁵¹ STJ, REsp 1.089.492, Rel. Min. LUIZ FUX, em 4.11.2010.

⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 28ª edição, São Paulo: Atlas, 2015. p. 1147; GARCIA, Emerson; ALVEZ, Rogério Pacheco. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013. p. 712-714; MEIRELLES, Hely Lopes. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**, 39ª edição, São Paulo: Malheiros, 2013. p. 572; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **MANUAL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**, 5ª edição, São Paulo: Método, 2017. p. 115-119; PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **DIREITO ADMINISTRATIVO**, 27ª edição, São Paulo: Atlas, 2014. p. 926. etc.

⁵³ Art. 43, §4º do Substitutivo 2 (18/9/1987) na Comissão de Sistematização que perdurou até o art. 38, §5º do Projeto B (5/7/1988) no início do 2º Turno do Plenário, posteriormente confirmado no atual texto do art. 37, §5º. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 17.

⁵⁴ Art. 81, §2º. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-226.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 17.

previsão expressa da imprescritibilidade (“que serão imprescritíveis”) como sua abdicação, até porque, a própria ressalva não foi suprimida.

Inegável que melhor seria que previsão fosse preservada para que não houvesse qualquer dúvida, mas sua ausência não altera a intenção original do Constituinte. Em outras palavras, a ressalva só pode ser interpretada no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, não cabendo ao legislador ou intérprete a restrição do alcance da norma constitucional, que resultaria em desrespeito à Constituição e princípios da moralidade e supremacia do interesse público.

Outrossim, A norma está contida no capítulo destinado à Administração Pública, de modo que, segundo Carvalho Filho, o intérprete deve “*extrair a intentio do Constituinte à luz dos princípios e regras que regem a matéria e, inclusive, com destaque à proteção do patrimônio público, o que se configura como evidente e constante preocupação da Lei Maior*”.⁵⁵ (Grifamos)

Em irretocável refutação àqueles que aduzem que a exegese da norma é elemento dispensável para aplicação da ressalva *in fine* do §5º do art. 37 e que o dispositivo não estabelece de forma expressa a imprescritibilidade, Emerson Garcia leciona que:

“Atribuir ao intérprete uma função de mero conhecimento da ‘previsão expressa’ contida na Constituição significa ignorar que texto e norma não apresentam uma relação de sobreposição entre si. Em verdade, cabe ao intérprete desenvolver uma atividade intelectual em que promove, à luz de teorias e métodos específicos, a interação entre texto e contexto, de modo a adjudicar, ao final desse processo, um significado ao enunciado linguístico interpretado. (...) A norma não é interpretada, é obtida a partir da interpretação, não havendo texto normativo que não careça de interpretação. (...) asseverar que o não emprego do signo ‘imprescritível’, no § 5º do art. 37 da Constituição de 1988, impede o reconhecimento da imprescritibilidade, é elevar a reverência ao formalismo a um extremo ao qual nem mesmo os formalistas contemporâneos ousaram chegar. De nossa parte, não conseguimos visualizar distinção substancial entre o comando que *permite* o ingresso na casa alheia na hipótese de flagrante e o comando que *veda* o ingresso na casa alheia, *ressalvada* a hipótese de flagrante. A ressalva, nesse último caso, evidencia

⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PRESCRIÇÃO E OUTROS PRAZOS EXTINTIVOS**, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2016. p. 246.

uma exceção à regra, sendo delineada uma permissão a partir de um comando geral de vedação.”⁵⁶

Os Tribunais Superiores, por sua vez, também consagraram o entendimento de que a pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao erário é imprescritível:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. Incidência, no caso, do disposto no artigo 37, § 5º, da Constituição do Brasil, no que respeita à alegada prescrição. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 608.831, Relator Ministro EROS GRAU, Segunda Turma, DJe 24 jun. 2010.)

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. CONTRATO. SERVIÇOS DE MÃO DE OBRA SEM LICITAÇÃO. RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO. ART. 37, §5º, DA CF. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. As ações que visam ao ressarcimento do erário são imprescritíveis (artigo 37, parágrafo 5º, in fine, da CF). Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 712.435 AgR, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 11 abr. 2012.)

ACP. PLEITO RESSARCITÓRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. Na espécie, o tribunal a quo entendeu que, remanescendo, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o pleito ressarcitório, este, por ser imprescritível, pode ser buscado em ação autônoma. É pacífico no STJ que as sanções previstas no art. 12 e incisos da Lei n. 8.429/1992 prescrevem em cinco anos, o que não ocorre com a reparação do dano ao erário por ser imprescritível a pretensão ressarcitória nos termos do art. 37, §5º, da CF/1988. Assim, quando autorizada a cumulação do pedido condenatório e do ressarcitório em ação por improbidade administrativa, a rejeição do pedido condenatório abarcado pela prescrição não impede o prosseguimento da demanda quanto ao segundo pedido em razão de sua imprescritibilidade. Com

⁵⁶ GARCIA, Emerson; ALVEZ, Rogério Pacheco. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013. p. 712-713.

essas considerações, a Turma deu provimento ao recurso do MPF para determinar o prosseguimento da ação civil pública por ato de improbidade no que se refere ao pleito de ressarcimento de danos ao erário. Precedentes citados: AgRg no REsp 1.038.103-SP, DJe 4/5/2009; REsp 1.067.561-AM, DJe 27/2/2009; REsp 801.846-AM, DJe 12/2/2009; REsp 902.166-SP, DJe 4/5/2009, e REsp 1.107.833-SP, DJe 18/9/2009. (STJ, REsp 1.089.492-RO, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 4/11/2010).⁵⁷

Do mesmo modo, o TCU consagrou na Súmula nº 282 que “as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”.

Trata-se, além da proteção ao erário, também, à da probidade administrativa e moralidade, ambas matérias de interesse difuso, de modo que quaisquer danos ao patrimônio público afetem a moralidade administrativa e toda a sociedade, retirando desta seu poder de tutela de dispor sobre este direito.

Assim, a proteção do patrimônio público, de interesse público indisponível,⁵⁸ justifica a máxima proteção possível, logo, a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória em defesa à supremacia do interesse público.

Ora, se o agente causou dano ao erário - tesouro da própria sociedade, construído com seus esforços e sacrifícios - ferindo o interesse da coletividade, nada mais justo que não haver limite de prazo para ajuizar a ação de ressarcimento, de modo que o agente ímprobo arque com o direito da reivindicação do ressarcimento e suporte o ônus probatório de maneira indefinida.⁵⁹ Ainda que se evoque atenção ao princípio da segurança jurídica, não se pode admitir que o patrimônio público, composto pela contribuição da sociedade, seja dilapidado e que permaneçam os atos impunes em razão da prescrição.

Assim, utilizando da hermenêutica no §5º do art. 37, CF devemos entender que a excepcionalidade à prescrição não mitiga o princípio da segurança jurídica, só transfere sua titularidade do particular à sociedade a fim de que prevaleça o interesse público em face do interesse particular do agente ímprobo.⁶⁰ O que há é a ponderação entre os princípios

⁵⁷ Informativo de Jurisprudência do STJ 454.

⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PRESCRIÇÃO E OUTROS PRAZOS EXTINTIVOS**, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2016. p. 247.

⁵⁹ No mesmo sentido CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 28ª edição, São Paulo: Atlas, 2015. p. 1147.

⁶⁰ É a posição de Rodrigo Janot em Parecer da Procuradoria-Geral da República no RE 852.475/SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>>. Acesso em: 7 jun. 17.

constitucionais da segurança jurídica e da proteção do patrimônio público, de forma que o Constituinte preferiu que prevalecesse o último.

Em outras palavras, entre prevalecer a segurança jurídica do indivíduo em não devolver ao Estado do que se locupletou – em razão do decurso do prazo prescricional -, fez-se prevalecer a segurança jurídica da sociedade em poder reaver, a qualquer tempo, o que lhe foi subtraído ilicitamente. Ou seja, eventual inércia do Estado quanto a pretensão do ressarcimento ao erário, torna-se irrelevante frente a um valor maior como a proteção ao erário.

Entendemos que tal preponderância se revela condizente ao nosso Ordenamento Jurídico, já que o regime jurídico aplicável ao erário é de direito público em que há prerrogativas especiais de proteção inexistentes no direito privado, onde o interesse privado sobreleva ao público. Uma dessas prerrogativas especiais é a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória, que espelha proteção a direito da própria coletividade, prevalecendo o interesse público sobre o privado.⁶¹

Em arremate, não ocorrendo prescrição, é permanente o direito do ente público lesado para reaver o que foi ilicitamente subtraído pelo agente ímprobo.

Por fim, à guisa de dirimir qualquer dúvida, importante frisar que não se trata, *in casu*, da prescrição do ressarcimento de danos causados à Fazenda Pública decorrentes de ilícito civil, na qual, caso o Erário sofra um dano em razão deste ilícito civil o Poder Público deverá intentar a ação de ressarcimento dentro do prazo prescricional previsto em lei.

Isto é, só é alcançado pela prescrição o ressarcimento dos danos causados à Fazenda Pública por atos decorrentes de **ilícito civil**, não havendo que se falar em aplicação dessa tese – até porque não há equiparação entre os danos - em relação aos prejuízos causados por **atos de improbidade administrativa**. (Grifamos)

É o entendimento do STF, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, relatoria do Ministro Teori Zavascki, no RE 669.069/MG (Tema 666) com repercussão geral, entendendo que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”⁶² em acórdão assim ementado:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda

⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PRESCRIÇÃO E OUTROS PRAZOS EXTINTIVOS**, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2016. p. 248.

⁶² Foi a posição adotada, por maioria, pelo STF no RE 669.069-MG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, em 3.2.2016.

Pública decorrente de ilícito civil. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 669069, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016)

Considerações Finais

Com o presente trabalho buscamos expor as duas correntes dominantes que tratam acerca da prescritibilidade ou não da ação de ressarcimento de danos causados ao erário decorrente de ato de improbidade administrativa, procurando apontar suas principais diferenças e visões.

De fato, forçoso reconhecer que a redação da norma que institui a imprescritibilidade, o art. 37, § 5º da Constituição Federal, não é das mais precisas, mas, como demonstramos, a única interpretação possível de se extrair do dispositivo é neste sentido, ainda mais se levarmos em consideração que a Lei não contém palavras inúteis.

Ainda que entendamos pela imprescritibilidade das ações ressarcitórias, não podemos deixar de reconhecer suas falhas. Evidente que a não atribuição do instituto da prescrição pode vir a representar insegurança e instabilidade das relações jurídicas em razão da perpetuidade de situações no tempo.

Sem embargo deste pensamento, o próprio reconhecimento da prescrição representa ofensa aos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público. Havendo colisão entre princípios, devemos realizar uma ponderação entre valores e reconhecer que os princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público devem preponderar sobre o da segurança jurídica, uma vez que aquele se demonstra indissociável do próprio Estado Democrático de Direito.

O direito não pode socorrer a quem dorme, devolvendo ao titular da pretensão o direito que perdeu, premiando-o por sua inércia. Não obstante, muito mais grave é a impunidade em razão da morosidade da justiça ou dos ardis de uma das partes, sendo a imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário o meio assecuratório da restituição à própria sociedade do que lhe foi locupletado.

Assim, imperioso reconhecer que a tese da imprescritibilidade é a mais apropriada nos casos em que se configure lesão aos cofres públicos, data venia àqueles que entendem pela prescrição da ação ressarcitória.

Referências bibliográficas

Obras pesquisadas:

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 31ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PRESCRIÇÃO E OUTROS PRAZOS EXTINTIVOS**, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 28ª edição, São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA, Emerson; ALVEZ, Rogério Pacheco. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO**. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, nº 27, p. 37-80, 2005. Disponível em: < <http://www.ablj.org.br/revistas/revista27.asp>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**, 39ª edição, São Paulo: Malheiros, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **MANUAL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**, 5ª edição, São Paulo: Método, 2017.

OSORIO, Fabio Medina. **DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMENTADA: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS, ADMINISTRATIVOS, CIVIS, CRIMINAIS, PROCESSUAIS E DE RESPONSABILIDADE FISCAL**. 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **DIREITO ADMINISTRATIVO**, 27ª edição, São Paulo: Atlas, 2014.

ROCHA, César Asfor. **BREVES REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**, 1ª edição, Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

TOURINHO, Rita. **A PRESCRIÇÃO E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**. Salvador, Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 12, out.-dez., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-12-OUTUBRO-2007-RITA%20TOURINHO.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

Sites pesquisados:

<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-226.pdf>>.

Acesso em: 3 jun. 17

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

<http://www.senado.gov.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf>>.

Acesso em: 3 jun. 17.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rc1%24%2ESCLA%2E+E+2138%2ENUME%2E%29+OU+%28Rc1%2EACMS%2E+ADJ2+2138%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/alljqxa>>. Acesso em: 11 abr. 17.

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>>. Acesso em: 10 mar. 17.

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4189164>>. Acesso em: 10 mar. 17.

**Universidade Federal Fluminense
Superintendência de Documentação
Biblioteca da Faculdade de Direito**

Mello, Lucas Licy Ribeiro.

Da imprescritibilidade do ressarcimento do dano ao erário decorrente do ato de improbidade administrativa / Lucas Licy Ribeiro Mello. – Niterói, 2017.

1. Improbidade administrativa. 2. Prescrição. 3. Crime contra a administração pública. 4. Reparação do dano.

Indexação – Artigo Científico

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

FACULDADE DE DIREITO-COORDENAÇÃO DO CURSO DE GRADUAÇÃO

ATA DE DEFESA-TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

Aos 29 dias do mês de Junho do ano de 2017, reuniram-se os membros da banca




examinadora composta pelos professores abaixo relacionados para examinar e avaliar a defesa oral do trabalho intitulado

Da imprescindibilidade do nascimento do dono ao ganho decorrente de ato de improbidade
Administrativa

Apresentado pelo(o) discente Lucas Licy Ribeiro Mello matrícula nº 212007358.

no Curso de Bacharelado em Direito desta Faculdade, que teve como orientador o(a) professor (a) Marcelo Martins Sison.

Após a apresentação do trabalho os membros da Banca Examinadora atribuíram as seguintes notas:

SIAPÉ DO PROFESSOR	NOME DO PROFESSOR	NOTA ATRIBUÍDA	ASSINATURA DO PROFESSOR
306214	WANDER MARTINS JR	10,0	
311645	CLAUDIA GERARDIA BEOLIVE	10,0	
0310802	JULIANO DE BRASIL CAMARGO	10,0	
MÉDIA FINAL		10,0	

Desta forma o trabalho foi () APROVADO COM INDICAÇÃO DE CONSULTA PARA OUTROS TRABALHOS. (X) APROVADO.

() APROVADO COM RESTRIÇÕES-Anexar relatório com as justificativas- () REPROVADO