



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
Coordenação de Atividades Complementares e Monografia Jurídica

WERBSTER CAMPOS TAVARES

ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A CONTROVERSA
IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO
ERÁRIO: ASPECTOS DO ART. 37, § 5º DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL

FORTALEZA
2009

WERBSTER CAMPOS TAVARES

**ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A CONTROVERSA
IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO
ERÁRIO: ASPECTOS DO ART. 37, § 5º DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL**

Trabalho de Conclusão submetido à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), como requisito parcial à obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho

**FORTALEZA
2009**

WERBSTER CAMPOS TAVARES

**ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A CONTROVERSA
IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO:
ASPECTOS DO ART. 37, § 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Fortaleza (CE), 18 / 11 / 2009

BANCA EXAMINADORA

Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho

Universidade Federal do Ceará (orientador)

Prof^a. Wagneriana Lima Temóteo

Universidade Federal do Ceará

Prof^a. Ms. Janaína Soares Noletto Castelo Branco

Universidade Federal do Ceará

Às minhas avós, Eunice e Virgínia (in memoriam).

Aos meus pais, Geraldo e Francinice.

À Joana Angélica.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sua infinita bondade em minha existência.

Aos meus pais, pelas inestimáveis lições e exemplos que, certamente, me guiaram e sempre refletirão seu amor e incentivo incondicionais.

À Joana Angélica Menezes Dantas, por todo o auxílio e carinho, e por tudo aquilo que não consigo expressar em palavras.

Ao professor orientador, Francisco de Araújo Macedo Filho, pelo estímulo a pesquisa e ensinamentos em sala de aula.

Às professoras Janaína Soares Noleto Castelo Branco e Wagneriana Lima Temóteo, que muito engrandeceram a banca examinadora deste trabalho, pelas valorosas críticas e sugestões formuladas.

Aos amigos, dos tempos de colégio, ou conhecidos durante a faculdade, pelo companheirismo e bons momentos compartilhados.

Aos colegas e supervisores de estágio na Procuradoria Federal no Estado do Ceará e no Ministério Público Federal, pela oportunidade.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a controvérsia existente em doutrina e jurisprudência quanto à interpretação do art. 37, §5º, da Constituição Federal (CF/88), principalmente no que se relaciona a suposta imprescritibilidade do exercício da pretensão de ressarcimento ao erário em casos de prática de ato de improbidade administrativa. Apresenta-se a posição predominante a qual compreende que a atual Constituição criou exceção à regra de prescrição para as sanções aplicáveis aos atos de improbidade (art. 23, Lei nº 8.429/92). Contudo, vê-se que tal idéia não se encontrava pacificada. Através de análise doutrinária e de estudo de casos, serão apresentadas as diferentes nuances dessa controvérsia, que parece ter sido solucionada quando o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão no Mandado de Segurança nº 26.210-9/DF.

Palavras-chave: improbidade administrativa; ressarcimento; imprescritibilidade.

ABSTRACT

This paper deals with the current controversy in doctrine and jurisprudence on the interpretation of art. 37, § 5 of the Federal Constitution (CF/88), mainly with regard to have supposed imprescriptibility of the claim for reimbursement to the Treasury in the event of his committing acts of administrative misconduct. It shows the predominant position which includes the current Constitution created exception to the rule of temporal lapsing for the applicable sanctions to the acts of improbity (art. 23 of the Law nº 8.429/92). Nevertheless, it is seen that this idea was not pacified. Through doctrinal analysis and case studies, the different nuances of the controversy will be presented, which seems to have been resolved when the Supreme Court (STF) pronounced decision on writ of injunction nº 26210-9/DF.

Keywords: administrative improbity; recovery; imprescriptibility.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ApCiv – Apelação Cível

art.(s) – artigo (s)

CC/16 – Código Civil de 1916

CC/02 – Código Civil de 2002

Cf. - confira

CF/88 – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

DJ – Diário de Justiça

DL – Decreto-Lei

Inc.(s) – inciso (s)

j. – julgamento

LIA – Lei de Improbidade Administrativa

Min. - Ministro

MP – Ministério Público

MPF – Ministério Público Federal

MS – Mandado de Segurança

p. - página

RE – Recurso Extraordinário

rel. – relator

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

T. - Turma

TCU – Tribunal de Contas da União

TJ – Tribunal de Justiça

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA.	16
3	A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	23
3.1	A LEI Nº 8.429/92 – CARACTERES ESSENCIAIS	23
3.1.1	Sujeitos – O agente ímprobo e o ente prejudicado	25
3.1.2	Modalidades – Artigos 9º a 11 da Lei nº 8.429/92	31
3.1.3	Elemento Subjetivo – Dolo ou Culpa	38
3.2	SANÇÕES IMPOSTAS EM RAZÃO DO MALFERIMENTO DA PROBIDADE .	41
3.2.1	Natureza jurídica	41
3.2.2	A previsão constitucional e a Lei nº 8.429/92	43
3.2.3	Os mecanismos administrativo e judicial de repressão ao ato de improbidade administrativa	51
3.2.4	A responsabilidade dos sucessores	57
4	A PRESCRIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	60
4.1	CONCEITO, FUNDAMENTO E OBJETO	60
4.1.1	O princípio da segurança jurídica	60
4.1.2	Caracteres essenciais	64
4.2	CRITÉRIOS DISTINTIVOS PARA O INSTITUTO DA DECADÊNCIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	68
4.3	A PRESCRIÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO	70
4.4	A PRESCRIÇÃO DAS SANÇÕES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	73
5	ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO ART. 37, §5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUANTO À PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO ..	78
5.1	O RESSARCIMENTO AO ERÁRIO	78
5.2	CRÍTICA À REDAÇÃO DO DISPOSITIVO	80
5.3	A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA	82

5.3.1	A imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento	82
5.3.2	A prescritibilidade em nome da segurança jurídica	85
5.4	O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)	94
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	101
7	BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	103
	ANEXO	111

1 INTRODUÇÃO

A moral e a probidade são princípios resguardados pelo ordenamento jurídico pátrio, de tal modo que a atual Carta Magna (CF/88) mostrou grande interesse em protegê-los, vez que estão consignados, expressamente, no *caput* de seu art. 37, sendo tratados como diretrizes básicas de orientação da atividade estatal.

Desse modo, inclinado a dotar a Administração Pública de instrumentos capazes de coibir práticas que colidam com mencionados princípios, o constituinte traçou, no §4º do aludido dispositivo, as conseqüências aos atos de improbidade administrativa, prevendo, outrossim, a criação de uma nova lei, pelo legislador infraconstitucional, que os regularia.

Houve a preocupação do constituinte com a proteção do patrimônio público, mormente com o efetivo atendimento aos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público.

Contudo, como toda pretensão, que surge, conforme prevê o art. 189 do Código Civil de 2002, a partir de violação do direito (*in casu*, a ocorrência de ato que malfere a probidade administrativa), o manejo dos veículos processuais cabíveis submete-se a prazo, o qual, uma vez findo, implica na sua extinção.

Tal instituto, fundado na necessidade de segurança nas relações jurídicas, é a prescrição, a qual consta da Teoria Geral do Direito e, por isso, irradia-se por todas as áreas deste.

No que toca à pretensão de cominar as sanções presentes na Lei de Improbidade Administrativa, o constituinte originário traçou a seguinte norma¹:

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

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 ago. 2009. (grifos nossos)

.....

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

O destaque da parte final do dispositivo citado foi proposital, pois é a redação de tal norma, nesse ponto, o ponto fulcral do trabalho que se desenvolverá: foi, ou não, consagrada regra de imprescritibilidade quanto à pretensão de ressarcimento ao erário?

Cumpre advertir, desde logo, que os primeiros comentadores do texto constitucional vigente já criticavam o texto em questão. Conforme esclarece Celso Ribeiro Bastos², *“é de lamentar-se a opção do constituinte por essa exceção à regra da imprescritibilidade, que é sempre encontrável relativamente ao exercício de todos os direitos”*.

A despeito de tal crítica, a norma em tela foi sendo interpretada e aplicada, continuamente, como definidora de regra de imprescritibilidade, havendo, em geral, poucas explicações quanto aos seus fundamentos.

Neste passo, quando de estágio realizado na Procuradoria da República no Estado do Ceará, deparamo-nos com inúmeras situações em que, embora plenamente caracterizado o ato de improbidade, não se afigurava mais possível a aplicação das correspondentes sanções, pelo decurso do lapso prescricional.

Entretanto, repita-se, por predominar a compreensão de que haveria a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, conquanto estivessem prescritas as outras sanções estabelecidas pelo art. 37, §4º, da Constituição Federal vigente (CF/88) e pelo art. 12 da Lei nº 8.429/92, o ente público prejudicado poderia acionar o poder jurisdicional competente com vistas a recompor o seu patrimônio.

Nesta senda, era necessária a comprovação de que o ente prejudicado tomou tal iniciativa para que fosse possível o arquivamento das investigações realizadas por unidade do *Parquet* Federal, sob pena de rejeição do ato do Procurador da República oficiante no caso.

² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3, t. III, p. 167.

O raciocínio acima estava contido na deliberação³ da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (5ª CCR/MPF), nos seguintes termos:

Enunciado nº 8: PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO. PRESCRIÇÃO. RESSARCIMENTO.

O MPF poderá promover o **arquivamento do PA ou do ICP** quando constatar a ocorrência de prescrição na forma do art. 23 da Lei nº 8429/92 e a adoção de medidas para o ressarcimento do dano. Referência: Ata da 487ª Reunião, em 26.06.2009.

Vê-se que sempre haveria a possibilidade de recompor os danos causados ao patrimônio público, ainda que o agente causador do dano estivesse livre de outras sanções⁴.

Contudo, tal entendimento, nos últimos anos, vem sendo objeto de questionamentos, dividindo-se a doutrina e a jurisprudência em duas amplas correntes: aqueles que sustentam a imprescritibilidade da referida ação e os que afirmam ser ela prescritível, por mais que seja reprovável a violação da probidade⁵.

Essa última, ainda, se subdivide em diversas outras, cada qual se inclinando para um diferente prazo prescricional supostamente aplicável.

³ Procuradoria-Geral da República. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. *Enunciado nº 8*. Ata da 487ª Reunião. 26.06.2009. Disponível em: <<http://ccr5.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/enunciados/enunciados>>. Acesso em 10 set. 2009. (grifos nossos)

⁴ Observe-se que a presença da conjunção aditiva “e” no Enunciado nº 8 da 5ª CCR/MPF corresponde à exigência da observância de dois requisitos para o arquivamento, quais sejam, a constatação da ocorrência de prescrição quanto à pretensão de cominar as outras sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Constituição Federal, bem como perquirir se o ente prejudicado tomou a iniciativa de recompor seu patrimônio, pela respectiva ação de ressarcimento. Na situação em comento, reformou-se anterior entendimento de que o MPF, quando arquivasse procedimento administrativo instaurado a partir de encaminhamento de Acórdão do Tribunal de Contas da União (art. 16, §3º, Lei 8.443/92), não estaria obrigado às medidas executórias de ressarcimento ao erário que poderiam ser efetuadas pela União. Compreendemos que a intenção do aludido Enunciado, em sua nova redação, é a de atingir situação vista usualmente, em especial no caso de o ato de improbidade ter sido praticado por gestor público municipal, na utilização de verbas federais, oriundas de ente integrante da União, em que esta se queda inerte, permitindo o enriquecimento ilícito do agente público.

⁵ Cumpre observar, de antemão, que o principal foco de conflito entre tais interpretações, em matéria jurisprudencial, é o Superior Tribunal de Justiça (STJ), mormente entre suas 1ª (primeira) e 2ª (segunda) Turmas. Curiosamente, o STJ tem como função precípua a interpretação de Lei Federal (art. 105, *caput*, CF/88), o que autoriza, em tais situações, a interposição do recurso de Embargos de Divergência (art. 546, II, Código de Processo Civil). Impede-se, assim, a obtenção de manifestação do Poder Judiciário de forma célere, com claro prejuízo ao interesse público. Exemplo desse contexto pode ser vislumbrado na decisão que admitiu mencionado recurso no Recurso Especial (REsp) nº 662.844/SP, relatado pelo Ministro Hamilton Carvalhido.

Assim, há aqueles que afirmam que a prescrição das ações de ressarcimento em questão seria a constante do Código Civil⁶ e há os que defendem a aplicação do prazo quinquenal, apoiados, estes, em diferentes motivos.

A inexistência de um critério uniforme para a sua interpretação, quer em sede doutrinária, quer na seara jurisprudencial, em relação ao prazo prescricional - ou ausência deste - aplicável às ações de ressarcimento por danos ao erário, decorrentes de ato de improbidade administrativa, implica em insegurança jurídica.

Contudo, mencionada conjuntura de imprecisão e dúvida pode ter sido encerrada quando, finalmente, houve pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a matéria, em acórdão proferido no Mandado de Segurança (MS) nº 26.210-9/DF, adotando a tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, o que, como se verá, provocou sensível mudança nos julgamentos realizados pelo STJ, outrora claudicante, formatando aparente pacificação no ordenamento jurídico pátrio quanto à interpretação do art. 37, §5º da Constituição vigente.

Destarte, o presente trabalho, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, assim como análise de pronunciamentos do Poder Judiciário, abordará referida controvérsia em 4 (quatro) capítulos, a saber:

- a) o primeiro capítulo apresentará os delineamentos dos princípios da moralidade e da probidade administrativa;
- b) em seguida, far-se-á uma breve análise dos principais aspectos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), relevante instrumento de tutela dos aludidos princípios;
- c) o terceiro capítulo abordará o instituto da prescrição, exteriorização da influência do tempo nas relações jurídicas, fundamentado na segurança jurídica, tratando de seus caracteres essenciais, sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo e na Lei de Improbidade

⁶ De antemão, cumpre observar que a atual Constituição Federal e a Lei nº 8.429/92 são anteriores ao vigente Código Civil (CC/02), o que levou a alguns aplicadores da norma ora analisada a se utilizarem do prazo geral, relativo às ações pessoais, constante do anterior *Codex*, qual seja, o de 20 (vinte) anos, conforme preceituava o art. 177 do Código Civil de 1916 (CC/16). No CC/02, referido prazo é de 10 (dez) anos, segundo consta de seu art. 205.

Administrativa, expondo a imprescritibilidade como regra excepcional em nosso ordenamento jurídico;

- d) por fim, o ponto central desta monografia: uma vez apresentadas as premissas fundamentais para a compreensão do tema ora analisado, será feita a análise do conteúdo da norma inserta no art. 37, §5º, CF/88, indicando-se as correntes existentes, e seus respectivos fundamentos.

Concluindo, temos que a compreensão do aludido dispositivo constitucional agrega o conhecimento de lições apresentadas pelos Direitos Administrativo, Civil e Constitucional, sem os quais não se poderá extrair interpretação, que, uma vez aplicada pelos operadores jurídicos em geral, consagre os ditames da segurança jurídica.

2 OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

Inicialmente, tem-se que a moralidade é princípio basilar da atuação da Administração Pública, encontrando-se expressamente previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal vigente⁷ (CF/88), bem como no art. 3º da Lei nº 8.666/93⁸ (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

A inserção de tal princípio, pela primeira vez⁹, no texto constitucional pátrio, é produto da superveniência de um novo modelo de ordem jurídica, buscado em outros países, em que a ética consolidou a absorção do princípio moral como princípio do Direito posto à observância e aplicação em determinado Estado. Em conseqüência, conforme menciona Carmen Lúcia Antunes Rocha¹⁰, determinou-se que “acordassem constituintes e legisladores em que se fizesse, expressamente, Direito o que, antes, era norma moral ou que se debatesse sobre sua presença implícita no sistema normativo jurídico”.

Registre-se que a inclusão da moralidade administrativa como princípio jurídico era objeto de resistência de parcela da doutrina¹¹, cujas opiniões, contudo, perderam força, diante da conjuntura de necessária institucionalização da norma de conduta ética obrigatória.

⁷ Art. 37. **A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios** de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...] (grifos nossos) (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 set. 2009).

⁸ Art. 3º **A licitação** destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e **será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos** da legalidade, da impessoalidade, da **moralidade**, da igualdade, da publicidade, **da probidade administrativa**, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (grifos nossos) (BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em 17 set. 2009).

⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.186.

¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 186.

¹¹ Nesse sentido, estava Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*apud* ROCHA, *op. cit.*, p. 186), para quem a moralidade administrativa não poderia ser enquadrada como princípio jurídico, mas como limite das ações da Administração em um plano ético-social.

Uma primeira noção sobre o conteúdo de dito princípio é apresentada por Odete Medauar¹²:

[...] **O princípio da moralidade é de difícil tradução verbal talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública.** Em geral, a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual; ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada. A decisão, de regra, destoa do contexto, e do conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração.

Vislumbra-se, de antemão, que a apreensão do conceito de moralidade pode ser depreendida da observação de atos que a afrontam, ou seja, de atos maculados pela imoralidade.

Referido princípio, conforme aduz José dos Santos Carvalho Filho¹³, impõe que o administrador público conduza seus atos sempre em conformidade com os preceitos éticos, avaliando não apenas os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também fazendo distinção entre o que é honesto e aquilo que não o seja.

Deve-se observar que a aplicação de tal princípio deve existir tanto nas relações da Administração com seus administrados, mas também em âmbito interno, ou seja, no tratamento dispensado aos agentes públicos que a integram¹⁴.

Inocêncio Mártires Coelho¹⁵, o qual entende que o princípio em tela densifica o conteúdo dos atos jurídicos, ensina:

[...] a obediência ao princípio da moralidade, em relação a determinados atos, significa que eles só serão considerados válidos se forem *duplamente* conformes à eticidade, ou seja, se forem adequados não apenas às exigências jurídicas, mas também às de natureza moral.

Neste passo, importante asseverar que o princípio da moralidade possui forte elo com outro princípio expresso no citado dispositivo da Carta Magna, qual seja, o da legalidade. Embora possuam conteúdos diversos, em alguns momentos, a

¹² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 127. (grifos nossos)

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 18.

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 18.

¹⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 833.

violação da moralidade decorrerá da inobservância de determinado preceito de lei, com ofensa, portanto, da legalidade.

Destaca Carvalho Filho¹⁶ que, em outras situações, a imoralidade “residirá no tratamento discriminatório, positivo ou negativo, dispensado ao administrado; nesse caso, vulnerado estará também o princípio da impessoalidade”, o qual se constituiria em requisito da legalidade da conduta administrativa.

Explicitando tal comunicação entre princípios, informa-nos Carmen Lúcia Antunes Rocha¹⁷ que o “[...] princípio da moralidade administrativa formou-se a partir do princípio da ‘legalidade’, ao qual se acrescentou, como conteúdo necessário à realização efetiva e eficaz da Justiça material, a legitimidade do Direito”.

A citada doutrinadora apresenta, outrossim, a evolução do conceito de moralidade até a consolidação como princípio autônomo¹⁸:

Inicialmente concebido como elemento da própria “legalidade administrativa”, ligou-se o conteúdo da moralidade ao elemento finalidade do ato praticado pela Administração Pública e que tem definição legal precisa. Daí a sua integração à “legalidade” do ato administrativo e a sua vinculação inicial à questão do desvio de finalidade. Posteriormente, a moralidade passou a ser conceito elaborado com força de elemento autônomo na formação e na informação do comportamento administrativo juridicamente válido.

A noção de moralidade administrativa foi introduzida na doutrina pela obra de Maurice Hauriou, que a compreendia, segundo informa Hely Lopes Meirelles¹⁹, como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.

Para referido estudioso francês – cuja concepção sobre o princípio em comento, que remonta ao início do século XX, foi objeto de inúmeros debates e é lição repercutida, desde então, na melhor doutrina²⁰ - a moral administrativa distingue-se da moral comum, pois são diversos os fins buscados pelo ser humano e

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 19.

¹⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.187.

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 187.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89.

²⁰ Cf. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *op. cit.*, pp. 190-193.

os fins a serem cumpridos pela Administração Pública, de realização de interesses, necessidades e utilidades dos homens ao conviverem.

Conforme sintetiza Hely Lopes Meirelles²¹:

A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a *moral administrativa* é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.

Abstraindo-se a análise da evolução das relações entre a Moral e o Direito²² ao longo dos tempos, mas, em consonância com o ensinamento de Inocêncio Mártires Coelho²³, ao observar que “[...] originalmente amalgamadas, em determinado momento histórico, essas duas tábuas de valores vieram a separar-se, no curso do processo de racionalização do poder, mas não perderam os vínculos de parentesco”, adotamos a conceituação de moralidade administrativa apresentada por Cármen Lúcia Antunes Rocha²⁴, nos seguintes termos:

A moralidade administrativa é, pois, princípio jurídico que se espalha num conjunto de normas definidoras dos comportamentos éticos do agente público, cuja atuação se volta a um fim legalmente delimitado, em conformidade com a razão de Direito exposta no sistema normativo.

Seguindo na indicação dos caracteres de aludido conceito, prossegue a atual Ministra do STF²⁵:

A ética da qual se extraem os valores a serem absorvidos pelo sistema jurídico na elaboração do princípio da moralidade administrativa é aquela afirmada pela própria sociedade segundo as suas razões de crença e confiança em determinado ideal de Justiça, que ela busca realizar por meio do Estado.

A moralidade administrativa dota de legitimidade o comportamento da Administração Pública, o que se estende à qualificação legítima do Poder do Estado, refletindo uma moral extraída do conteúdo da ética socialmente afirmada.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89. (grifo do autor)

²² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 833.

²³ *Idem, ibidem*, p. 833.

²⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 191. (grifos nossos)

²⁵ *Idem, ibidem*, p. 191.

Destarte, o seu foco é a confiança do povo no Poder institucionalizado e a legitimidade do seu desempenho na gestão da *res pública*²⁶, desempenhando, notadamente, as funções de objetivar e normatizar a conduta do agente público no desempenho daquela atividade.

Não é tão-somente fundamento da interpretação das normas e parâmetro jurídico objetivo para avaliação de comportamentos públicos, mas também é exigência para a elaboração do Direito positivado, sob pena de contestação perante os órgãos jurisdicionais competentes, por afronta aos fundamentos do próprio sistema jurídico.

Nesse contexto, cumpre-nos destacar o princípio da probidade administrativa, tutelado, dentre outros instrumentos jurídicos, pela Lei nº 8.429/92, a já referida Lei de Improbidade Administrativa, que se encontra intimamente relacionado ao princípio da moralidade, outrora apresentado.

De fato, referidos princípios são tão relacionados, que há certa dificuldade em distingui-los. Confira-se a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷:

A rigor, pode dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que **ambas se relacionam com a idéia de honestidade na Administração Pública**. Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

Acrescente-se, por oportuno, o esclarecimento de Marcelo Figueiredo²⁸:

[...] o princípio da moralidade administrativa é de alcance maior, é conceito mais genérico, a determinar, a todos os “poderes” e funções do Estado, atuação conforme o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade, da honestidade. Já a probidade [...] volta-se a particular aspecto da moralidade administrativa. Parece-nos que a probidade está *exclusivamente vinculada*

²⁶ Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89. Ressalte-se, ainda, a citada Ministra Cármen Lúcia, em lapidar síntese, ao aduzir que “O maior interessado na moralidade administrativa é, permanentemente, o povo de um Estado”. E arremata colocando que “Poucos princípios jurídicos dependem mais [...] da participação e afirmação popular [...] em sua elaboração, em sua formalização justa, em sua aplicação e em sua garantia do que o da moralidade administrativa”. (ROCHA, *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 191).

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 743. (grifos nossos)

²⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 40. (grifo do autor)

ao aspecto da conduta (do ilícito) do administrador. Assim, em termos gerais, diríamos que viola a probidade o agente público que em suas ordinárias tarefas e deveres (em seu agir) atrita os denominados “tipos legais”.

Veza que são princípios, a moralidade e a probidade caracterizam-se como conceitos jurídicos indeterminados, assim entendidos como aqueles cujos conteúdo e extensão são, em larga medida, incertos²⁹.

Nesse contexto, importante expor o esclarecimento de Odete Medauar³⁰, segundo a qual:

[...] A probidade, que há de caracterizar a conduta e os atos das autoridades e agentes públicos, aparecendo como dever decorrente do princípio da moralidade administrativa. **Na linguagem comum, probidade equivale a honestidade, honradez, integridade de caráter, retidão.** A improbidade administrativa tem um sentido forte de conduta que lese o erário público, que importe em enriquecimento ilícito ou proveito próprio ou de outrem no exercício de mandato, cargo, função, emprego público.

Em sentido semelhante, José Afonso da Silva, citando o ensinamento de Marcelo Caetano, preceitua que a *probidade administrativa* consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”³¹.

E o reconhecido constitucionalista conclui³²:

O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.

Considerando a sua qualificação jurídica como conceitos jurídicos indeterminados, a concretização dos princípios em tela, segundo Mônica Nicida Garcia³³, dá-se:

²⁹ ENGLISH, Karl *apud* MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 65.

³⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 127. (grifos nossos)

³¹ CAETANO, Marcelo *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 668-669.

³² *Idem, ibidem*, 669.

³³ GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 238.

[...] entre nós, por meio de inúmeras regras, veiculadas pelos mais variados diplomas, desde a própria Constituição até resoluções administrativas, e que compõem o arcabouço jurídico do sistema de responsabilidade do agente público [...]

Dentre tais regras incluem-se aquelas que definem os atos de improbidade administrativa, estabelecendo, por consequência, uma via própria de responsabilização. Estes, em atendimento ao comando presente no art. 37, §4º da CF/88³⁴, foram inseridos no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei nº 8.429/92.

Contudo, os princípios ora explicitados não se concretizam unicamente por meio da Lei nº 8.429/92, a qual se limita a definir os atos ofensivos à probidade, as sanções respectivas e o meio de aplicação (processo administrativo ou judicial). Logo, a tutela da probidade administrativa não se esgota na repressão aos atos de improbidade administrativa, pois, estes, definidos em lei ordinária, possivelmente não abrangem todas as hipóteses de violação à probidade.

Dos outros meios de concretização existentes no ordenamento jurídico pátrio, podem-se citar, a título de exemplificação, normas que definem crimes e ilícitos administrativos, bem como as que criam e disciplinam ações como ação popular, o mandado de segurança e a ação civil pública.

Ademais, ressalte-se a seguinte lição de Mônica Garcia³⁵, apresentando conceitos fundamentais para a compreensão do presente trabalho:

O que se quer extrair, neste passo, é que é preciso fazer-se a distinção entre “probidade”, “princípio da probidade” e “ato de improbidade”. A **probidade** é uma qualidade (honestidade) que se espera e sempre se esperou do agente público. A crescente importância da sua tutela e proteção alçou-a à categoria de **princípio da probidade**, que, para alguns, é um subprincípio do princípio da moralidade. O princípio da probidade adquire aplicabilidade e eficácia, ou seja, concretiza-se por meio de diversas regras, que pautam a conduta dos agentes públicos. Entre elas, a do §4º do art. 37, da Constituição Federal, que forja o **ato de improbidade** e a da Lei nº 8.429/92, que o define.

Estabelecidas tais premissas, passa-se ao estudo da Lei de Improbidade Administrativa, sempre observando o conteúdo mínimo traçado pela Constituição Federal.

³⁴ GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 238.

³⁵ *Idem, ibidem*, p. 240. (grifos do autor)

3 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Neste capítulo, serão traçadas as linhas mínimas que definem o principal instrumento jurídico de combate a eventuais atos que intentem violar o princípio da probidade administrativa: a ação de improbidade administrativa. Esta tem seus requisitos essenciais e cabimento previstos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (comumente denominada de Lei de Improbidade Administrativa, ou “Lei do Colarinho Branco”).

3.1 A LEI Nº 8.429/92 – CARACTERES ESSENCIAIS

A probidade administrativa, como bem jurídico de especial consideração na atualidade, é tutelado por inúmeros meios, sendo possível, portanto, a coexistência de várias esferas de responsabilização dos agentes públicos, as quais podem incidir simultaneamente, em decorrência da prática um só ato.

Nesse contexto, podem ser definidas quatro modalidades de normas destinadas a estabelecer os caracteres básicos de proteção da probidade administrativa:

- a) administrativas, aplicadas via processo administrativo disciplinar ou político-disciplinar;
- b) penais, aplicáveis via processo criminal;
- c) definidoras de ato de improbidade administrativa, comináveis por meio da ação de improbidade;
- d) civis, determinantes do ressarcimento ou da anulação do ato praticado, cuja aplicação se dará por meio de processo civil, através da ação popular, mandado de segurança, ação civil pública.

Compreende-se que a concretização de tais categorias normativas enquadra-se no uso, por parte da Administração Pública, de seus mecanismos de controle, os quais, conforme esclarece José dos Santos Carvalho Filho³⁶, permitem o exercício do poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 808.

qualquer das esferas de Poder, possuindo intrínseca relação com o instituto da garantia jurídica, por meio dos quais os administrados e a Administração podem aferir a legitimidade ou a conveniência das condutas administrativas.

O controle da Administração Pública poderá ser, classificando-o de acordo com a natureza do órgão controlador³⁷:

- a) legislativo, executado através do Poder Legislativo, ou por meio de seus órgãos auxiliares, sobre os atos da Administração Pública, como, p. ex., na atividade fiscalizatória dos Tribunais de Contas (art. 71, CF/88);
- b) administrativo, mais conhecido como o poder de autotutela da Administração Pública, cuja exteriorização pode se dar, p. ex., quando da revogação de um ato administrativo qualquer;
- c) judicial, levado a efeito pelo Poder Judiciário, ao qual cabe decidir sobre a legalidade, ou não, de atos da Administração em geral, mormente em casos de conflito de interesses.

Neste passo, tem-se que a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, sem prejuízo de outras medidas de cunho administrativo, cível ou criminal cabíveis, por meio da ação prevista na Lei nº 8.429/92, constitui uma via autônoma, por expressa vontade do Poder Constituinte Originário.

Acrescente-se que a mencionada ação é poderoso instrumento de controle judicial da Administração Pública, de caráter eminentemente repressivo.

Diante de sua relevância, necessária a apresentação de seus caracteres essenciais, fazendo-se, contudo, a ressalva de que nos restringiremos à exposição dos aspectos relacionados à descrição dos atos de improbidade administrativa, seus sujeitos e à previsão de suas sanções (com ênfase no ressarcimento ao erário), de modo a auxiliar a compreensão do verdadeiro objeto dessa monografia, qual seja, a análise da regra constante do art. 37, §5º, CF/88.

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 810.

3.1.1 Sujeitos – O agente ímprobo e o ente prejudicado

A Lei nº 8.429/92³⁸ define, em seus arts. 1º a 3º, os sujeitos ativo e passivo do ato de improbidade, nos seguintes termos:

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

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

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

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.

Necessário, contudo, lembrar que a Carta Magna, em seu art. 37, *caput*, indica o âmbito de aplicação dessa lei, quando faz referência à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da República, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.429/92, já transcritos, não há dúvida de que ao conceituar a expressão “agente público”, buscou o legislador dar ao referido dispositivo a maior amplitude possível, no que toca à sua pertinência subjetiva. Mesmo que não o fizesse, a simples menção ao agente público já implicaria na conclusão de que as sanções decorrentes da prática do ato de improbidade deveriam ser aplicadas a toda e qualquer pessoa física, no exercício de função

³⁸ BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 5 out. 2009.

pública, com ou sem vínculo empregatício, em caráter definitivo ou não, o que, segundo, Mônica Garcia³⁹, abrangeria tanto os agentes políticos, como os servidores públicos e os particulares em colaboração com o Poder Público⁴⁰.

Nesse contexto, apesar do entendimento acima esposado, deve-se ressaltar que a aplicação do sistema de responsabilidade definida pela Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos foi objeto de controvérsia acalorada.

Em suma, discutido era o enquadramento dos mesmos ao regime da Lei nº 8.429/92, mormente em face da vigência da Lei nº 1.079/50 (que, recepcionada por todas as Constituições que lhe sucederam, define os “crimes de responsabilidade” dos agentes⁴¹ enumerados ao longo de seu texto), a qual regulamenta o art. 85, V, CF/88⁴², bem como da Lei nº 7.106/83 (referente aos Governadores do Distrito Federal e dos Territórios) e do Decreto-Lei nº 201/67 (trata da responsabilidade dos Prefeitos)

Inicialmente, deve-se compreender que os agentes políticos são aqueles que, conforme leciona Celso Spitzcovsky⁴³, “[...] não mantêm com o Estado um vínculo de natureza profissional, uma vez que não titularizam nem cargos, nem

³⁹ GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 254.

⁴⁰ Cumpra observar que a expressão “agente público”, na acepção utilizada pela autora, também o é feita por: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 476. Em sentido contrário, conferindo a expressão mencionada sentido mais restrito, não incluindo os agentes políticos: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 245-247.

⁴¹ Cf. NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade administrativa: legislação comentada artigo por artigo*. Niterói: Impetus, 2009, p. 24: “A Lei nº 1.079/1950 tem como destinatários o Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República (arts. 2º, 13, 39, 40), Governadores e Secretários dos Estados (art. 74), os Presidentes, e seus substitutos, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e os Juizes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição (nos termos do Parágrafo Único do art. 39-A), o Advogado-Geral da União (Inc. I do art. 40), os Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e os membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de função de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições (Inc. II do art. 40)”.

⁴² Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] V - a probidade na administração. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15 out. 2009).

⁴³ SPITZCOVSKY, Celso. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2009, p. 197.

empregos, mas temporariamente mandatos”. Como exemplos podem ser mencionados: o Presidente da República, Ministros de Estado, Secretários, Governadores, Prefeitos, bem como os Parlamentares em geral (senadores, deputados federais, deputados estaduais e vereadores),

Quanto aos magistrados de todos os graus de jurisdição e membros do Ministério Público, conquanto haja divergência⁴⁴ na doutrina quanto ao seu enquadramento na categoria de agentes políticos, aderimos à conclusão apresentada por José Antônio Lisbôa Neiva⁴⁵, na qual expõe que os mesmos:

[...] encontram-se sujeitos à perda do cargo nos termos da respectiva Lei Orgânica, sem prejuízo da sujeição à demanda de improbidade administrativa, por força do comando imperativo e geral do § 4º do art. 37 da Constituição Federal.

Cumpra observar que, *a priori*, referidos agentes deveriam ser alcançados pelas disposições constantes da Lei nº 8.429/92, visto que esta estabelece a responsabilidade política ou político-administrativa, mais condizente com a independência que gozam no exercício de suas competências, sendo esta a sua nota diferenciadora em relação aos demais agentes públicos.

Destarte, conforme expõem Mônica Garcia⁴⁶, José Antonio Lisbôa Neiva⁴⁷, dentre outros, a responsabilidade política não exclui a incidência das esferas criminal, civil, muito menos a de improbidade administrativa. O segundo autor, inclusive, acrescenta que⁴⁸:

[...] o fato de o agente se submeter à disciplina dos crimes de responsabilidade e às infrações político-administrativas, *ad argumentandum*, jamais poderia impedir ação de improbidade para obtenção de ressarcimento da pessoa jurídica lesada, perda de bens ou valores, imposição de multa civil, proibição de contratar com a Administração e de receber benefícios creditícios ou fiscais. O crime de responsabilidade e a infração político-administrativa ensejariam, tão-somente, perda do cargo público e a inabilitação temporária para o exercício da função pública.

⁴⁴ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 477.

⁴⁵ NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade administrativa: legislação comentada artigo por artigo*. Niterói: Impetus, 2009, p. 33.

⁴⁶ GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 255.

⁴⁷ NEIVA, José Antonio Lisboa, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 25. (grifo do autor)

Apesar dos respeitáveis argumentos apresentados pelos citados doutrinadores, questionou-se a aplicação dos mencionados dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa junto aos órgãos jurisdicionais competentes, com o fito de se obter pronunciamento que definisse o seu real alcance, bem como quanto à constitucionalidade de tal previsão.

Desse modo, tem-se que a questão chegou ao conhecimento do STF, o qual, em sede de julgamento da Reclamação nº 2138, relatada, originalmente, pelo Ministro Nelson Jobim (empós, pelo Ministro Gilmar Mendes), decidiu pela impossibilidade de responsabilização dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92.

Com efeito, responderiam por crime de responsabilidade, a teor do citado art. 85, V, CF/88.

Transcreve-se, neste passo, a ementa de mencionado *decisum*:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES 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. I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. 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) (grifos nossos)

Sem embargo da decisão proferida na aludida Reclamação, a matéria não se encontra pacificada, tendo em vista a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2182, ainda pendente de apreciação.

Nessa linha de argumentação, destacam-se as decisões de não-admissibilidade das Reclamações de nº 5389, 5391 e 5393, que pleiteavam a extensão dos efeitos da Reclamação nº 2138, pois a decisão lá proferida não possuía efeitos vinculantes, nem *erga omnes*, possuindo aplicabilidade somente naquele caso⁴⁹.

⁴⁹ A fundamentação adotada em tais decisões é mera repetição do que fora decidido na Reclamação nº 5027, cuja ementa a seguir transcrevemos:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO PEDIDO, POR INCABÍVEL. EX-PREFEITO. PRERROGATIVA DE FORO: IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Impossibilidade de utilização da Reclamação com fundamento em usurpação de competência, em razão de não constar a autoridade no disposto no art. 102, inc. I, alíneas b e c, da Constituição da República. 2. Não-indicação da decisão que estaria a ser descumprida. **Ausência de cabimento de Reclamação com fundamento em usurpação do que decidido em outra Reclamação em que não tenha sido parte o Reclamante.** 3. Decisão agravada mantida pelos seus próprios fundamentos. 4. Caráter abusivo na utilização desta via recursal e descumprimento do dever de lealdade das partes demandantes. Afronta direta aos arts. 14, inc. II e III, 17, inc. VII e 557, § 2º, do Código de Processo Civil 5. Agravo Regimental ao qual se nega provimento”. (Rcl 5027 AgR, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 26/06/2007, DJe-106 DIVULG 20-09-2007 PUBLIC 21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00024 EMENT VOL-02290-02 PP-00242) (grifos nossos)

No que se refere às entidades privadas mencionadas no art. 1º, parágrafo único da Lei de Improbidade Administrativa, que podem ser, por exemplo, os serviços sociais autônomos (Senai, Sesi, Sebrae), ou organizações que realizem serviços sociais, como entidades não governamentais (ONGS), a ressalva feita no aludido dispositivo, quanto à sanção patrimonial aplicável aos administradores, ou empregados que efetivarem condutas lesivas ao patrimônio de aludidas entidades, limita-a apenas a perda de bens ou ao ressarcimento do erário, mas não é obstáculo para a aplicação das outras sanções previstas no art. 12 dessa Lei.

O art. 3º destaca a incidência da norma jurídica em questão sobre terceiro estranho aos quadros da Administração, e que não se enquadra no conceito de agente público traçado pelo artigo anterior.

A aplicação da Lei de Improbidade Administrativa se dará, entretanto, apenas no que couber, tendo em vista que nem todas as sanções o têm como destinatário, visto que ausente uma condição especial, da qual o agente público é titular. A título de ilustração, não há como impor-se à pessoa física estranha aos quadros da Administração a perda da função pública.

De efeito, tem-se que a responsabilização do terceiro somente se dará se houver induzido o agente, concorreu de qualquer modo para a efetivação do ato ímprobo ou obteve benefício de forma direta ou indireta com a prática da conduta lesiva por agente público. Não se afigura possível, logo, a existência de ato de improbidade por ato isolado seu⁵⁰.

Ainda que haja certa controvérsia quanto à definição do significado do verbo “induzir” em tal dispositivo, é certo que, além desta hipótese, o terceiro pode ser responsabilizado quando:

- a) prestar qualquer auxílio material para a conduta (fornecendo meios para sua execução ou participando da divisão das atribuições na prática do ato ímprobo); ou
- b) ter simplesmente sido beneficiado com a ocorrência da violação da probidade, sendo esta situação claramente inovadora se comparada com o que disciplina a Lei nº 4.717/65 (regula a Ação Popular).

⁵⁰ NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa: legislação comentada artigo por artigo*. Niterói: Impetus, 2009, p. 36.

O beneficiário do ato, uma vez identificado e enquadrado no artigo em questão, será litisconsorte passivo necessário na ação de improbidade.

Ao que se relaciona à sujeição passiva imediata do ato de improbidade, deve-se observar que esta se encontra estabelecida tanto no *caput* do art. 1º da Lei nº 8.429/92, quanto no parágrafo único da referida norma.

Claramente se infere que o objetivo do legislador, ao incluir as entidades da Administração Pública direta e indireta, bem como as empresas incorporadas ao patrimônio público, buscou tutelar amplamente o patrimônio público, estendendo-se, portanto, o alcance da Lei de Improbidade Administrativa para além da defesa exclusiva da probidade.

Acrescente-se, ainda, que o ato ímprobo não possui somente sujeitos passivos imediatos. Em última análise, há um sujeito passivo mediato, qual seja, o próprio cidadão. Este, conforme a lição de Fernando Rodrigues Martins⁵¹:

Até mesmo sem ter ciência de fatos relacionados à dilapidação do patrimônio público, amarga seu sofrimento naquilo que depende do Poder Público, enquanto, de outro lado, repousa tranqüilamente o ímprobo com o dinheiro público desviado ou o gestor que descumpre o dever fundamental quanto à "boa administração".

Ressalta o citado estudioso que o patrimônio constitui-se em um direito fundamental, cuja dilapidação agride todo o sistema jurídico, em que o cidadão, por vezes, renuncia à sua individualidade⁵².

3.1.2 Modalidades – Artigos 9º a 11 da Lei nº 8.429/92

O atual modelo normativo de conformação da improbidade administrativa, concretizado especialmente na Lei nº 8.429/92, apresenta-nos múltiplas espécies de improbidade administrativa, cuja diferenciação entre si é bastante tênue. Conforme leciona Juarez Freitas⁵³:

⁵¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público: comentários à lei de improbidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 241.

⁵² *Idem, ibidem*, p. 241.

⁵³ FREITAS, Juarez. O princípio constitucional da moralidade e a nova interpretação do Direito Administrativo. In: BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a César Asfor Rocha: Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 136.

Observe-se que nem todos os atos ímprobos apresentar-se-ão necessariamente classificáveis na rubrica de atos administrativos em sentido estrito, fazendo-se imprescindível, em qualquer caso, que se configurem as condutas ou práticas negadoras da probidade administrativa.

Neste passo, tem-se que o mencionado diploma legislativo agrupa os atos em que há violação da probidade em três grupos, a saber: a) atos que importam em enriquecimento ilícito do agente; b) atos que acarretam lesão ao patrimônio público (moral ou material); c) atos que violam os princípios da Administração Pública.

Por oportuno, apresenta-se a observação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁴, segundo a qual, embora os arts. 9º a 11 da Lei nº 8.429/92 indiquem um rol de atos que podem ser qualificados como ímprobos:

[...] não se trata enumeração taxativa, mas meramente exemplificativa. Ainda que o ato não se enquadre em uma das hipóteses previstas expressamente nos vários incisos dos três dispositivos, poderá ocorrer improbidade sancionada pela lei, desde que enquadrada no *caput* dos artigos, 9º, 10 e 11. Nos três dispositivos, aparece a descrição da infração seguida da expressão **e notadamente**, a indicar a natureza exemplificativa dos incisos que se seguem.

A primeira modalidade concerne aos atos de improbidade administrativa que acarretam enriquecimento ilícito por ter o sujeito auferido qualquer tipo de vantagem indevida, em razão do exercício de cargo, mandato, função ou emprego, ou atividade pública, no sentido amplo (art. 9º).

Com efeito, conforme aduz Marino Pazzaglini⁵⁵, trata-se “da modalidade mais grave e ignóbil da improbidade administrativa, pois contempla o comportamento torpe do agente público que desempenha funções públicas de sua atribuição de forma desonesta e desleal”, sendo conceituado, conforme anota Juarez Freitas⁵⁶, como o ato consistente “em adquirir, para si ou para outrem, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente”.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 759. (grifo do autor)

⁵⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino, *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 58.

⁵⁶ FREITAS, Juarez. O princípio constitucional da moralidade e a nova interpretação do Direito Administrativo. In: BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a César Asfor Rocha: Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 137.

Podem ser elencados os seguintes elementos para sua configuração⁵⁷:

1. **recebimento de vantagem econômica indevida** por agente público, acarretando, ou não, dano ao Erário ou ao patrimônio de entidades públicas ou de entidades privadas de interesse público (no caso de verbas públicas por estas recebidas);
2. vantagem patrimonial **decorrente de comportamento ilegal** do agente público;
3. **ciência** do agente público da **ilicitude** da vantagem patrimonial pretendida e obtida; e
4. **conexão entre o exercício funcional abusivo do agente público** nas entidades indicadas no art. 1º da LIA e a **vantagem econômica indevida por ele alcançada para si ou para outrem**. (grifos do autor)

Destaque-se o ensinamento de Francisco Octávio de Almeida Prado, citado por Marino Pazzaglini⁵⁸, que para a configuração do enriquecimento ilícito:

[...] não é necessária a verificação de dano ou prejuízo ao erário. Na verdade, o bem jurídico protegido é a probidade na administração, e esse bem é agredido sempre que o agente público se desvia dos fins legais a que está atrelado, em contrapartida à percepção de vantagem patrimonial.

O aludido art. 9º, no *caput*, expressa o conceito amplo de ato de improbidade administrativa que expressa enriquecimento ilícito, indicando, em seus incisos, 12 (doze) espécies mais freqüentes de concretização dessa modalidade. Tal enumeração é exemplificativa, como já esclarecido alhures.

É de se ressaltar, ainda, que as hipóteses apresentadas no art. 9º permitem, simultânea ou concomitantemente com a verificação da responsabilidade civil do agente público, e de eventual terceiro beneficiado, a investigação da responsabilidade na esfera penal. Isso decorre porque, regra geral, há o cometimento de crime contra a Administração Pública, tais como a concussão (art. 316, CP) e o peculato (art. 312, CP)⁵⁹.

Com a devida prudência, de acordo com Juarez Freitas⁶⁰, não se deve admitir a inversão do ônus da prova, mas a mera consideração de que se mostra robusto, não suficiente, o indício da ausência de origem para tornar ilícita a renda

⁵⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino, *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 59. (grifos do autor)

⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 59.

⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 61.

⁶⁰ FREITAS, Juarez. O princípio constitucional da moralidade e a nova interpretação do Direito Administrativo. In: BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a César Asfor Rocha: Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 137.

assim obtida, sobretudo tendo em conta a transparência, exigida pelo ordenamento jurídico nacional, daqueles que lidam com a coisa pública.

Incontestavelmente, em suma, aquele que intentar a ação terá que se basear, v.g., na declaração de bens e, por acréscimo inevitável, no indubitado nexos causal do enriquecimento ilícito com a atuação pública. Incabível a alegação temerária, sem solidez, com base em incertos sinais exteriores de riqueza.

Sublinhe-se, ainda, que não é admissível a culpa presumida, pois a formação da prova carece de esforço consistente, não podendo cingir-se a frágeis ilações.

Não por acaso, a Lei nº 8.730/93 (regulamentada pelo Decreto Federal nº 978, de 10 de novembro de 1993) corroborou a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções públicas, sendo que a Lei da Improbidade cuidou, com amplitude, em seu art. 13, de estabelecer tal exigência⁶¹, preceituando que a posse e o exercício do agente ficam condicionados - sob pena de não se permitir aquela ou de ser aplicada a pena de demissão - à apresentação da declaração, anualmente atualizada, dos bens e valores que compõem o patrimônio privado, com o fito de apurar-se eventual variação patrimonial desenraizada e denunciadora do repudiável enriquecimento ilícito no exercício de atividade pública, entendida aqui em seu sentido mais amplo.

Ainda assim, o trabalho de fazer a boa prova do nexos aludido não resta dispensado.

Pelo articulado, imperioso que o ônus da prova não se perceba tecnicamente como invertido, neste como em quaisquer casos de improbidade, ainda que se trate dos atos de improbidade que afetam direitos do usuário de serviços públicos.

De modo geral, o agente público que, por desonestidade, desrespeitar os direitos do usuário de serviços essenciais violará a probidade administrativa, sendo,

⁶¹ Cf. PAZZAGLINI Filho, Marino, *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 173: "A declaração de bens, atualizada anualmente, constitui instrumento valioso da transparência da conduta dos agentes públicos no trato das coisas públicas. E, ao mesmo tempo, permite, ante a constatação de sinais exteriores de riqueza ou de aumento patrimonial incompatível com a renda declarada, a investigação de tal enriquecimento, com a instauração de inquérito ou outro procedimento adequado, bem como a comunicação de sua ocorrência à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público".

nada obstante, inafastável a incumbência do autor de efetuar a prova no tocante à prática omissiva ou comissiva do agente, porque a responsabilidade extracontratual objetiva aplica-se apenas às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviço público.

Leitura diversa ensejaria resultado maculado por inconstitucionalidade, ao introduzir figura de responsabilização não admitida na Constituição. A par disso, tampouco se mostra aplicável o comando do art. 334 do Código de Processo Civil, consoante o qual não dependem de prova os fatos notórios ou em cujo favor militaria uma presunção legal de existência ou veracidade, dado que não se enquadra em nenhuma das situações ali enfocadas.

Sempre em consórcio com o princípio da proporcionalidade, bem de ver que as sanções não reclamam, em todos os casos, uma aplicação conjunta, até para que se alcance a sensatez pretendida, de maneira a escoimar do texto legal qualquer vezo draconiano que conspire contra a sua própria efetivação.

Contudo, para não desprestigiar o sistema, defrontado o controlador judicial com improbidade cumulada com enriquecimento ilícito, à vista da magnitude do impacto da violação, devem ser aplicadas as sanções em sua totalidade, ao menos em regra.

A segunda espécie, presente no art. 10 da Lei de Improbidade, é a relativa aos atos de improbidade que resultam prejudiciais ao erário, vale dizer, quando o agente, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, causa perda patrimonial, desvio, malbaratamento por desaviso e negligência ou dilapidação dos bens ou haveres públicos. Deveras, a avaliação do grau de violação há de tomar em consideração a extensão do dano, desconsiderando a infração considerada leve ou levíssima e aquela que não revelar inequívoca desonestidade.

Seus requisitos, de acordo com Marino Pazzaglini⁶², são:

- a) ação ou omissão ilegal do agente público no exercício de função pública, violando, desse modo, o Direito por excesso de poder ou desvio de finalidade;
- b) derivada de má-fé, desonestidade (dolosa ou culposa); e

⁶² PAZZAGLINI Filho, Marino, *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 77.

- c) causadora de efetiva lesão ao erário, não podendo se falar em prejuízo presumido ou dano moral para que haja a caracterização do ato. É necessária, portanto, a prova de perda patrimonial certa.

Destarte, é evidente que o legislador redigiu de forma imprópria o art. 21 da Lei em comento, ao dizer que a aplicação das sanções previstas no art. 12 não dependeria, sem exceção, da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público. Em verdade, isso vale para a caracterização de um ato como ímprobo, mas quando do momento de cominação das respectivas conseqüências jurídicas, tem-se que tal regra só valerá para as espécies descritas nos arts. 9º e 11, não quanto aos atos de improbidade que causem prejuízo ao erário.

Tendo em vista a ressalva feita alhures, que diz respeito à escorreita aplicação das sanções aos atos capitulados no dispositivo em comento, as quais, conforme mostra Juarez Freitas⁶³:

[...] prosseguem drásticas, mormente se e quando enfeixadas numa totalidade, conquanto já não tão severas quanto as comináveis para os atos da primeira espécie: além do ressarcimento integral do dano (incluindo a reparação pela quebra do princípio), sujeita-se o agente ímprobo lesivo ao erário à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, ao pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e à proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios, diretamente ou por via oblíqua, pelo prazo de cinco anos.

Como se observa, por evidente lapso, cogitou tal dispositivo de aplicar a perda dos bens ou valores acrescidos de maneira ilícita ao patrimônio. Fácil notar que, se tal sucedesse, em boa técnica, estar-se-ia, insofismavelmente, perante ato de improbidade da primeira espécie, cumprindo, pois, que o aplicador não se impressione com mais essa confusão redacional patrocinada pelo legislador. Convém gizar que a interpretação jurídica há de ser sistemática, ou não merece o designativo de interpretação.

A terceira espécie de improbidade administrativa causará estranheza tão somente aos que ainda não desvendaram a estrutura não apenas normativa estrita, mas predominantemente principiológica do sistema administrativo. Nesse passo, a infringência de qualquer princípio ou direito fundamental acarreta a violação, em graus diversos, do sistema.

⁶³ FREITAS, Juarez. O princípio constitucional da moralidade e a nova interpretação do Direito Administrativo. In: BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a César Asfor Rocha: Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 141.

Certo que importa ter presentes determinados requisitos, até para não ofender o princípio da proporcionalidade, para que seja configurada tal espécie de improbidade administrativa, a saber:

- a) grave violação ao senso médio superior de moralidade; e
- b) a inequívoca intenção desonesta do agente.

Não acontece, portanto, considerando tais premissas, essa espécie de transgressão à moralidade na hipótese de violação tênue de outros princípios ou de engano.

Conforme afirma Juarez Freitas⁶⁴:

[...] casos há em que até o dano patrimonial (por óbvio, ilícito) pode ser tido como irrelevante ou de "potencial ofensivo de baixa agressão à moralidade pública", não sendo de estranhar tal inteligência, pois nem todos os atos censuráveis ou puníveis sê-lo-ão para os efeitos da pesada e rigorosa Lei de Improbidade. É que - sublinhe-se para evitar incompreensão - o princípio guarda feições próprias e apenas a violação grave é que pode determinar a aplicação razoável das sanções correspondentes, sob pena de injustiça manifesta.

Na espécie em comento, somente há a sua concretização com a ofensa simultânea à moralidade e a um ou mais princípios, seja por ação ou por inoperância, transgredidos os deveres de retidão e lealdade ao interesse público e ao Estado Democrático.

Em técnica redacional considerada infeliz⁶⁵, dado que o princípio da moralidade ostenta a mencionada identidade, a Lei nº 8.429 enquadrou nessa espécie de improbidade o ato violador da legalidade, confundindo e embaralhando os princípios em tela (art. 11, caput). Nada disso sucede, contudo, se prevalecer a leitura que assume a perspectiva de emprestar a máxima eficácia ao princípio constitucional da probidade administrativa, em coerência com o sistema, inteligentemente assimilado.

Apesar de a dicção literal do comando não ser das mais louváveis, o entendimento adequado é que, só quando entretecidos os nexos entre os princípios

⁶⁴ FREITAS, Juarez. O princípio constitucional da moralidade e a nova interpretação do Direito Administrativo. In: BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a César Asfor Rocha: Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 142.

⁶⁵ FREITAS, Juarez, *op.cit.*, p. 143.

(moralidade e legalidade, no caso), haverá o cometimento da irregularidade e que, uma vez acompanhada da marca indelével da desonestidade do agente, ocorrerá a violação do princípio constitucional da probidade administrativa.

Destarte, não existe, além disso, má-fé objetiva.

Nesse contexto, a situação inscrita no art. 11, VII, é a que melhor ilustra a violação ao princípio da probidade, nos termos delineados para a espécie.

Versa o dispositivo em questão sobre a caracterização do ato de improbidade na hipótese de o agente revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da veiculação oficial, teor de medida política ou econômica. Efetivamente, poderá não constituir o enriquecimento ilícito - ou se tornar inviável *in casu* a sua prova -, assim como inexistir qualquer dano material ao erário, porém o princípio da impessoalidade restará violado e se afetará gravemente a moralidade. Disso resulta o choque contra o princípio da probidade administrativa.

Ratifique-se a idéia-chave de que os princípios sempre irradiam efeitos, embora em intensidades diversas, uns sobre os outros, conquanto se mostre cogente verificar a intensidade alcançada para, então sim, identificar a consubstanciação da espécie em tela.

Por fim, impende apresentar a pertinente observação de Marino Pazzaglioni⁶⁶, vazada nos seguintes termos:

É intuitivo, também, que o agente público, ao praticar ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito (art. 9º), ou que causa lesão ao Erário (art. 10), transgredir, sempre, o princípio constitucional da legalidade e, em geral, outros princípios constitucionais explícitos ou implícitos, relativos ao conteúdo de sua conduta ímproba.

Daí se conclui que a norma em exame é residual em relação às que tratam das duas outras modalidades de atos de improbidade, pois a afronta a legalidade faz parte de sua contextura.

3.1.3 Elemento Subjetivo – Dolo ou Culpa

O art. 5º da Lei nº 8.429/92 prescreve que a lesão ao patrimônio público, tanto em forma de ação quanto de omissão, seja caracterizada por dolo ou culpa.

⁶⁶ PAZZAGLINI Filho, Marino, *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 112. (grifo nosso)

Na citada disposição legal estabeleceu-se regra geral em que se exige a vontade objetiva deliberada em descumprimento de mandamento de lei (dolo) ou a negligência, a imprudência ou a imperícia no trato com a coisa pública (culpa) para que a ação ou a omissão seja caracterizada como ímproba. Essa regra é reiterada pelo art. 10 do mesmo diploma, admitindo dolo ou culpa para a punição dos atos que causem prejuízo ao erário, não o sendo, contudo, repetida em termos semelhantes pelos outros artigos relativos à definição dos atos de improbidade.

Poder-se-ia extrair a interpretação de que os atos relativos ao descumprimento ilícito e ao descumprimento dos princípios da Administração seriam objeto de sanção apenas se sua prática fosse dolosa⁶⁷.

Entretanto, conforme pondera Fernando Rodrigues Martins⁶⁸:

Não parece, todavia, ser a exegese correta. A exigência de dolo, ou seja, a comprovação cabal da intenção do sujeito em descumprir os mandamentos proibitivos, se levada às últimas conseqüências, não apenas reduz, como aniquila o espírito da norma, isto porque a comprovação do estado anímico nessas dimensões é quase uma quimera: nenhum agente público (nesta era pós-positiva) age ou se omite deixando rastros de sua vontade.

Conjugando o que foi posto no art. 5º, e fazendo uma interpretação sistemática com os arts. 4º, 9º e 11 da Lei nº 8.429/92, bem como outros presentes na legislação esparsa, conclui-se que, em nome da coerência do sistema jurídico, não se pode exigir que em um processo, no qual são apurados desvios de conduta de agente público, estritamente ligado a princípios éticos, só fosse permitida sua punição mediante lastreada intenção. Pelo contrário, e neste sentido já caminha a jurisprudência dos Tribunais Superiores⁶⁹, desnecessária seria a prova da intensidade do elemento volitivo do agente.

⁶⁷ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.299

⁶⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público: comentários à lei de improbidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 257.

⁶⁹ ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. 1. **A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente**, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. 2. Recurso especial improvido. (REsp 826678/GO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2006, DJ 23/10/2006 p. 290) (grifos nossos)

Apesar de tais considerações, persiste a interpretação e a aplicação, já referida, de restrita da possibilidade de prática culposa de ato de improbidade, limitando-a somente às hipóteses capituladas no art. 10 da Lei 8.429/92. Confira-se a seguinte decisão:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92, ART. 11. **EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA.**

1. A improbidade administrativa, consubstanciada nas condutas previstas no artigo 11 da Lei 8.429/92, impõe "necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa." (REsp 480.387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 24.05.2004)

2. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre que a conclusão de que **somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposos (artigo 10, da Lei 8.429/92).**

3. A doutrina do tema é assente que 'imoralidade e improbidade devem-se distinguir, posto ser a segunda espécie qualificada da primeira, concluindo-se pela inconstitucionalidade da expressão culposa constante do caput do artigo 10 da Lei 8.429/92' (Aristides Junqueira, José Afonso da Silva e Weida Zancaner). É que "estando excluída do conceito constitucional de improbidade administrativa a forma meramente culposa de conduta dos agentes públicos, a conclusão inarredável é a de que a expressão 'culposa' inserta no caput do art. 10 da lei em foco é inconstitucional. Mas, além da questão sobre a possibilidade de se ver caracterizada improbidade administrativa em conduta simplesmente culposa, o que se desejou, primordialmente, foi fixar a distinção entre improbidade e imoralidade administrativas, tal como acima exposto, admitindo-se que há casos de imoralidade administrativa que não atingem as raízes da improbidade, já que esta há de ter índole de desonestidade, de má-fé, nem sempre presentes em condutas ilegais, ainda que causadoras de dano ao erário." (Improbidade Administrativa - questões polêmicas e atuais, coord. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, São Paulo, Malheiros, 2001, pág. 108).

4. **Destarte, "somente nos casos de lesão ao erário se admitiria a forma culposa — cumulativamente com a dolosa — de improbidade administrativa, porquanto teria o legislador silenciado quanto às hipóteses em que não houvesse prejuízo ao patrimônio público. Com efeito, a forma culposa de lesão aos princípios que regem a atuação dos agentes públicos, por si só, sem o correspondente prejuízo patrimonial efetivo, não basta para justificar incidência das sanções de improbidade administrativa, ante o princípio da reserva legal"** (Improbidade Administrativa, Fábio Medina Osório, Porto Alegre, Síntese, 1997, pág. 82).

5. Recurso especial provido.

(REsp 939.142/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJe 10/04/2008)

Para a configuração do ato de improbidade lesivo ao erário, importa que o comportamento do agente, mesmo ausente o dolo, seja denotativo de má-fé, implicando, assim, na possibilidade de cominação das correspondentes sanções.

Ressalte-se que a Lei de Improbidade Administrativa objetiva penalizar aquele agente público desonesto ou imoral, não o inábil ou imperito de boa-fé. Assim, o simples equívoco na leitura de dispositivo legal ou a sua inabilidade administrativa, sem indício forte de que ele tenha agido de má-fé, impede o enquadramento de seu ato como ímprobo⁷⁰.

Em acréscimo a tais considerações, Juarez Freitas⁷¹ arremata:

Extrapolando: idêntico raciocínio se pode operar em relação aos demais princípios (não apenas o da legalidade), o que dá tom inteligível ao disposto no art. 4º da Lei de Improbidade, convindo notar que, a não prosperar tal entendimento, o dispositivo resultaria, na melhor das hipóteses, inócuo ou contraditório.

De todo modo, impende concluir que a análise objetiva do comportamento do agente público, investigando-se o atendimento da finalidade estatal pelo ato expendido (ou não praticado), a fim de se observar a prática, ou não, do ato de improbidade, está em conformidade com os “direitos fundamentais de dimensão solidária”⁷², mormente se observados os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade.

3.2 SANÇÕES IMPOSTAS EM RAZÃO DO MALFERIMENTO DA PROBIDADE

3.2.1 Natureza jurídica

A fixação da natureza jurídica é essencial para fixação do rito e da competência para processamento das ações de improbidade administrativa, tendo em vista a omissão da Lei de Improbidade Administrativa quanto ao caráter das

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 762.

⁷¹ FREITAS, Juarez. O princípio constitucional da moralidade e a nova interpretação do Direito Administrativo. In: BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a César Asfor Rocha: Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 143.

⁷² MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público: comentários à lei de improbidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 261.

sanções cominadas, e o fato de “parcela considerável dos agentes ímprobos goza de foro por prerrogativa de função nas causas de natureza criminal”⁷³.

A respeito dessa questão, cuidou a Constituição de apresentar elementos que demonstram a natureza extrapenal da improbidade administrativa.

Sobre tal aspecto, impende apresentar a lição de Emerson Garcia⁷⁴, o qual indica, dentre outras razões para tal conclusão, as seguintes:

a) o art. 37, §4º, *in fine*, da Constituição, estabelece as sanções para os atos de improbidade e prevê que estas serão aplicadas de acordo com a gradação prevista em lei e “sem prejuízo da ação penal cabível”;

b) regulamentando esse dispositivo constitucional, dispõe o art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429/92 que as sanções serão aplicadas independentemente de outras de outras de natureza penal;

c) as condutas ilícitas elencadas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, ante o emprego do vocábulo “notadamente”, tem caráter meramente enunciativo, o que apresenta total incompatibilidade com o princípio da estrita legalidade que rege a seara penal, segundo o qual a norma incriminadora deve conter expressa e prévia descrição da conduta criminosa;

[...]

e) a utilização do vocábulo “pena” no art. 12 da Lei nº 8.429/92 não tem o condão de alterar a essência dos institutos, máxime quando a similitude com o direito penal é meramente semântica;

[...]

g) a aplicação das sanções elencadas no art. 12 da Lei de Improbidade pressupõe o ajuizamento de ação civil (art. 18), possuindo legitimidade ativa *ad causam* o Ministério Público e o ente ao qual esteja vinculado o agente público, enquanto que as sanções penais são aplicadas em ações de igual natureza, tendo legitimidade, salvo as exceções constitucionais, unicamente o Ministério Público.

O próprio Supremo Tribunal Federal fez a distinção entre a sanção por improbidade e pela prática de crime, ao julgar inconstitucionais os parágrafos 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, que conferiam prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, conforme a seguinte decisão:

EMENTA: I. ADIn: legitimidade ativa: "entidade de classe de âmbito nacional" (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP [...] . **5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa.** IV. Ação de improbidade administrativa:

⁷³ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 434.

⁷⁴ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *op. cit.*, pp. 433-434.

extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade.

1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. **De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies.** 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal - salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade. 1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C. Pr. Penal. [...].

(ADI 2797, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-02 PP-00250) (grifo nosso)

3.2.2 A previsão constitucional e a Lei nº 8.429/92

A Constituição Federal⁷⁵, no art. 37, §4º, estabelece as sanções que podem ser cominadas aos atos de improbidade administrativa, nos seguintes termos:

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.

⁷⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1 nov. 2009.

Desde logo, cumpre apresentar a observação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁶:

Note-se que o dispositivo constitucional, ao indicar as medidas cabíveis, não se refere a elas como sanções. E, na realidade, nem todas têm essa natureza. É o caso da indisponibilidade de bens, que tem nítido caráter preventivo, já que tem por objetivo acautelar os interesses do erário durante a apuração dos fatos, evitando a dilapidação, a transferência ou ocultação dos bens, que tornariam impossível o ressarcimento do dano.

Isso se deve, segundo Mônica Garcia⁷⁷, pelo fato de que uma interpretação mais restritiva, que admitisse apenas as conseqüências discriminadas, e nenhuma outra, “não se coadunaria com a necessidade de observância dos princípios da probidade e da moralidade”, cuja concretização é o objetivo dos dispositivos adiante comentados.

Acrescente-se, ainda, que a aplicação do citado artigo constitucional ficará a cargo do Poder Judiciário, o qual, conforme leciona Sérgio Shimura⁷⁸, possui o encargo, ao realizar o controle externo da Administração Pública, de aplicar as sanções mais graves, “por força do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e da possibilidade de formação da coisa julgada”.

Na Lei 8.429/1992 as sanções cabíveis (relacionadas em seu art. 12) vão além do que foi determinado pela Carta Magna. Assim, são também previstas, dentre outras medidas:

[...] a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (para a hipótese de enriquecimento ilícito), a multa civil e a 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 majoritário⁷⁹.

Isso se deve ao caráter programático do art. 37, §4º da Carta Magna, portanto, de eficácia limitada, reclamando, destarte, a edição de norma infraconstitucional, a qual, obedecido o “conteúdo mínimo” das sanções apontado

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 763.

⁷⁷ GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 268.

⁷⁸ SHIMURA, Sérgio Seiji. Sanções pela prática do ato de Improbidade Administrativa. *Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO)*, v. 9, p. 100, 2009.

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op.cit.*, p. 763 (grifos nossos)

pelo dispositivo constitucional, poderia detalhá-las, bem como enumerar outras que poderiam ser cominadas, o que foi, de fato, realizado⁸⁰.

O artigo 12 é bem específico quanto à aplicação das sanções previstas na lei, dosando-as de acordo com cada espécie de ato praticado pelo agente.

Maria Sylvia Zanella di Pietro⁸¹ esclarece que o legislador estabeleceu uma gradação decrescente em termos de gravidade do ato praticado: os atos mais graves, que acarretam enriquecimento ilícito, teriam sido dispostos em primeiro lugar; em segundo lugar viriam os atos que causam prejuízo ao erário; e, em terceiro, os atos que atentam contra os princípios da Administração.

Como se observará, a Lei de Improbidade Administrativa apresenta a gradação de algumas das referidas penas, nos incisos de seu art. 12.

Com efeito, o inciso I prevê que, nas hipóteses do artigo 9º (atos que importam enriquecimento ilícito), caberá:

[...] 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; [...]⁸².

O inciso II, por sua vez, dispõe sobre as sanções cabíveis quando o ato praticado inserir-se no artigo 10 (atos que causam dano ao erário):

[...] 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

⁸⁰ SHIMURA, Sérgio Seiji. Sanções pela prática do ato de Improbidade Administrativa. *Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO)*, v. 9, p. 102, 2009.

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 764.

⁸² BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. (grifo nosso)

intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; [...] ⁸³. (grifo nosso).

Finalmente, no inciso III, temos as sanções direcionadas àqueles atos que atentam contra os princípios da Administração (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 ⁸⁴.

Vê-se, pois, que parte das cominações tem conteúdo preponderantemente patrimonial: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano e multa civil.

As demais não envolvem diretamente o patrimônio do agente ímprobo ou do terceiro participante, mas atingem o “status” da pessoa: perda da função pública, suspensão dos direitos políticos 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.

De efeito, a *perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente* objetiva devolver ao acervo patrimonial tudo o que lhe foi retirado. Tal sanção, não prevista no texto constitucional, não constitui de maneira alguma uma inconstitucionalidade por não se tratar propriamente de uma punição e sim de um restabelecimento do *status quo ante*.

Nessa hipótese, não é essencial a comprovação do prejuízo para que se aplique a sanção em comento.

A Constituição Federal prevê apenas a indisponibilidade dos bens do agente, uma medida cautelar claramente instituída para impedir que sejam dissipados os valores extirpados do erário público.

⁸³ BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. (grifo nosso)

⁸⁴ *Idem, ibidem*.

O *ressarcimento integral do valor do dano* refere-se a qualquer tipo de dano (moral ou material) causado ao patrimônio público, diferenciando-se da perda dos valores acrescidos do art. 9º porque independe de enriquecimento ilícito pelo agente, tendo como requisito apenas a ocorrência do dano.

A *multa civil* imposta traduz claramente a natureza civil da sanção por ato de improbidade administrativa. Ela será exigida em qualquer ato de improbidade cometido pelo agente, independentemente de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário.

A *perda da função pública* é aplicável em todos os níveis de atos de improbidade administrativa previstos na lei. Sua aplicação sofre restrições constitucionais por razões de segurança nacional, sendo indicados textualmente a forma e os limites desta penalidade.

O princípio da presunção de inocência fundamenta a regra de que a perda da função pública não será aplicada enquanto pendente qualquer recurso, ainda que se valha de efeito meramente devolutivo.

Por sua vez, a *proibição de contratar com a Administração Pública ou receber os benefícios fiscais ou creditícios* é extensível à pessoa jurídica da qual o agente da improbidade seja sócio majoritário, bem como à pessoa do cônjuge, nos casos de casamento com comunhão de bens.

Já a *suspensão dos direitos políticos* é uma sanção retirada da própria Carta Magna, sendo aplicada gradualmente, a critério do juiz, de acordo com a gravidade do ato ímprobo (art. 37, § 4º, CF/88; art. 12, parágrafo único, Lei nº 8.429/1992). Consiste na privação temporária ao exercício da cidadania, com o que a pessoa se vê impedida da prática de quaisquer atos para os quais se exija o pleno gozo desses direitos, como é o caso da capacidade eleitoral ativa e passiva (direito de votar e ser votado).

No entanto, ressalte-se, tal privação não gera perda do cargo em exercício naquele momento, tampouco a perda da nacionalidade.

Imperioso observar que o Juiz, na fixação de todas as penas aludidas, deve atentar à extensão do dano causado, aqui entendida em sentido amplo, abrangendo não só o dano ao erário, ao patrimônio público em sentido econômico, mas ao patrimônio moral do Estado e da sociedade, bem como o proveito

patrimonial obtido pelo agente, conforme a dicção do art. 12, parágrafo único da Lei nº 8.429/1992.

Outro aspecto de relevo diz respeito à possibilidade de aplicação cumulativa das penas previstas no referido artigo. Conforme aponta Zanella Di Pietro⁸⁵:

O ato de improbidade afeta ou pode afetar valores de natureza diversa. Com efeito, o ato de improbidade afeta, em grande parte, o patrimônio público econômico-financeiro; afeta o patrimônio público moral; afeta o interesse de toda a coletividade em que a honestidade e a moralidade prevaleçam no trato da coisa pública; afeta a disciplina interna da Administração Pública. **Ora, se valores de natureza diversa são atingidos, é perfeitamente aceitável que algumas ou todas as penalidades sejam aplicadas concomitantemente.**

Acrescente-se, tendo em vista a clareza de seu raciocínio, o seguinte trecho de estudo desenvolvido por Juarez Freitas⁸⁶, o qual, por sintetizar adequadamente a aplicação das sanções em decorrência de ato de improbidade, é apresentado em termos integrais:

Diversamente, no atinente às outras espécies de improbidade, antecipa-se que não se trata de cominações que se devam considerar em moldes tão rígidos, destacadamente quando relacionadas a atos de improbidade por violação a princípios. Dito sem titubeio: com a devida motivação, **as sanções (previstas no art. 12 da Lei 8.429) podem ser aplicadas isoladamente, na salutar compreensão de que a lógica jurídica não se circunscreve a silogismos formais, nem se destina a soluções traduzíveis em extremos**, sob pena de, na prática corrente, redundar triunfante a antijuridicidade ou o erro de combater o mal com o mal maior.

Por meio da exegese preconizada, ao se admitir a aplicação singularizada das penalidades, exceto na maior parte dos casos do art. 9º, outorga-se interpretação teleológica e proporcional à dicção do parágrafo único do art. 12, ou seja, sem retributivismo destituído do senso de equidade. **É dizer, na mediação fixadora das penas políticas e civis, o juiz levará em conta a extensão do dano, assim como o proveito patrimonial logrado pelo agente, não apenas para dosar as penalidades, senão que para elegê-las.** Tal atitude resulta a mais favorável às finalidades eticizantes do diploma legal, por meio da contemplação das circunstâncias objetivas e subjetivas, agravantes e atenuantes, da ação ou omissão reprovável, com a cautelosa prerrogativa de, ao apreciar o caso, zelar pela não-instauração do destempero. **Ressalte-se que, no geral das vezes, para a modalidade que acarreta enriquecimento ilícito, as sanções precisam ser aplicadas**

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 764-765. (grifo nosso)

⁸⁶ FREITAS, Juarez. O princípio constitucional da moralidade e a nova interpretação do Direito Administrativo. In: BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a César Asfor Rocha*: Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais e Jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 139-140. (grifo nosso)

de modo global, em função da gravidade do ato praticado. Ei-las: a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (mister perceber que não se trata de mero efeito da condenação, como na seara penal), ressarcimento integral do dano, 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, incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, mesmo que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Observe-se, quanto à proibição de contratar, que tal penalidade poderia, à primeira impressão, transcender àquela imposta pela declaração de inidoneidade, contida na Lei de Licitações (art. 87, IV). Todavia, ali se diz “enquanto perdurarem os motivos” determinantes. **Ao mesmo tempo, impende observar que não se descortina dificuldade maior para aplicar as sanções contidas na Lei 8.429 (no que couber, é claro) à pessoa jurídica.** À evidência, não se cuida, aqui, de aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. **Cristaliza-se não propriamente uma transposição sancionatória (vedada, aliás), mas a simples sanção de pessoa que ofereceu o seu aporte ao aperfeiçoamento do ato ímprobo.**

Por oportuno, cumpre observar que se afigura plenamente possível que o ato ou omissão violadores da probidade possam ser enquadrados nos três tipos de improbidade administrativa previstos em lei. Nesse caso, serão cabíveis as sanções para a infração mais grave (enriquecimento ilícito).

Pela análise do artigo 21 podemos inferir, ainda, que a aplicação das sanções previstas na lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público e da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas. Isso quer dizer que não é requisito indispensável para a configuração da improbidade administrativa o prejuízo causado ao erário.

Marcelo Figueiredo⁸⁷ entende que, com essa disposição, a lei intentou demonstrar que não se presta a punir apenas danos materiais causados à Administração, mas também violações ao princípio da moralidade administrativa, ou seja, danos morais causados a ela, mesmo que isso não resulte em prejuízo de ordem econômica.

Ressalte-se que o inciso I do artigo em questão deve ser interpretado restritamente, relacionando-se tal dispositivo somente ao dano ao patrimônio de valor econômico. Não estão abrangidos bens de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, assim definidos pela Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular).

⁸⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 319.

Outrossim, insta ressaltar que a cominação de tais penalidades subsume-se ao princípio da proporcionalidade, conforme nos informa o seguinte excerto jurisprudencial⁸⁸:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS PENALIDADES PREVISTAS NO ART. 12 DA LEI 8.429/92. INADEQUAÇÃO. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Na hipótese examinada, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra Luiz Carlos Heinze (Prefeito do Município de São Borja/RS), ora recorrido, com fundamento no art. 11, I, da Lei 8.429/92, em face de desvio de finalidade de verba orçamentária. Por ocasião da sentença, o ilustre magistrado, após reconhecer a configuração de ato de improbidade administrativa, aplicou pena de multa, afirmando que "há de levar em conta a ausência de prejuízo material pelo desembolso do valor destinado à aquisição do veículo, resumindo-se ele (prejuízo) na burla, que, ao final, não restou demonstrada se procedida de forma intencional ou culposa" (fl. 179), a qual foi mantida pelo Tribunal de origem. O ora recorrente interpôs recurso especial com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, no qual alega violação do art. 12, III, da Lei 8.429/92. Sustenta que, configurado ato de improbidade administrativa, as penalidades previstas no referido artigo devem ser aplicadas cumulativamente.

2. A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 exige que o magistrado considere, no caso concreto, "a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente" (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais não devem ser aplicadas, indistintamente, de maneira cumulativa.

3. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 713.146/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 22.3.2007, p. 324; REsp 794.155/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 4.9.2006, p. 252; REsp 825.673/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 25.5.2006, p. 198; REsp 513.576/MG, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 6.3.2006, p. 164; REsp 300.184/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 3.11.2003, p. 291; REsp 505.068/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29.9.2003, p. 164.

4. Desprovimento do recurso especial.

⁸⁸ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 626604. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Luís Carlos Heinze. Relator: Min. Denise Arruda. Distrito Federal, 29 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp> . Acesso em 10 nov. 2009. (grifos nossos)

3.2.3 Os mecanismos administrativo e judicial de repressão ao ato de improbidade administrativa

A Lei nº 8.429/92 estatui normas sobre o direito de qualquer pessoa poder representar com vistas a instaurar investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade, conforme nos informa o seu art. 14. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸⁹, “trata-se de direito de natureza constitucional, que poderia ser exercido mesmo que não previsto nessa lei, já que assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXIV, a, da Constituição”.

Acrescenta o §1º de aludido dispositivo que a representação deve ser feita por escrito, ou reduzida a termo e assinada, contendo a qualificação do representante, as informações sobre o fato e a sua autoria, bem como a indicação das provas de que tenha conhecimento. Se não observados tais requisitos, possível a rejeição, pela autoridade administrativa competente, em despacho fundamentado, da representação, o que não impede, todavia, a sua realização junto ao Ministério Público.

Caso atendidas as exigências, de acordo com o §3º do artigo em questão, seu processamento dar-se-á de imediato, cumprindo-se as formalidades exigidas pelo estatuto jurídico correspondente, no caso de servidores públicos civis, ou pelos regulamentos disciplinares respectivos, na hipótese de servidor militar.

Em se tratando de processo administrativo, a competência para legislar cabe a cada ente da federação, motivo pelo qual estes deverão observar as suas leis sobre processo administrativo disciplinar.

Uma vez instaurado processo administrativo, exige o art. 15 da Lei nº 8.429/92 que a comissão permanente dê conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal (ou Conselho) de Contas da existência de procedimento que visa apurar a prática de ato de improbidade, permitindo-lhes, conforme o parágrafo único de citado dispositivo, indicar representante para acompanhamento de seu trâmite.

Este último preceito não significa que o Ministério Público possa interferir no desenvolvimento do processo a cargo da Administração Pública. Ele poderá adotar as providências que entender cabíveis, como a instauração de inquérito civil

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 765.

ou criminal, caso verifique omissão ou irregularidade, mas não poderá participar da realização do procedimento administrativo que não seja atribuição sua.

No que toca à ação judicial de improbidade administrativa, segundo aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁰:

Vem se firmando o entendimento de que a ação judicial cabível para apurar e punir os atos de improbidade tem a natureza de ação civil pública, sendo-lhe cabível, no que não contrariar disposições específicas da lei de improbidade, a Lei nº 7.347/85, de 24-7-85. É sob essa forma que o Ministério Público tem proposto as ações de improbidade administrativa, com aceitação pela jurisprudência [...].

Contudo, tal nomenclatura é alvo de críticas. Destaque-se a ponderação de Marino Pazzaglini Filho⁹¹:

Parece-me menos adequada a denominação *ação civil pública*, pois tradicionalmente designa a ação, disciplinada pela Lei nº 7.347/85, de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo [...] e por infração da ordem econômica e da economia popular, enquanto a tutela do interesse difuso da probidade administrativa é regida pela LIA [Lei de Improbidade Administrativa], que apresenta procedimento especial e objeto diverso daquela.

Nesse passo, também são empregadas as denominações ação de responsabilidade civil ou, simplesmente, ação civil de improbidade administrativa.

Entretanto, a questão do nome a ser dado a ação não possui relevância jurídica maior, pois o direito de ação não depende da titulação para sua existência e formulação. Pelo contrário: afigura-se genérico e irrestringível segundo a norma constante do art. 5º, XXXV, CF/88⁹².

Como referido alhures, a ação de improbidade administrativa é “procedimento especial de jurisdição contenciosa”⁹³, embora a Lei nº 8.429 refira-se, impropriamente, ao rito ordinário como o adotado para o seu processamento.

Cumpra observar que o trâmite de tais ações encontra-se definido no art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 766.

⁹¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino, *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 197.

⁹² PAZZAGLINI FILHO, *op. cit.*, p. 198.

⁹³ *Idem, ibidem*, p. 200.

Inicialmente, tem-se que a legitimidade ativa para a propositura da ação caberá: a) ao Ministério Público, fiscal institucional por excelência, com a função de preservar a própria higidez da Administração Pública, estendendo-se sua legitimação, inclusive, àquelas ações em que se busca tão-somente o ressarcimento de dano ao erário; b) à pessoa jurídica interessada (assim definidas no art. 1º da Lei nº 8.429/92), que possui a faculdade de, não desejando invocar diretamente a tutela jurisdicional, representar ao Ministério Público, para que este examine a pertinência de apurar o ato de improbidade eventualmente cometido, ou, de imediato, ingresse em juízo.

No caso de propositura da ação pelo último legitimado acima referido, o Ministério Público atuará, obrigatoriamente, como fiscal da lei (art. 17, §4º, Lei nº 8.429/92).

Ressalte-se que a redação original do art. 17, §3º indicava que a pessoa jurídica interessada, quando o *Parquet* tiver proposto a ação, integraria a lide na qualidade de litisconsorte. Contudo, com a sua alteração pela Lei nº 9.366/96, ficou estabelecida a aplicação, no que fosse cabível, do art. 6º, §3º, da Lei nº 4.717/65, permitindo-se que, de maneira idêntica ao que ocorre na Ação Popular, a pessoa jurídica interessada possa contestar o feito, assistir ao autor ou abster-se quanto às alternativas anteriores.

A petição inicial, conforme pondera Marino Pazzaglini Filho⁹⁴, deverá conter:

1. **descrição minudente do fato considerado pelo autor configurador de ato de improbidade administrativa** (narrativa dos atos de improbidade imputados ao agente público e seu enquadramento);
2. **demonstração, mediante elementos probatórios idôneos, da existência verossímil das improbidades administrativas arroladas na inicial** (na impossibilidade de apresentá-los de imediato, com oferecimento das razões desse impedimento);
3. **provas já disponíveis (pré-constituídas) sobre a veracidade dos fatos alegados [...]; e**
4. **pedido integral e preciso, arrolando todas as sanções pretendidas e, com respeito às graduadas, especificando seu quantum [...].**

O regramento estabelecido na Lei de Improbidade Administrativa apresenta uma fase de admissibilidade da petição inicial, conforme o seu art. 17, §§

⁹⁴ PAZZAGLINI FILHO, *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 202. (grifos do autor)

6º a 10, ou seja, há um procedimento especial preambular, em que é feito um juízo prévio, em seguida ao recebimento de defesa prévia do requerido.

O intento desse procedimento liminar, cuja inobservância implica em ofensa ao devido processo legal, é o de impedir ações temerárias ou infundadas.

Assim, o Magistrado, considerando em forma a exordial, ordenará a sua autuação e notificação do réu para manifestação por escrito, no prazo de 15 (quinze) dias, sobre os termos da ação proposta, facultada a instrução de sua defesa com documentos e justificações. A ausência de tal comunicação constituirá nulidade absoluta e insanável do processo, repita-se, por violação ao princípio fundamental da ampla defesa.

Dentro desse contexto, caberá ao Juiz, completado este contraditório vestibular, em decisão fundamentada, receber a petição inicial, com a posterior citação do requerido para apresentar contestação, ou rejeitá-la, se convencido da não existência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

Observe-se que nas duas primeiras hipóteses de rejeição há julgamento de mérito preliminar, com a extinção do processo, mesmo antes da formação regular da relação processual, sendo cabível a interposição do recurso de apelação (art. 513, CPC). Já na outra hipótese, ocorre mero indeferimento da ação sem julgamento de mérito, o que, inclusive, pode acontecer em qualquer fase do processo (art. 17, §11, Lei nº 8.429/92).

A Lei de Improbidade Administrativa prevê algumas medidas de natureza cautelar, a saber: indisponibilidade dos bens, cabível quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito; seqüestro, quando houver fundados indícios de responsabilidade, devendo processar-se de acordo com as disposições constantes no CPC; investigação, exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior; afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração.

À exceção da primeira, todas as demais medidas só poderão ser decretadas pela via judicial, devendo, em tais casos, a ação principal ser proposta dentro de 30 (trinta) dias da efetivação da providência cautelar.

Uma vez apresentada a contestação, o prosseguimento da ação civil de improbidade assemelha-se aos de ações sujeitas ao rito ordinário previsto no Código de Processo Civil, inclusive com a possibilidade de ampla produção probatória, aplicados os prazos comuns, até o julgamento de mérito da demanda.

O §12 do artigo em tela possibilita o ajuste prévio entre os agentes públicos que exercem os cargos elencados no art. 221, *caput*, do Código de Processo Penal e o Magistrado sobre o local, dia e hora para serem inquiridos.

Ademais, o §1º do mencionado dispositivo faculta ao Presidente e Vice-Presidente da República, aos Presidentes do Senado Federal; da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal a opção de prestar documento por escrito, sendo-lhes transmitidas, por ofício, as perguntas formuladas pelas partes e deferidas pelo Juiz.

Ressalte-se que o eventual reconhecimento da improbidade administrativa pode envolver a desconstituição do ato ou contrato administrativo impugnado e, muitas vezes, o exame incidental de lei ou ato do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional seja questão prévia, a ser decidida antes do mérito do pedido.

Logo, não existem óbices à fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, pois, de acordo com a lição de Marino Pazzaglini⁹⁵, “na ação de improbidade administrativa, a coisa julgada material recai apenas sobre o pedido, e não sobre os motivos ou fundamentação da decisão, valendo a conclusão sobre questão constitucional apenas como suporte da sentença”.

A sentença, na ação civil de improbidade administrativa, apresenta, em regra, três capítulos⁹⁶:

- a) declaratório, que versa sobre o reconhecimento de que o ato praticado pelo agente público, no exercício de suas atividades, constitui

⁹⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 216.

⁹⁶ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 13 e 37. Para o renomado autor, em estudo específico sobre o tema, os capítulos de sentença podem ser definidos como “as partes em que a sentença comporta uma decomposição útil” ou “unidades autônomas do decisório da sentença”.

improbidade administrativa enquadrável em uma (ou mais) das hipóteses previstas nos arts. 9º a 11 da Lei nº 8.429/92;

b) constitutivo, que abrange a declaração do direito de desconstituição do ato considerado ímprobo, bem como a constituição de nova situação jurídica, com a anulação daquele; e

c) condenatório, o qual diz respeito à aplicação das sanções civis, administrativas e políticas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, que, de um lado, deve obediência ao princípio da correlação entre o pedido formulado pelo autor e o conteúdo da sentença (art. 460, CPC), bem como, por outro, necessita observar a proporcionalidade com o ato ímprobo e a extensão do efetivo dano financeiro porventura demonstrado nos autos.

Saliente-se que a sentença que decretar a reparação do dano patrimonial, ou a perda dos bens havidos ilicitamente, determinará o pagamento ou a reversão dos bens em favor do órgão ou entidade prejudicada pelo ato de improbidade⁹⁷.

É de se ressaltar que o exame da ocorrência dos fatos imputados ao réu, em caso de dúvida do julgador, deve sempre atender ao princípio da presunção de não-culpabilidade, consagrado constitucionalmente (art. 5º, LVII, CF/88). Não se afigura razoável a condenação nas graves sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa a não ser na presença de prova firme da existência da improbidade.

Em caso de julgamento pela improcedência, conforme observa Rogério Pacheco Alves⁹⁸:

[...] quando proposta a demanda pelo ente de direito público lesado, reclama a incidência do art. 475 do CPC, sujeitando-se ao duplo grau obrigatório de jurisdição. O mesmo ocorrerá quando proposta a ação pelo Ministério Público ou pelas associações, incidindo, agora, a regra do art. 19 da Lei de Ação Popular, uma vez que, por agirem legitimados em defesa do

⁹⁷ Art. 18, da Lei nº 8.429/92. (BRASIL, Lei nº 8.429 de 2 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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em 20 out. 2009).

⁹⁸ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 806.

patrimônio público, é possível entender que a sentença, na hipótese, foi proferida “contra” a União, o Estado ou o Município, mesmo que tais entes tenham contestado o pedido inicial [...].

Nesse caso, deve-se atender ao que preceitua o verbete sumular nº 45 do STJ⁹⁹: “No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública”.

Quanto aos recursos cabíveis, não há óbice para a aplicação do art. 499, CPC, ainda que em caso de improcedência do pedido postulado pelo autor da ação. Cite-se¹⁰⁰ mencionado dispositivo, *verbis*:

Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

§ 1º Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

§ 2º O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

Ressalte-se, por fim, que, diante da regra insculpida no art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/92, é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações voltadas a combater atos de improbidade administrativa, tendo em vista a força dos interesses que ali estão sendo preservados, vale dizer, os da coletividade.

3.2.4 A responsabilidade dos sucessores

As sanções aplicadas ao agente ímprobo, por força do que dispõe o art. 8º da Lei nº 8.429/92 poderão ser estendidas aos seus sucessores, nos limites da herança por eles recebida. A redação de mencionado artigo informa-nos, *verbis*:

Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.

A interpretação do dispositivo em questão deve, a princípio, dar-se em sintonia com o que preceituam os arts. 1.792 e 1.997 do Código Civil, que versam

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 45. *No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública*. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 10 nov. 2009.

¹⁰⁰ BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm->. Acesso em: 10 nov. 2009.

sobre a existência de responsabilidade do sucessor pelos débitos do falecido, de acordo com a parcela de herança que lhe couber.

A Lei de Improbidade Administrativa expressamente estipulou tão-somente a responsabilidade decorrente de dano ao patrimônio público (art. 10) ou de enriquecimento indevido por parte do agente (art. 9º), o que propiciaria a conclusão de que estaria englobado o montante referente ao prejuízo causado ao erário ou fruto do acréscimo em seu patrimônio de forma ilícita, com perda desses bens, sem fazer alusão, por sua vez, à transmissibilidade no caso de multa civil decorrente do ato de improbidade (art. 12, incs. I a III).

Pensamento contrário quanto à transmissão da multa civil aos sucessores, apresentado por parcela da doutrina¹⁰¹, não merece prosperar, tendo em vista que o art. 5º, XLV, da CF/88 tem aplicabilidade direcionada ao campo penal, razão pela qual não pode ser considerada como obrigação patrimonial inerente à pessoa do falecido, diante do que, portanto, é transmissível.

No que concerne às demais sanções cominadas no art. 12, por atingirem somente a pessoa do ímprobo, não serão passíveis de transmissão aos sucessores, sob pena de sujeitá-los a todas as cominações de lei, tendo como único limite o valor da herança, para aquelas que fossem de caráter patrimonial, situação esta, entretanto, maculada por inconstitucionalidade.

Ante a natureza jurídica das sanções pecuniárias, mesmo que o agente ímprobo tenha falecido, será possível a instauração de relação processual para a perquirição dos ilícitos praticados e eventual aplicação das sanções, sendo o pólo passivo composto pelo espólio ou pelos sucessores do ímprobo.

Por fim, há de se observar que é possível perquirir a responsabilidade pessoal e direta dos sucessores pelos ilícitos praticados, de acordo com os termos do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa.

Isso, dentre outras hipóteses, se dará quando¹⁰²:

¹⁰¹ Cf. MARTINS JR., Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 318.

¹⁰² ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 243.

O herdeiro tenha participado da ocultação do numerário obtido ilicitamente; quando o ímprobo, ainda em vida, tenha doado ou simulado a venda dos bens adquiridos com o numerário de procedência ilícita [...]. Nestes casos, a responsabilidade do sucessor se identificará com a de terceiros que tenham concorrido para a prática do ato de improbidade, o que, por evidente, pressupõe que seja devidamente provado o elemento subjetivo do agente.

4 A PRESCRIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Instituto jurídico de alta monta, a prescrição é a exteriorização mais clara, ao lado da decadência, de como o transcurso do tempo pode influir nas relações jurídicas estabelecidas entre os particulares, e entre estes e o Estado, com o qual possuem relação especial de sujeição, tendo em vista os princípios próprios que o individualizam, tais como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.

Neste passo, conforme aduz Clarissa Sampaio Silva¹⁰³:

Em função da já decantada necessidade que o ser humano tem de estabilidade e segurança para planejar sua vida, o Direito não pode admitir que determinadas situações fiquem eternamente pendentes, não havendo previsibilidade com relação a um desfecho. Tanto essas situações são repudiadas, que até mesmo o exercício da garantia fundamental do direito de ação (CF, art. °, XXV) é limitado pela prescrição [...].

De fato, a prescrição encontra-se arraigada por todo o ordenamento jurídico, sendo, portanto, inadmissível supor que a Administração, estando sob a égide desse sistema jurídico, também não estivesse sujeita a prazos prescricionais, seja para a tutela de direitos, seja para a revisão de seus próprios atos.

No presente capítulo, serão traçadas as linhas conceituais do instituto da prescrição, analisando-se, outrossim, a sua aplicabilidade no âmbito da Administração Pública, concluindo com o tratamento jurídico dispensado pela Lei nº 8.429/92 a respeito do tema.

4.1 CONCEITO, FUNDAMENTO E OBJETO

4.1.1 O princípio da segurança jurídica

É senso comum a necessidade do estabelecimento de regras para convivência. Contudo, acresce-se a essa noção o entendimento de que as normas que regulam as condutas dos cidadãos não podem ficar ao bel-prazer daqueles legitimados para elaborá-las.

¹⁰³ SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 91.

Vale dizer: o Direito, conquanto influenciado pelas mudanças sociais, incluindo-se nelas as alterações quanto ao grupo social detentor do poder, em dado momento histórico, não pode permanecer inteiramente aberto às confluências resultantes da disputa desse mesmo controle, bem como é desarrazoado e arbitrário utilizá-lo como instrumento de perseguição ou vingança contra aqueles que não coadunam com a ideologia predominante.

Nesse sentido, compreendemos que as normas jurídicas, uma vez inseridas no ordenamento, devem significar a pacificação de determinada controvérsia ou, ao menos, indicar orientação de conduta a ser seguida pelos seus destinatários, em suas relações jurídicas particulares, assim como em sua relação com o Estado.

De todo modo, uma vez questionada a conformidade do ato de certo indivíduo com o regramento posto, caberia ao Poder Judiciário, interpretando a situação diante do complexo de normas jurídicas, determinar a reparação, ou não, do ato impugnado.

Destarte, considerando que é necessário o mínimo de certeza quanto a validade das normas em determinado momento, com vistas a melhor convivência, impedindo-se conflitos, gerados por eventuais dúvidas, erigiu-se o princípio da segurança jurídica.

Referido princípio, em sentido amplo, poderá abranger¹⁰⁴:

[...] i) a garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; ii) a garantia contra restrições legislativas dos direitos fundamentais (proporcionalidade) e, em particular, contra a retroatividade de leis punitivas; iii) o devido processo legal e o juiz natural; iv) a garantia contra a incidência do poder reformador da Constituição em cláusulas essenciais; v) o direito contra a violação de direitos; vi) o direito à efetividade dos direitos previstos e declarados solenemente; vii) o direito contra medidas de cunho retrocessivo (redução ou supressão de posições jurídicas já implementadas); viii) a proibição de retrocesso em matéria de implementação de direitos fundamentais; ix) o direito à proteção da segurança pessoal, social e coletiva; x) o direito à estabilidade máxima da ordem jurídica e da ordem constitucional.

¹⁰⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 672.

J. J. Gomes Canotilho¹⁰⁵, com lapidar ensinamento, conforma os limites da segurança jurídica:

O princípio da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a idéia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. **As refracções mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a actos normativos – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.**

Conforme explicitado acima, a segurança jurídica está intimamente ligada ao princípio da confiança. Veja-se o seguinte trecho da obra do mestre lusitano¹⁰⁶:

Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança- andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está condicionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante *qualquer acto* de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial.

Dessa forma, a segurança é traço imanente ao Direito, tanto nas relações entres os indivíduos como nas destes com o Estado, caracterizando “[...] verdadeiro princípio implícito à cláusula do Estado Democrático de Direito e ao sistema de direitos fundamentais”¹⁰⁷, sendo, ademais, “fator de garantia de condições materiais de vida digna”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Almedina: Coimbra, 1999, p. 252. (grifos nossos)

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 252. (grifos do autor)

¹⁰⁷ NASSAR, Elody. *Prescrição na administração pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 39.

Elody Nassar¹⁰⁹ informa-nos que:

Não sendo estabelecido de modo expesso na nossa Constituição Federal, **o princípio da segurança jurídica se apresenta como princípio constitucional implícito**. Alguns doutrinadores até chegaram a dizer que a segurança está expressa na Constituição no seu art. 5º, *caput* [...].

Em nome da segurança jurídica, consolidaram-se institutos desenvolvidos historicamente, com destaque para a preservação dos direitos adquiridos e da coisa julgada.

O conflito de valores entre segurança e lei inclina-se a favor do *status quo*, fazendo valer uma série de argumentos opostos à retroatividade: a confiança dos jurisdicionados, a necessária previsibilidade das situações, a irreversibilidade dos fatos materiais e do tempo decorrido¹¹⁰.

Nessa ordem de idéias firmou-se o conceito de prescrição, vale dizer, da estabilização das relações jurídicas, potencialmente litigiosas, por força do decurso do tempo.

A imprescritibilidade, destarte, desponta em todas as disciplinas jurídicas como atentatória e imoral à estabilidade das relações sociais, sendo exceção à regra geral da prescritibilidade dos direitos.

No direito brasileiro, como não poderia deixar de ser, a regra é a prescritibilidade das pretensões, inclusive as de natureza punitiva; a imprescritibilidade aparece como exceção.

Elody Nassar¹¹¹, após colocar que os dois pilares do Estado Democrático de Direito são a justiça e a segurança, afirma:

A influência do tempo, consumido pela inércia do titular, serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais. Como passou muito tempo sem modificar-se o atual estado das coisas, não é justo que se continue a expor as pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles. A prescrição assegura que, daqui em diante, o inseguro é seguro; quem podia reclamar não mais o pode.

¹⁰⁹ NASSAR, Elody. *Prescrição na administração pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

¹¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 42.

¹¹¹ *Idem, ibidem*, p. 45.

Assume a segurança jurídica uma dimensão social, pois é norma constitucional, ainda que implícita, cujo efeito imediato é sua incidência sobre a realidade social, sem a necessidade de mediação legislativa, sendo possível buscar a tutela de expectativas legítimas do cidadão, ou, pelo menos, exigir-se o mínimo de estabilidade das normas jurídicas.

É, portanto, o princípio da segurança jurídica um dos princípios gerais do direito, base para as normas que fixam a prescrição e a decadência, bem como aquelas que fixam prazo para a Administração rever seus próprios atos.

A título de arremate, Elody Nassar¹¹² ressalta que:

[...] a prescrição está fundamentada na necessidade de certeza nas relações jurídicas. O Estado não pode tolerar a perpetuação das situações dúbias. Se o titular do direito ofendido não age, propondo a ação para restabelecer o equilíbrio desfeito, o Estado – visando à estabilidade das relações em sociedade –, consolida a situação criada, punindo, dessa forma, aquele que negligenciou a defesa de seu direito.

4.1.2 Caracteres essenciais

A prescrição, conforme ensina Câmara Leal¹¹³, “[...] é a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso”.

Clóvis Beviláqua¹¹⁴, responsável pela elaboração do Código Civil de 1916 (CC/16), assim se referia a tal instituto:

Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado lapso de tempo. Não é o fato de não se exercer o direito que lhe tira o vigor; nós podemos conservar inativos em nosso patrimônio muitos direitos, por tempo indeterminado. O que o torna inválido é o não uso da sua propriedade defensiva, da ação que o reveste e protege.

Neste passo, tem-se que o referido entendimento foi consolidado pelo art. CC/16, bem como através da leitura do art. 75 do mesmo diploma legal, em que se

¹¹² NASSAR, Elody. *Prescrição na administração pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 46-47.

¹¹³ LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p.12.

¹¹⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Servanda, 2007, p. 399. (grifos nossos)

consubstanciava, claramente, a idéia de que a prescrição afetava, diretamente, a ação.

A prescrição, por conseguinte, diz respeito aos efeitos que o transcurso do tempo pode causar sobre os direitos subjetivos¹¹⁵.

Observa-se, outrossim, que a noção de prescrição trazida pelos renomados estudiosos deve ser entendida dentro do contexto da evolução da teoria da ação, cuja corrente predominante, à época, era a imanentista, ou clássica, segundo a qual, de acordo com o magistério de Moacyr Amaral dos Santos¹¹⁶:

[...] a ação se prende indissolavelmente ao direito que por ela se tutela. Direito ou qualidade deste, direito em movimento como conseqüência de sua violação, como diz Savigny, direito em seu exercício, no dizer de Vinnius, direito em pé de guerra, reagindo contra sua ameaça ou violação, segundo Unger, direito elevado à segunda potência, conforme Mattiolo, uma posição do direito, como disse Filomusi Guelfi, propriedade, virtude, qualidade, elemento, função, anexo do direito, a ação não é outra coisa senão o próprio direito subjetivo material. Daí três conseqüências inevitáveis: não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito.

Em síntese, a ação constituiria o próprio direito subjetivo material reagindo contra qualquer violação ou ameaça de transgressão, sendo duas faces de uma mesma moeda, do que se extraía a conclusão de que a prescrição extintiva atacava o direito de ação e, indiretamente, o próprio direito material violado, que permaneceria inerte¹¹⁷.

Essa concepção, todavia, restou superada pela teoria da ação como um modelo autônomo e abstrato.

Atualmente, a doutrina processualista a define como um direito subjetivo público, independente do direito material invocado pelo autor. Nesse sentido, informa-nos Fredie Didier¹¹⁸ que a ação “seria o direito de provocar a jurisdição, direito ao processo, direito de instaurar a relação jurídica processual”.

¹¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v.1., p. 555.

¹¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil: processo de conhecimento*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.1, p. 156. (grifos nossos)

¹¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.1, p. 456.

¹¹⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, v.1, p. 176.

Os autonomistas dividiam-se entre os “abstrativistas”, que entendiam o direito de ação como abstrato, pois haveria sempre, não importando o resultado (existência ou não do direito material) da causa, e os “concretistas”, para os quais o direito de ação só existiria se o autor tivesse o direito material. A primeira corrente prevaleceu, observados os temperamentos trazidos pela teoria eclética de Enrico Tullio Liebman, sendo a adotada pelo Código de Processo Civil em vigor.

A partir desse giro paradigmático no âmbito processual, desvinculando-se o direito de ação da existência do direito subjetivo material, não há óbice para que o seu titular ajuíze demanda com vistas à reparação do direito que entende possuir, ainda que encerrado o prazo prescricional.

Destarte, não há que se falar em prescrição como perda do direito de ação; tanto esta como o direito material permanecem incólumes. Perece, em verdade, a pretensão, assim definida por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho¹¹⁹ como:

O poder de exigir de outrem coercitivamente o 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**.

Nesse sentido dispõe o art. 189¹²⁰, CC/02, ao preceituar que, havendo violação de direito, “nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

Percebe-se que, com o escoamento do prazo prescricional, o direito de fundo subsiste, mas o seu titular não mais poderá exigir o seu cumprimento¹²¹.

Interessante notar, contudo, que, mesmo com a mudança conceitual traçada pelo vigente Código Civil, a observação de outros diplomas legislativos e, até mesmo da própria Constituição Federal de 1988, permite-nos vislumbrar que não

¹¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo curso de direito civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.1, p. 457. (grifos nossos)

¹²⁰ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 out. 2009.

¹²¹ Essa afirmativa, contudo, conforme aponta Américo Luís Martins da Silva (*apud* SHIMURA, Sérgio, Prescrição e Estabilidade Jurídica. *Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO)*, Osasco, v. 6, p. 99), é excepcionada, em matéria tributária, pois a prescrição atingiria tanto o direito material como o direito de ação (arts. 156 e 174, Código Tributário Nacional). Portanto, ocorrente a prescrição, a Fazenda Pública não poderia se recusar a fornecer certidão negativa ao contribuinte.

se procedeu à correspondente atualização dos mesmos, quando se referem à prescrição, remanescendo, de certa forma, a noção anterior do instituto, vinculando-o ao direito de ação.

Confira-se, nesse sentido, o estudo de Sérgio Shimura¹²², *verbis*:

Malgrado esse conceito, há uma certa contradição com o regime previsto no CPC (art. 269, IV), que diz que é de *mérito* a sentença que extingue o processo com base na prescrição. De conseguinte, há quem sustente ser a prescrição instituto de *direito material*.

Além disso, quanto à terminologia, há uma peculiaridade. Pelo Código Civil de 2002 (art. 1894) e pelo CDC [Código de Defesa do Consumidor] (art. 275), seria mais correto falar-se em “perda do direito à *pretensão*”. Porém, a própria Constituição da República alude à “*ação*” [o autor menciona o art. 37, §5º, CF/88, objeto do presente trabalho].

Maria Helena Diniz¹²³ anota que a prescrição, ao extinguir a pretensão, tolhe “tanto o direito de ação como de exceção, visto que o meio de defesa de direito material deve ser exercido no mesmo prazo em que prescreve a pretensão”, em conformidade com o art. 190 do atual Código Civil. Deve-se entender a exceção como “técnica de defesa que só se viabiliza quando a pretensão for deduzida”¹²⁴.

Os prazos prescricionais são previstos em lei e não podem ser alterados pelas partes, sendo permitida, contudo, a sua renúncia, que pode ser expressa ou tácita, desde que não acarrete prejuízo a terceiro e ocorra após a consumação do prazo.

A prescrição pode ser: a) aquisitiva, quando o decurso de seu prazo implica na consumação de dado direito em favor de seu titular, o qual passa a ter seu patrimônio jurídico acrescido, como, p.ex., no caso da usucapião (art. 1.238 e ss., CC/02)¹²⁵; b) extintiva, em que o término do lapso prescricional indica o perecimento daquela pretensão.

¹²² SHIMURA, Sérgio Seiji. Prescrição e Estabilidade Jurídica. *Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO)*, Osasco, v. 6, p. 97, 2006.

¹²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008, v.1, p. 388.

¹²⁴ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 389.

¹²⁵ Observe-se, contudo, que a classificação ora apresentada leva em consideração distinção apresentada por Clóvis Beviláqua, cujos fundamentos, segundo DINIZ, *op. cit.*, p. 398, não parecem ser adequadas, entendendo que “a usucapião é, concomitantemente, uma energia criadora e extintiva de direitos”, acrescentando, ainda, que “não há que se falar em prescrição aquisitiva, pois, de acordo com a sistemática do nosso Código Civil, a prescrição e a usucapião constituem institutos diversos”.

Diante de todo o exposto, podem ser mencionadas as seguintes características da prescrição, acompanhando-se síntese apresentada por Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal¹²⁶:

- a) existência de prazo para o exercício de um direito subjetivo patrimonial disponível. Na ausência de prazo específico, incide a cláusula geral constante do art. 205, CC/02;
- b) possibilidade de pronunciamento da prescrição *ex officio* pelo juiz ou por provocação da parte interessada ou do Ministério Público (art. 219, §5º, CPC);
- c) possibilidade de renúncia tácita ou expressa, que só pode ocorrer após a sua consumação; e
- d) possibilidade de ocorrência de causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas.

4.2 CRITÉRIOS DISTINTIVOS PARA O INSTITUTO DA DECADÊNCIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Apresentadas as considerações iniciais sobre o instituto da prescrição, cumpre analisá-la, comparativamente, com a decadência, ou caducidade, a qual, como já exposto, é outra exteriorização da influência do tempo sobre o Direito.

Inicialmente, cumpre trazer à baila ponderação de Sérgio Shimura¹²⁷, quanto à previsão de ambos na legislação civil pátria:

O Código Civil de 1916 utilizava apenas a expressão *prescrição* (arts. 161 a 179). No entanto, doutrina e jurisprudência já faziam a devida distinção, extraindo do próprio texto legal as respectivas hipóteses de *decadência*.

O Código Civil de 2002 trata dos dois institutos de modo diferenciado. A prescrição vem tratada nos artigos 189 a 206, trazendo este último um elenco de prazos prescricionais específicos. A regra geral está no art. 205, que prevê a prescrição em *dez anos*, salvo previsão legal fixando prazo menor. Todavia, com isso, não se quer dizer que toda e qualquer ação seja prescritível, como veremos.

¹²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v.1, p. 558.

¹²⁷ SHIMURA, Sérgio Seiji. Prescrição e Estabilidade Jurídica. *Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO)*, Osasco, v. 6, p. 98, 2006.

Pela evolução legal, percebe-se um encurtamento dos prazos: era de 30 anos (art. 177, CC de 1916); passou a ser de 20 anos (redação do art. 177, CC de 1916, dada pela Lei n. 2.437/55); agora é de 10 anos (independentemente de a ação ser *pessoal* ou *real*).

As regras gerais sobre decadência vêm dispostas nos artigos 207 a 211; as específicas estão espraiadas pelo Código Civil, seja na Parte Geral, seja na Especial (ex.: 45, 119, 178, 445, 501, 504, 550, 554, 559, 614, 618, 745, 754, 1.560 e 1.815).

Inúmeros critérios foram apontados pela doutrina¹²⁸ para distingui-los. Apresente-se, à guisa de ilustração, o ensinamento de Sílvio Rodrigues¹²⁹:

A mais coerente, e decerto a mais sábia, é a distinção baseada na idéia de que na prescrição o que perece é a ação que garante o direito, enquanto que na decadência, é o próprio direito que fenece. Mais efetivo, entretanto, é o critério que, partindo desse pressuposto, separa a decadência da prescrição tendo em vista a origem da ação. Quando a ação e o direito tem origem comum, trata-se de prazo de caducidade. [...]

Porém, se o direito preexiste à ação, que só aparece com a violação daquele, o prazo é de prescrição. [...]

Entretanto, o critério adotado pelo vigente Código Civil é aquele indicado por Agnelo Amorim Filho, em reconhecido estudo da matéria, cuja elaboração se deu a partir da classificação dos direitos feita por Giuseppe Chiovenda.

Em síntese, o ilustre professor paraibano expõe que¹³⁰:

1ª) - Estão **sujeitas a prescrição** (indiretamente, isto é, em virtude da prescrição da pretensão a que correspondem): - todas as ações condenatórias, e somente elas;

2ª) - Estão **sujeitas a decadência** (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito potestativo a que correspondem): - as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei;

3ª) - São **perpétuas (imprescritíveis)**: - a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as ações declaratórias.

Várias inferências imediatas podem ser extraídas daquelas três proposições. **Assim: a) não há ações condenatórias perpétuas (imprescritíveis), nem sujeitas a decadência; b) não há ações constitutivas sujeitas a prescrição; e c) não há ações declaratórias sujeitas à prescrição ou a decadência.**

¹²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.1, pp. 482-483.

¹²⁹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Parte Geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 328-329.

¹³⁰ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 300, p. 37, 1960. (grifos nossos)

O critério traçado é relevante para a compreensão do objeto central do presente trabalho, mormente com a definição do fundamento para a existência de ações imprescritíveis no ordenamento jurídico pátrio.

4.3 A PRESCRIÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

O instituto da prescrição faz parte da Teoria Geral do Direito, sendo aplicado, portanto, aos mais variados ramos da ciência jurídica, com o respeito às suas respectivas peculiaridades.

No Direito Administrativo, a prescrição irá se adaptar aos princípios e regras que envolvem a Administração Pública, tais como a supremacia do interesse público sobre o interesse particular e a indisponibilidade dos interesses públicos pela administração.

Para tanto, diversas regras serão instituídas em prol da Administração, não como um privilégio, mas justamente como forma de proteger os interesses da coletividade¹³¹.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular determina que, diferentemente do que ocorre no direito privado, no qual as partes encontram-se em suposta igualdade, no direito público, a administração dispõe de privilégios sobre o interesse particular, por representar o interesse de toda a coletividade, que deve, a princípio, prevalecer sobre o interesse de um indivíduo determinado.

Desse princípio “decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público”¹³² o qual versa que a Administração não é dotada de legitimidade para dispor dos interesses públicos, pois esses pertencem ao Estado, ou melhor, à coletividade, visto que “juridicamente, efetivo titular do interesse público é a comunidade, o povo”¹³³.

¹³¹ PIERRO JUNIOR, Miguel Tomaz Di. A prescrição Administrativa e o novo Código Civil. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no Novo Código Civil - Uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 254.

¹³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 103.

¹³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35.

Demonstra-se, portanto, a vinculação dos princípios acima expostos ao princípio da República, separando titularidade do interesse público, que pertenceria ao povo, e seu exercício, efetuado pelos agentes públicos. Assim, não se permitiria aos agentes a faculdade de cumprir ou não tais interesses, caracterizando-os como indisponíveis¹³⁴.

Uma vez que esses princípios estariam vinculados ao conceito de interesse público, afigura ser relevante a definição deste.

Conforme aponta Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁵, o interesse público seria aquele “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.

Ressalte-se, ainda, crítica à teoria do interesse público em relação ao fato de que esta prevê a existência de um único interesse público, quando, em verdade, na análise das situações fáticas, destacam-se diversos interesses públicos.

Por esse motivo, em um conflito de interesses não haverá, necessariamente, a oposição do interesse público ao privado, sendo possível que um interesse público se contraponha a outro interesse de mesma qualificação, tornando o debate muito mais complexo, de tal modo que a solução mais propícia será de difícil alcance.

Neste passo, impende diferenciar interesse público primário do interesse público secundário. Este é o interesse do próprio Estado, como pessoa jurídica, enquanto aquele corresponde ao interesse da sociedade como um todo¹³⁶. Assim, os princípios em questão apenas atingem o interesse público primário.

Postas essas premissas, aponte-se que são dois, os tipos de prescrição constantes das relações da Administração Pública, quais sejam, a prescrição administrativa (que pode ocorrer em seu benefício ou do particular) e a prescrição judicial (quanto à pretensão de exigir determinado comportamento em juízo).

¹³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35.

¹³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61.

¹³⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *op. cit.*, p. 99.

Em relação à prescrição da via administrativa, um dos grandes problemas é que o Direito Administrativo não possui codificação própria, sendo regido por uma legislação esparsa. Caso não haja previsão específica a respeito de qual prazo prescricional aplicável, deve-se recorrer a “sua integração através da interpretação extensiva, da analogia, dos costumes ou dos princípios gerais do direito”¹³⁷.

Isso não deve ser feito com base no Código Civil, visto que a análise da norma deve ser feita em relação a sua finalidade e, portanto, a norma concernente à Administração deve ser interpretada em conformidade com os princípios que a caracterizam¹³⁸.

Na análise das regras de Direito Público, o prazo de cinco anos parece se destacar. Citem-se¹³⁹ como exemplos:

- a) o prazo das ações do Administrado contra o Poder Público previsto no Decreto 20.910/32;
- b) o prazo para a propositura de ação popular, conforme o art. 21 da Lei da Ação Popular;
- c) o prazo para a Administração constituir e cobrar débitos tributários (art. 174 CTN).

Dessa forma, deve-se aplicar o prazo quinquenal por ser este uma constante nas regras de direito administrativo¹⁴⁰.

Na via judicial, conforme Hely Lopes Meirelles, “a prescrição das ações a favor ou contra a administração a Fazenda Pública rege-se pelos princípios do Código Civil, salvo as peculiaridades estabelecidas em leis especiais”¹⁴¹.

¹³⁷ PIERRO JR., Miguel Tomaz Di, A prescrição Administrativa e o novo Código Civil. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no Novo Código Civil - Uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 264.

¹³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v.1, p. 571.

¹³⁹ ALENCAR, Maria do Carmo Sabino. In: COSTA, Ana Edite Olinda Norões. *Estudos de Direito e Processo Administrativo*. Fortaleza: Unifor, 2006, p. 278.

¹⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 677.

¹⁴¹ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 725.

Desse modo, em se tratando de prescrição judicial de pretensões que envolvam a Fazenda Pública, esta também “será analisada pela repercussão nas relações de interesse público”¹⁴².

Outrossim, nas ações judiciais da Fazenda contra o administrado, a prescrição ocorrerá, caso exista lei específica, no prazo por esta estipulado. Na ausência de lei, muitos autores defendem que se deve aplicar o prazo quinquenal, mas por se tratar de prescrição judicial e não administrativa, dever-se-iam, conforme indica Miguel Tomaz Di Pierrô Junior¹⁴³, aplicar as regras gerais do Código Civil.

Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁴⁴ compartilhava essa visão, contudo, esta foi revista, uma vez que as matérias que inspiram o Direito Civil e o Direito Público são deveras distintas, motivo pelo qual, até mesmo em sede de prescrição deve-se utilizar o tratamento prescricional constante das “regras genéricas de Direito Público”.

Dessa forma, na ausência de previsão legal, o prazo a ser aplicado será de cinco anos. Contudo, tal prazo só começará a correr ao término do mandato da autoridade em cujo governo fora cometido o ilícito a fim de coibir que esta o encubra até que se encontre prescrito¹⁴⁵.

4.4 A PRESCRIÇÃO DAS SANÇÕES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Tem-se, por certo, que a pretensão punitiva em face dos atos de improbidade administrativa não poderia ficar imune à prescrição. De fato, soa desarrazoado argumentar que a gravidade intrínseca aos atos violadores da probidade administrativa ensejaria um direito, titularizado pela Administração Pública, de poder aplicar, a qualquer tempo, as sanções previstas na Carta Magna e na legislação infraconstitucional, em desfavor daquele que efetivou a prática ímproba.

¹⁴² PIERRO JUNIOR, Miguel Tomaz Di. A prescrição Administrativa e o novo Código Civil. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no Novo Código Civil - Uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 257.

¹⁴³ PIERRO JUNIOR, Miguel Tomaz Di, *op. cit.*, p. 271.

¹⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 1033-1034.

¹⁴⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *op. cit.*, p. 1035.

Ora, como já explicitado, o ordenamento jurídico pátrio, ao adotar a distinção apontada por Agnelo Amorim Filho, compreendeu que as ações condenatórias estão sujeitas à prescrição.

Ademais, em função do princípio da segurança jurídica, o qual é acompanhado pelo princípio da proteção da confiança, o Direito não pode permanecer à disposição, perpetuamente, daquele que se queda inerte no exercício de sua pretensão.

Destarte, infere-se que, em caso de confirmada a existência de lesão ao interesse público, ocasionando, ou não, prejuízo ao patrimônio da Administração, por mais grave que seja, o Poder Público deverá atuar dentro de lapso temporal estipulado pelo ordenamento, sob pena de o sujeito ativo do ato ímprobo não poder mais ser sancionado.

Neste passo, a Constituição Federal de 1988¹⁴⁶, no art. 37, §5º, dispõe 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”.

Tal norma, como vimos, possui eficácia limitada, por depender de regulamentação, pela legislação ordinária, para que produza plenos efeitos.

A parte final do mencionado dispositivo, relativa ao exercício da pretensão de ressarcimento ao erário, será objeto de estudo adiante, restringindo-nos, neste momento, a comentar o prazo prescricional aplicável às outras sanções.

Assim, a Lei nº 8.429/92, em atendimento ao comando constitucional, preencheu o sentido da norma acima referida, através do seu art. 23.

Salienta o inciso I do aludido dispositivo que, para aqueles que detêm mandato político, ocupam cargo em comissão ou função de confiança, o prazo será de cinco anos a contar do término do seu exercício.

¹⁴⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2009.

Trata-se, conforme aduz Celso Spitzcovsky¹⁴⁷, de prescrição aplicável àqueles que, nada obstante ocuparem a condição de agentes, não ingressaram na Administração Pública por meio de concurso e, também, de forma precária, vez que os que titularizam cargos em comissão ou funções de confiança são passíveis de livre exoneração, a teor do disposto no art. 37, II, CF/88.

Wallace Paiva Martins Jr.¹⁴⁸ esclarece que aludido inciso alcança todos aqueles que exercem mandatos públicos por eleição, designação ou nomeação, citando, dentre outros exemplos, os chefes dos Poderes Executivos dos diversos entes federativos (Presidente da República, Governadores, Prefeitos), os parlamentares em geral (Senadores, Deputados Federais, Estaduais e Distritais, Vereadores), bem como os membros de Conselhos Tutelares e os conselheiros de sociedades de economia mista.

Acrescenta, ainda, que tal norma estende-se ao pessoal contratado com base no art. 37, IX, CF/88 (contrato temporário, os convocados, requisitados ou delegados de função pública, salvo os investidos em cargo efetivo, como os notários), pela precariedade de vínculo com a Administração, à semelhança dos exercentes de mandatos e cargos em comissão ou função de confiança¹⁴⁹.

No que respeita à sucessão de mandatos eletivos, a prescrição somente terá início com o encerramento do último deles, mesmo que o ato de improbidade tenha sido praticado durante o primeiro¹⁵⁰.

Em relação ao inciso II, referente ao ocupante de cargo público e de emprego, consignou o legislador que as ações deveriam ser propostas dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

¹⁴⁷ SPITZCOVSKY, Celso. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2009, p. 266.

¹⁴⁸ MARTINS JR., Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 372.

¹⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 374.

¹⁵⁰ Cf. ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

No âmbito dos servidores públicos federais, a Lei nº 8.112/90¹⁵¹ disciplina a matéria nos seguintes termos:

Art. 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 á 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.

Wallace Paiva Martins Jr.¹⁵² observa que a demissão com a nota agravante “a bem do serviço público”, na legislação federal, somente consta no art. 1º da Lei nº 8.026/90 e do art. 13, §3º da própria Lei de Improbidade. Assim, a prescrição deve atender à previsão constante na Lei nº 8.112/90 para sanção mais grave, sendo, portanto, quinquenal.

Embora os trabalhadores de empresas públicas e sociedades de economia mista sejam regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), não é ela que determinará o lapso prescricional a eles aplicável, vez que o texto consolidado, embora tipifique as faltas que autorizam a demissão do empregado, não cuida do prazo de perempção das pretensões. E a Constituição Federal, em seu art. 7º, XXIX, aponta o prazo prescricional da pretensão do empregado contra o empregador, o que não é o caso.

¹⁵¹ BRASIL. 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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112compilado.htm>. Acesso em: 01 nov. 2009.

¹⁵² MARTINS JR., Wallace Paiva, *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 374.

Assim, a solução mais razoável é a aplicação do tratamento dispensado pela Lei nº 8.112/90 a esses agentes¹⁵³, bem como aos empregados das pessoas jurídicas que recebem recursos do erário¹⁵⁴.

Em relação ao terceiro que, aliado a um agente público, também participe da improbidade administrativa, ou se beneficie de tal ato, o lapso prescricional aplicável é o mesmo para os que mantêm um vínculo com o Poder Público.

Nesse sentido, apresente-se o seguinte aresto jurisprudencial:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO AOS PARTICULARES.

I - Trata-se de ação civil pública ajuizada com o objetivo de apurar atos de improbidade administrativa, cuja extinção em razão da prescrição foi decretada no juízo a quo.

II - O aresto recorrido reformou tal entendimento, afastando a prescrição em relação a três dos réus, mas para um deles, por não se cuidar de servidor público, mas de um advogado, manteve a prescrição.

III - **Quando um terceiro, não servidor, pratica ato de improbidade administrativa, se lhe aplicam os prazos prescricionais incidentes aos demais demandados ocupantes de cargos públicos.** Precedente: REsp nº 965.340/AM, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 08.10.2007.

IV - Na hipótese, o advogado em questão foi denunciado em ação penal pela prática de extorsão qualificada (artigo 158, § 1º, do Código Penal) juntamente com outros dois có-réus (servidores), para os quais a prescrição foi afastada pelo aresto recorrido, devendo o mesmo se dar em relação a ele.

V - Recurso provido, afastando-se a prescrição em relação ao recorrido ADRIANO ANHÊ MORAN, com o retorno dos autos ao Tribunal a quo para o prosseguimento da ação civil pública respectiva.

(REsp 1087855/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 11/03/2009) (grifo nosso)

Por fim, aponte-se que, se o terceiro unir-se a mais de um agente público envolvido, sujeitos a prazos diferentes em razão da natureza distinta de seus vínculos, aplica-se-lhe o maior dos prazos incindíveis.

¹⁵³ MARTINS JR., Wallace Paiva, *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 374.

¹⁵⁴ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 526.

5 ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO ART. 37, §5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUANTO À PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

5.1 O RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

Inicialmente, cumpre observar que o sentido da expressão “erário”, a ser adotada na presente monografia, envolve o seu sentido mais amplo, não se restringindo ao conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira pertencentes ao Poder Público (englobando todas as entidades mencionadas no art. 1º, Lei nº 8.429/92).

Acrescente-se, ainda, que o erário não se confunde com o patrimônio público. Este é mais amplo do que aquele. Abrange-o, portanto. Sua definição compreende todo o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, artística, histórica, ambiental e turística pertencente ao Poder Público.

A tutela da probidade administrativa, como se viu, é ampla, pelo que se infere que a Lei nº 8.429/92 não busca recompor apenas perdas materiais, mas o prejuízo (dano) ao patrimônio moral do Poder Público.

Destarte, tem-se que o ressarcimento previsto no ordenamento refere-se ao patrimônio público como um todo.

O ressarcimento do dano, se houver, haverá de ser sempre integral. A própria regra inserta no art. 5º da Lei nº 8.429/92 é expressa nesse sentido.

O produto do ressarcimento será destinado à entidade administrativa prejudicada pelo ilícito, conforme determina o art. 18 da Lei de Improbidade Administrativa. Não haverá a incidência, aqui, da regra constante do art. 13 da Lei nº 7.347/85, por ser aquela disposição mais específica do que esta.

Há solidariedade passiva no ressarcimento do dano, entre o agente público, autor do ato de improbidade administrativa, ou os vários agentes que dele hajam participado em conjunto, e também o particular que lhes tenha prestado colaboração, bem como eventuais beneficiários desse dano.

Os arts. 5º e 6º da Lei nº 8.429/92 fixam, desde logo, duas regras gerais comuns a quaisquer casos de improbidade administrativa, como obrigações derivadas da prática de atos ilícitos:

a) se resultar lesão ao patrimônio público, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente público, ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano; e

b) o agente público que enriquecer ilícitamente perderá os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

Ademais, entende-se que mesmo bens adquiridos antes da improbidade podem servir a tornar efetivo o perdimento de valores acrescidos, ilícitamente, ao patrimônio do agente em cenário de improbidade, sempre que se demonstre que os valores, representativos do acréscimo, não mais pertencem ao agente.

A responsabilidade do sucessor, definida no art. 8º da Lei nº 8.429/92, é estabelecida em termos de valor, e não de itens patrimoniais. Assim, se determinado bem foi auferido ilícitamente, e depois vendido, nem por isso desaparecerá a responsabilidade. Os herdeiros ficarão sujeitos a entregar o respectivo valor à entidade prejudicada, até o limite do quinhão hereditário de cada qual.

Ressalte-se que a eventual aprovação, pelo Legislativo ou pelos Tribunais de Contas, das contas do agente responsável pelo ato de improbidade administrativa, não afasta a possibilidade da imposição a ele das demais sanções previstas na Lei nº 8.429/92, conforme determina o art. 21 desta.

Por fim, deve-se analisar a situação do ressarcimento quando prescritas as outras sanções aplicáveis ao agente ímprobo. Nesse caso, conquanto haja discussão sobre a medida judicial mais adequada, se ação civil pública ou ação de improbidade administrativa, interessa-nos destacar que remanesce a legitimidade do Ministério Público de pleitear o ressarcimento, ao lado da entidade prejudicada.

Confira-se a seguinte jurisprudência:

ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LICITAÇÃO – CONTRATAÇÃO SEM CERTAME LICITATÓRIO – MULTA PROCESSUAL – AUSÊNCIA DE CARÁTER PROTETATÓRIO – ART. 535 DO CPC – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO – ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PRESCRIÇÃO – AFASTAMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA – IMPRESCRITIBILIDADE – NÃO-OCORRÊNCIA.

1. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - O acórdão recorrido permitiu identificar completamente as teses jurídicas, cuja abstração é notória.

2. MULTA PROCESSUAL - Não se revestiram de caráter procrastinatório os embargos de declaração ajuizados. Aplicação da Súmula 98/STJ.

3. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - O recorrente não prequestionou todos os dispositivos que embasam o especial. No entanto, essa deficiência não compromete sua cognição plena, porquanto é

deduzível tese jurídica abstrata, quanto à legitimidade do Ministério Público e à prescrição da pretensão ressarcitória.

4. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - A legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ações civis públicas ressarcitórias é patente. A distinção entre interesse público primário e secundário não se aplica ao caso. O reconhecimento da legitimação ativa encarta-se no próprio bloco infraconstitucional de atores processuais a quem se delegou a tutela dos valores, princípios e bens ligados ao conceito republicano.

5. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA - "A ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível." (REsp 705.715/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 2.10.2007, DJe 14.5.2008.) Precedente do Pretório Excelso.

Recurso especial conhecido em parte e nessa parte provido, tão-somente para afastar a multa processual, conservando-se o acórdão quanto à legitimidade do Ministério Público e à imprescritibilidade da pretensão.

(REsp 1069723/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 02/04/2009)

5.2 CRÍTICA À REDAÇÃO DO DISPOSITIVO

A Constituição Federal em vigor, como já referido alhures, não fez uso de boa técnica redacional ao traçar as diretrizes quanto aos prazos prescricionais para as sanções decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa. O dispositivo que versa sobre essa matéria determina, *in verbis*¹⁵⁵:

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

.....

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.**

Vêm-se, nesse passo, que são estabelecidos dois comandos¹⁵⁶:

a) as ações promovidas com o objetivo de obter a condenação de particulares a ressarcirem prejuízos patrimoniais que hajam causado ao erário público são imprescritíveis; e

¹⁵⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 13 nov. 2009. (grifos nossos)

¹⁵⁶ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 381.

b) a lei deve estabelecer prazos de prescrição das ações ajuizadas para a imposição aos agentes públicos faltosos, das demais penalidades pela prática de atos de improbidade administrativa, relacionadas tanto no parágrafo 4º do próprio art. 37 da Constituição Federal, quanto em lei ordinária.

Contudo, é notório que o artigo mencionado estabelece confusão quanto ao real alcance da regra da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário: o constituinte quis ou não criar hipótese de imprescritibilidade?

Ainda que se entenda pela consagração de regra de imprescritibilidade, tem-se que a opção do constituinte originário não foi bem recebida pela doutrina.

Celso Ribeiro Bastos¹⁵⁷ reflete bem tal sentimento, ao, após criticar a redação do artigo em questão, anotar que *“é de lamentar-se a opção do constituinte por essa exceção à regra da imprescritibilidade, que é sempre encontrável relativamente ao exercício de todos os direitos”*.

Ratifica tais considerações o eminente Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁵⁸, que aduz:

Parecem deduzir-se duas regras deste texto mal redigido. Uma, concernente à sanção pelo ilícito; outra, à reparação do prejuízo. Quanto ao primeiro aspecto, a norma “chove no molhado”: prevê que a lei fixe os respectivos prazos prescricionais. Quanto ao segundo, estabelece-se de forma tangente a imprescritibilidade das ações visando ao ressarcimento dos prejuízos causados.

A imprescritibilidade é sempre condenada pela doutrina, seja qual for o seu campo; entretanto, a constituinte demonstrou por ela um entusiasmo perverso e vingativo (v. art. 5º, XLII e XLIV).

.....
Reflete-se neste parágrafo a revolta do povo brasileiro contra a corrupção nos escalões governamentais e administrativos.

É evidente que os atos de improbidade administrativa sempre foram, como são, punidos pela legislação penal. Também é certo que, de acordo com esta, os responsáveis por eles sofrem penas acessórias como suspensão de direitos, inclusive políticos, e perda da função pública. Igualmente, são atingidos, durante o processo, pela indisponibilidade de bens e, na sentença, pelo perdimento dos bens assim adquiridos, afora a obrigação de ressarcir as conseqüências do ato ilícito, que o direito civil consagra de modo completo.

Rigorosamente falando, este preceito nada acrescenta ao direito pátrio. É, todavia, uma advertência ao administrador (será que útil?), e principalmente uma satisfação à opinião pública.

¹⁵⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3. t. III, p. 167. (grifo nosso)

¹⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva. 2ª ed. 1997, v.1, p. 253. (grifo nosso)

Como se visualiza, o constituinte de 1988 interveio em área bastante tormentosa, visto que implementou norma que vai de encontro ao princípio da segurança jurídica, diante da qual é necessária cautela, tendo em vista a sua função pacificadora das relações sociais.

5.3 A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA

Como já apresentado nas considerações iniciais do presente trabalho, a confusa redação do art. 37, §5º, CF/88, têm suscitado respeitável divergência na doutrina nacional, apesar de, repita-se, a maioria dos estudiosos compreender que o citado dispositivo insculpiu hipótese de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, como corolário do aparato jurídico existente para reprimir a prática de atos violadores da probidade administrativa.

Serão apresentadas, outrossim, as razões de cada uma das opiniões formuladas pelos estudiosos da probidade administrativa, e do Direito Administrativo em geral, sobre o presente tema.

5.3.1 A imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento

A exegese realizada pela maioria dos autores inclina-se na criação, por obra do constituinte originário, de hipótese de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento, muito embora aqueles que assim se posicionam¹⁵⁹, cingem-se a realizar uma interpretação literal do art. 37, §5º, sem apresentar quaisquer outras razões.

Exemplo dessa forma de compreender o dispositivo em questão pode ser extraído da doutrina de Odete Medauar¹⁶⁰, *in verbis*:

A Constituição Federal, no art. 37, §5º, remete à lei a fixação dos prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

¹⁵⁹ Cf. DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007, pp. 392-400, em que é apresentada extensa lista de estudiosos que aderiram a essa tese, podendo-se destacar Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini, George Sarmento, Marcelo Figueiredo, dentre outros.

¹⁶⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 306.

Nesse mesmo sentido, a lição de Pinto Ferreira¹⁶¹:

A lei estabelecerá os prazos de prescrição. A lei ordinária, a que alude o preceito, será de nível federal, estadual ou municipal, quando se tratar de prazos prescricionais para ilícitos administrativos. Será federal no caso de ilícito penal.

As ações de ressarcimento ou as ações de responsabilidade civil, contudo, são imprescritíveis. Não se submetem ao disposto no art. 177 do CC [Código Civil de 1916], determinando que as ações pessoais prescrevem em vinte anos e ações reais em dez anos, Não ocorrendo prescrição, o direito do Estado é permanente para reaver o que lhe for ilicitamente subtraído.

Acrescente-se, ainda, a opinião de Nelson Nery Jr.¹⁶²:

§5º: 50. Dano ao erário. Pretensão perpétua. A CF 37 §5º relega à lei a fixação do prazo de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que cause prejuízos ao erário. Trata-se do prazo para o exercício da pretensão condenatória criminal (*ius puniendi*), isto é, da ação penal exercitável contra o funcionário ou servidor. **As pretensões civis de ressarcimento do erário, que favorecem o Poder Público, sejam exercitáveis por ele próprio, pelo MP ou qualquer outro co-legitimado à defesa dos direitos meta-individuais em juízo (v.g. ação civil pública, ação popular, ação de improbidade administrativa) são perpétuas, isto é, não são atingidas pela prescrição, conforme expressa determinação da CF 37 §5º *in fine* ("ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento").**

José Afonso da Silva¹⁶³, embora critique a instituição de imprescritibilidade em favor da Administração, entende que esta, verdadeiramente, foi a intenção do constituinte originário:

A *prescritibilidade*, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram *prescrições administrativas* sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu *ius perseguendi*. É o princípio que consta do art. 37, §5º, que dispõe: "A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento". **Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte**

¹⁶¹ FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990, v.2, pp. 396-397.

¹⁶² NERY JR., Nelson. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 181. (grifo nosso)

¹⁶³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 673.

(dormientibus non succurrit ius). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui inúmeras decisões em que se adota essa tese, como se vê do seguinte excerto¹⁶⁴:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ – PRETENSÃO RESSARCITÓRIA – ART. 23, INCISO I, DA LEI N. 8.429/92 – INAPLICABILIDADE – IMPRESCRITIBILIDADE.

1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa do provimento ao agravo regimental.

2. O recurso especial foi conhecido parcialmente e improvido com os seguintes fundamentos: (a) a legitimidade passiva ad causam do agravante foi reconhecida pelo Tribunal de origem com base no substrato fático dos autos, de sorte que não cabe a esta Corte Superior o exame de tal matéria, por força do óbice imposto pela Súmula 7/STJ; (b) a inépcia da inicial da ação civil pública foi afastada pela Corte Estadual também com base no contexto fático-probatório dos autos, incidindo, in casu, novamente a Súmula 7/STJ; (c) o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para ajuizar ação civil pública objetivando o ressarcimento de prejuízos causados ao erário, por ato de improbidade administrativa; e, (d) a prescrição não ficou configurada.

3. O agravo apenas repetiu o argumento atinente à ocorrência da prescrição quinquenal, nos termos do art. 23, inciso I, da Lei n. 8.429/92.

4. Deve ser improvido o agravo que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada, portanto objeto único do presente agravo é o debate acerca da prescrição. Incidência, por analogia, da Súmula 182 do STJ.

5. O art. 23 da Lei n. 8.429/92, que trata de prescrição, não abarca a sanção ressarcimento, pois a segunda parte § 5º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 adota a imprescritibilidade de tal sanção.

6. Não se há falar em regulamentação específica acerca do prazo prescricional da pretensão de ressarcimento, uma vez que a parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 é norma constitucional de eficácia plena.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1038103/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 04/05/2009) (grifos nossos)

¹⁶⁴ Em idêntico sentido: REsp 1107833/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 18/09/2009; REsp 928.725/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 05/08/2009; REsp 894.539/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 27/08/2009.

Juarez Freitas¹⁶⁵, após ratificar a sua compreensão de que a norma inserta no art. 37, § 5º, CF/88 é no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento, justifica que:

Em semelhante leitura, nada mais lógico que responda indefinidamente o sucessor, nos limites da herança, pelos bens e valores havidos ilicitamente em decorrência dos atos do ímprobo. **Enfatize-se, pois, que tudo leva a crer que a ação imprescritível de ressarcimento de que nos fala o constituinte é apenas relativa aos danos materiais**, recomendando-se interpretação restritiva quando se versa sobre imprescritibilidade.

No entanto, conforme coloca Wallace Paiva Martins Jr.¹⁶⁶, a imprescritibilidade alberga tanto o dano moral quanto o material, nos seguintes termos:

[...] a imprescritibilidade prevista no art. 37, §5º, da Constituição Federal atinge tanto danos materiais quanto morais, apesar de não haver exceção no corpo do art. 23, interpretação que se ajusta com a abolição da vetusta discussão acerca da reparabilidade (cumulada) do dano moral e material produzida pelo art. 5º, V e X, da Carta Magna.

Referido autor¹⁶⁷, entretanto, peca ao aduzir que “está pacificado que a pretensão de ressarcimento de dano ao erário causado por agente público ou não é imprescritível”, conforme se verá adiante.

De todo modo, adverte-se que, em sendo adotada a tese da imprescritibilidade, deve-se ter atenção redobrada ao texto constitucional em relação à ressalva às ações de ressarcimento ocasionadas por atos ilícitos. Assim, não seriam imprescritíveis as ações de ressarcimento decorrentes de fatos lícitos (ou amparados por excludentes de ilicitude).

5.3.2 A prescritibilidade em nome da segurança jurídica

Apresentados os fundamentos daqueles que vislumbram hipótese de imprescritibilidade, passaremos a expor as razões dos que entendem ser mais adequado compreender que o art. 37, §5º, CF/88 consagra hipótese de prescrição

¹⁶⁵ FREITAS, Juarez. O princípio constitucional da moralidade e a nova interpretação do Direito Administrativo. In: BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a César Asfor Rocha: Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 145. (grifo nosso)

¹⁶⁶ MARTINS JR., Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 375.

¹⁶⁷ MARTINS JR., Wallace Paiva. *op. cit.*, p. 376.

das diversas sanções aos atos de improbidade administrativa, incluído o ressarcimento ao erário.

Inicialmente, traz-se à colação a opinião de Arnaldo Rizzardo¹⁶⁸, segundo o qual:

[...] o art. 37, §5º, da CF atribui à lei, isto é, à lei complementar, estabelecer os prazos para os ilícitos praticados, ficando, porém, “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Em vista dessa delegação, a Lei nº 8.429 fixou os prazos para a prescrição das sanções aplicáveis às infrações nela constantes, que são as dos arts. 9º, 10 e 11, [...]. Depreende-se que **buscada a indenização por razões diferentes das violações contempladas nos arts. 9º, 10 e 11, cujas sanções vêm discriminadas no art. 12, incidiria o prazo de dez anos, previsto no art. 205 do Código Civil.**

Essa se afigura a interpretação mais coerente, sendo inaceitável que se excetue o ressarcimento nessa situação, para excluí-lo da prescrição.

Acrescenta o mencionado autor, ainda, que seria inadmissível a ausência de prescrição para as indenizações por danos cometidos contra o erário, vez que não tipificadas nas hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA. Caracterizar-se-ia, portanto, uma situação única em todo o direito positivo brasileiro, a qual não estaria em acordo ao bom senso, tendo em vista que tal interpretação estabeleceria tratamento diferenciado em relação aos demais direitos da Fazenda Pública.

Portanto, existiria “um divórcio inconcebível com o sistema jurídico universal, até porque nem os delitos mais infamáveis, de modo predominante, estão acobertados do manto da prescrição”¹⁶⁹.

Por fim, ao arrematar o seu raciocínio, faz oportuna advertência sobre a escassez de debate sobre o tema, nos seguintes termos¹⁷⁰:

Nada permanece indelével à ação do tempo. Os fatos que acontecem tendem a se esvanecer, a se apagar e a desaparecer, carcomidos e soterrados pelo peso dos anos, perdendo a importância e o interesse dos que remanescem.

¹⁶⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: GZ. 2009, p. 571. (grifo nosso)

¹⁶⁹ *Idem, ibidem*, pp. 571-572.

¹⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 572.

Pelo que se verifica, poucas são as atenções que se fixam na ressalva do mencionado art. 37, §5º, e raras as decisões que fazem a diferenciação, máxime enfatizando a imprescritibilidade.

Prosseguindo em semelhante raciocínio, Vilson Rodrigues Alves¹⁷¹ aduz que:

Na doutrina, encontram-se opiniões de que essa pretensão, que a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, art. 23, estatui prescritível, seria imprescritível, diante da regra jurídica da Constituição de 5 de outubro de 1988, at. 37, §5º.

.....

Não se justifica essa exegese, a não ser por interpretação literal, apoucada, do § 5º, *in fine*, do art. 37 da Constituição Federal. Com efeito, conferir-se à Administração Pública imprescritibilidade a pretensão de direito material condenatória, com evidente infringência aos princípios que regem seu exercício, é violar o princípio de isonomia real, substancial (“Todos são iguais perante a lei”, diz a Constituição, art. 5º, *pr.*), porquanto “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 do fato do qual se originaram”, estatui o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Nada obsta a que se caracterize norma constitucional (regra jurídica na Constituição) inconstitucional (regra jurídica contrária à Constituição).

Com esses dois excertos da doutrina, vê-se que, embora ambos se inclinem a defender a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento, existem 2 (dois) pontos divergentes, quais sejam:

- a) a constitucionalidade, ou não, de referida norma; e
- b) qual o prazo prescricional eventualmente a ser aplicado.

A resposta a tais questionamentos demanda avaliar tal norma perante o contexto de todo o ordenamento jurídico pátrio, efetuando-se, destarte, uma interpretação sistemática, com vistas a oferecer um posicionamento coerente com os fins traçados pelo constituinte.

A despeito disso, deve-se refutar, de plano, a tese de normas constitucionais inconstitucionais, como aventada por Vilson Rodrigues Alves, e formulada por Otto Bachof, tendo em vista que prevalece, no Brasil, o princípio da Unidade da Constituição, conforme preleciona Luís Roberto Barroso¹⁷².

¹⁷¹ ALVES, Vilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência no novo Código Civil*. 3. ed. Campinas: Servanda, 2006, p. 763. (grifos nossos)

¹⁷² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 205-210.

Destarte, necessária a realização de uma exegese em conformidade com as demais normas estatuídas em âmbito constitucional, de modo a preservar a coerência da Carta Magna.

Neste passo, veja-se o posicionamento de Marino Pazzaglini Jr.¹⁷³:

Perante a redação do §5º do art. 37 da Carta Magna, é imprescritível a ação de ressarcimento ao erário?

Entendo que não.

Primeiro, porque **a norma constitucional não afirma que a ação ordinária de ressarcimento é imprescritível**. E a imprescritibilidade, por ser exceção ao princípio da segurança nas relações jurídicas, é expressamente consignada no Texto Maior, *v.g.*, art. 5º, XLII (“a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível”); art. 5º, XLIV (“constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”).

.....

Segundo, **a prescrição atinge todas as ações patrimoniais, inclusive, segundo a lição de Caio Mário da Silva Pereira, “estendendo-se aos efeitos patrimoniais das ações imprescritíveis”**.

Os dispositivos constitucionais mencionados pelo autor são de caráter penal, nos quais, como se observa, o constituinte deixou clara a sua intenção de qualificar referidos crimes como imprescritíveis. A redação de tais artigos não enseja quaisquer dúvidas sobre seu conteúdo. A respeito deles, leciona Fernando Capez¹⁷⁴:

Imprescritibilidade: só existem duas hipóteses em que não ocorrerá a prescrição penal: a) crimes de racismo, assim definidos na Lei n. 7.719/89 (CF, art. 5º, XLII); e b) as ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, assim definidas na Lei n. 7.710/83, a chamada nova Lei de Segurança Nacional (CF, art. 5º, XLIV). **A Constituição consagrou a regra da prescritibilidade como direito individual do agente. Assim, é direito público subjetivo de índole constitucional de todo acusado o direito à prescrição do crime ou contravenção penal praticada. Tal interpretação pode ser extraída do simples fato de o Texto Magno ter estabelecido expressamente quais são os casos excepcionais em que não correrá a prescrição. Como se trata de direito individual, as hipóteses de imprescritibilidade não poderão ser ampliadas, nem mesmo por meio de emenda constitucional, por se tratar de cláusula pétreia (núcleo constitucional intangível), conforme se verifica da vedação material explícita ao poder de revisão, imposta pelo art. 60, §4º, IV, da CF. Com efeito, não serão admitidas emendas**

¹⁷³ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, pp. 230-231. (grifos nossos)

¹⁷⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 562. (grifo nosso)

constitucionais tendentes a restringir direitos individuais, dentre os quais o direito à prescrição penal.

Vê-se que, no âmbito do Direito e Processo Penal, em que se lida com a possibilidade de restrição de liberdade dos cidadãos, a prescritibilidade só poderá ser excepcionada em casos pontuais, com a inauguração de uma nova ordem jurídica por parte do constituinte originário.

Assim, o legislador, ao estatuir a norma inserta no art. 37, §5º da Carta Magna deveria ter sido mais cauteloso ao redigi-la, por estar lidando com instituto de utilização ponderada, sob pena de caracterizar violação à segurança jurídica.

No presente caso, conquanto não se esteja lidando com a privação de liberdade do agente ímprobo, a comparação, efetuada pelo autor referido, permanece válida, no que toca a razão de ser da criação de hipóteses de imprescritibilidade no ordenamento.

Outrossim, afirma Fábio Medina Osório¹⁷⁵:

Esse dispositivo tem sido interpretado no sentido de consagrar uma aparente imprescritibilidade das ações contra aqueles que promovem danos materiais ao erário. Também sustentei, anteriormente, em outra obra (*Improbidade administrativa: Observações sobre a Lei 8.429/92*), a idéia da imprescritibilidade dessas ações, defendendo-a sob um ponto de vista ideológico. **Melhor refletindo sobre o assunto, parece-me que, ideologicamente, se mostra inaceitável tal tese, embora, pelo ângulo dogmático, não haja alternativa hermenêutica.** 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. A melhor solução talvez fosse fixar um prazo (elevado) mínimo de prescrição para essas demandas, jamais proibida, expressamente, a configuração legislativa de prazos prescricionais para os casos de ressarcimento.** De qualquer modo, já se disse que a reparação do dano não é uma sanção, motivo pelo qual fica de fora do Direito Administrativo Sancionador. O constituinte de 1988 mandou que o legislador ressaltasse, sempre, as ações de ressarcimento, deixando-as de fora dos prazos prescricionais que deveriam ser estabelecidos nas hipóteses de ilícitos contra a Administração Pública. **Trata-se de norma constitucional, que não está, por óbvio, sujeita a um juízo de inconstitucionalidade, sequer em face de princípios superiores, v.g., segurança jurídica. Não há “normas constitucionais inconstitucionais”, como se sabe. Nada impede, todavia, sob o ângulo doutrinário, uma crítica a essa espécie de postura.** Aos operadores jurídicos, de qualquer sorte, cumpre respeitar a soberana decisão do constituinte, ajuizando e julgando as ações cabíveis.

¹⁷⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 540-541. (grifos nossos)

Por oportuno, traz-se a ponderação de Elody Nassar¹⁷⁶, quanto aos riscos de se manter a imprescritibilidade de tal pretensão:

Sem regras estabelecidas para o tempo, os processos jamais chegariam ao fim. Afinal as formas têm por objetivo gerar segurança e previsibilidade. **A garantia da correta outorga da tutela jurisdicional está precisamente no conhecimento do período temporal a ser percorrido por aquele que busca a solução para uma situação conflituosa.**

Observa-se que a maioria dos juristas defensores da prescritibilidade argumenta razões de segurança jurídica ou de ausência de previsão expressa no texto constitucional para justificar seu posicionamento.

Realmente, a exegese que os mesmos fazem do dispositivo em comento é razoável, mas não justifica totalmente a ressalva contida na parte final do art. 37, §5º, CF/88.

Em verdade, a melhor técnica de interpretar referido dispositivo é compreendê-lo no sentido de que a Constituição conferiu tanto ao Código Civil quanto à lei o fundamento de validade para o estabelecimento de prazos prescricionais.

Com isso, permitiu-se a criação de dois regimes pelo legislador ordinário: um deles diria respeito à pretensão punitiva (como é o caso do regime previsto pela Lei nº 8.429/92) e o outro diria respeito à pretensão ressarcitória, que pode ser regulada por lei específica aplicável ao ressarcimento ao erário ou, na sua ausência, pelo Código Civil.

Dessa forma, a expressão “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” teria, na verdade, estabelecido uma autonomia entre os regimes jurídicos das prescrições referentes à pretensão punitiva e à ressarcitória.

Como conseqüências práticas de tal exegese poderia o legislador ordinário, por exemplo, tipificar várias formas distintas por meio das quais alguém poderia lesar o erário, sendo que, para cada uma dessas situações, ter-se-ia um prazo prescricional diferente.

¹⁷⁶ NASSAR, Elody. *Prescrição na administração pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 351. (grifos nossos).

Todavia, essas diferenças quanto aos prazos em nada afetariam a pretensão de ressarcimento, pois esta é disciplinada de forma autônoma: o prazo para a ação de ressarcimento seria exatamente aquele previsto na legislação que a regula¹⁷⁷.

Protege-se, destarte, um determinado regime jurídico, que apresenta características autônomas e não pode ser afetado por uma disciplina prescricional que lhe é estranha.

Corroborando esse raciocínio, basta lembrar que quando o art. 37, § 5º, da CF/88 foi criado já havia uma diferença de tratamento entre as pretensões reparatória e punitiva decorrentes do mesmo fato – pois o prazo prescricional aplicável às pretensões de reparação civil era de 20 anos (art. 177 do CC/1916) e o aplicável às pretensões de sanção disciplinar era de apenas 5 (cinco) anos–, o que reforça a interpretação no sentido de que a norma constitucional se limitou a explicitar a possibilidade de coexistência de dois regimes prescpcionais diferentes.

Portanto, pode ocorrer de, em relação a um ato de improbidade, a lei aplicável à pretensão punitiva fixar o mesmo prazo prescricional aplicável à pretensão reparatória, mas também é possível que aquela lei fixe um prazo diferente.

Em síntese, não se ressalvou a imprescritibilidade em si no dispositivo em comento; na verdade, foi ressalvada a pretensão de ressarcimento apenas do regime diferenciado de prazos que poderia ser criado, por lei, para os demais ilícitos praticados contra o erário.

De fato, esse posicionamento, embora vacilante quanto ao tempo de prescrição a ser utilizado, vem sendo aplicado continuamente por Turmas do STJ, provocando divergência no seio daquele órgão.

¹⁷⁷ Em sentido semelhante, cf. HUMBERT, Georges Louis Hage. (Im)prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2048, 8 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12306>>. Acesso em: 05 set. 2009.

Confirmam-se os seguintes arestos¹⁷⁸:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO DE DANOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO POPULAR. ANALOGIA (UBI EADEM RATIO IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO). PRESCRIÇÃO RECONHECIDA.

1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular veiculam pretensões relevantes para a coletividade.

2. Destarte, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à mingua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*. Precedentes do STJ: REsp 890552/MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 22.03.2007 e REsp 406.545/SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 09.12.2002.

3. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face de ex-prefeito e co-réu, por ato de improbidade administrativa, causador de lesão ao erário público e atentatório dos princípios da Administração Pública, consistente na permuta de 04 (quatro) imóveis públicos, situados no perímetro central de São Bernardo do Campo - SP, por imóvel localizado na zona rural do mesmo município, de propriedade de do co-réu, objetivando a declaração de nulidade da mencionada permuta, bem como a condenação dos requeridos, de forma solidária, ao ressarcimento ao erário do prejuízo causado ao município no valor Cz\$ 114.425.391,01 (cento e quatorze milhões, quatrocentos e vinte e cinco mil cruzeiros e trezentos e noventa e um centavos), que, atualizado pelo Parquet Estadual por ocasião do recurso de apelação, equivale a R\$ 1.760.448,32 (um milhão, setecentos e sessenta mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e trinta e dois centavos) (fls. 1121/1135).

[...]

6. A doutrina do tema assenta que: "Trata o art. 23 da prescrição das ações civis de improbidade administrativa.(...).O prazo prescricional é de 5 anos para serem ajuizadas contra agentes públicos eleitos ou ocupantes de cargo de comissão ou de função de confiança, contados a partir do término do mandato ou do exercício funcional (inciso I).O prazo prescricional em relação aos demais agentes públicos que exerçam cargo efetivo ou emprego público, é o estabelecido em lei específica para as faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público (inciso II).No âmbito da União, é de 5 anos e começa a correr da data em que o fato tornou-se conhecido, não pendendo causa interruptiva ou suspensiva, e dos Estados ou Municípios, no prazo previsto nas leis por eles editadas sobre essa matéria. No caso de particulares acionados por ato de improbidade administrativa, por serem coniventes com o agente público ímprobo, tendo induzido-os ou concorrendo para a sua prática, entendo eu, que observa a regra dos incisos I ou II, conforme a qualificação do agente público envolvido. (...)" Marino Pazzaglini Filho, in Lei de Improbidade Administrativa Comentada, Atlas, 2007, p. 228-229

7. Sob esse enfoque também é assente que: "(...) No entanto, não se pode deixar de trazer à baila, disposições a respeito da Ação Civil Pública trazidas pela Lei 8.429/92, que visa o controle da probidade administrativa,

¹⁷⁸ No mesmo sentido: AgRg no Ag 993.527/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 11/09/2008; REsp 960.926/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 01/04/2008.

quando o ato de improbidade é cometido por agente público que exerça mandato, ou cargo em comissão com atribuições de direção, chefia e assessoramento, ou função de confiança. O art. 23 da Lei 8.429/92 dispõe: "Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego". **Nota-se que simplesmente limitar-se a dizer que as ações civis públicas não prescrevem, não nos parece cientificamente correto afirmar, haja vista que o inc. I do art. 23 se refere ao prazo prescricional da Ação Civil Pública, quando o ato de improbidade administrativa tiver sido cometido por agente político, exercente dos cargos públicos e funções disciplinadas na citada lei.**

Em relação aos casos não previstos no artigo acima citado, Mateus Eduardo Siqueira Nunes, citando Hely Lopes Meirelles, que entende que diante da ausência de previsão específica, estariam na falta de lei fixadora do prazo prescricional, não pode o servidor público ou o particular ficar perpetuamente sujeito a sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo. A esse propósito, O STF já decidiu que "a regra é a da prescritebilidade". Entendemos que, quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Dec. 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (lei 6.838/80 e para a cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174)" Fábio Lemos Zanão in Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, RT, 2006, p 33-34

8. A exegese dos dispositivos legais atinentes à questão sub examine conduz à conclusão de que o ajuizamento das ações de improbidade em face de agentes públicos eleitos, ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança, submetem-se ao prazo prescricional de 5 anos, cujo termo a quo é o término do mandato ou do exercício funcional, consoante a ratio essendi do art. 23, inciso I, da Lei 8429/92.

[...]

12. Recurso Especial provido para acolher a prescrição quinquenal da Ação Civil Pública, mercê da inexistência de prova de dolo, restando prejudicada a apreciação das demais questões suscitadas.
(REsp 727.131/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 23/04/2008)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO DE DANOS. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA.

1. **A norma constante do art. 23 da Lei n. 8.429 regulamentou especificamente a primeira parte do § 5º do art. 37 da Constituição Federal. À segunda parte, que diz respeito às ações de ressarcimento ao erário, por carecer de regulamentação, aplica-se a prescrição vintenária preceituada no Código Civil (art. 177 do CC de 1916).**

2. Recurso especial provido.

(REsp 601.961/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 21/08/2007 p. 175)

Como se infere do conteúdo dos julgados transcritos, tem-se que há a aplicação de dois prazos prescricionais, quais sejam, o prazo geral constante do Código Civil - atualmente, de 10 (dez) anos, conforme a dicção do art. 205, CC/02 –

e o prazo de 5 (cinco) anos, em analogia com os prazos previstos para a Ação Popular (art. 21, Lei nº 4.717/65).

Neste passo, a interpretação mais adequada é a que, por uma questão de igualdade (ainda que não pareça ser a solução mais justa), impõe a fixação do prazo em 5 (cinco) anos, que se aplicaria tanto nas pretensões em desfavor do Estado, como, p. ex., no caso previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, ou no art. 1º -C, da Lei nº 9.494/97, quanto àquelas em favor do Estado, como na hipótese de pretensão de ressarcimento ao erário.

5.4 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Durante algum tempo, a questão ora analisada não havia chegado à Suprema Corte nacional. Isso abria margem para tormentosa divergência sobre a interpretação de tal dispositivo constitucional, o que já era de notório conhecimento dos operadores jurídicos, mormente no STJ. Veja-se, a título de ilustração, o seguinte Acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. **DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL**. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. **AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. PROSEGUIMENTO PARA OBTER EXCLUSIVAMENTE O RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. INADEQUAÇÃO. NECESSIDADE DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO AUTÔNOMA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.**

1. É inviável a apreciação de recurso especial fundado em divergência jurisprudencial quando o recorrente não demonstra o suposto dissídio pretoriano por meio: (a) da juntada de certidão ou de cópia autenticada do acórdão paradigma, ou, em sua falta, da declaração pelo advogado da autenticidade dessas; (b) da citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado em que o acórdão divergente foi publicado; (c) do cotejo analítico, com a transcrição dos trechos dos acórdãos em que se funda a divergência, além da demonstração das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a mera transcrição da ementa e de trechos do voto condutor do acórdão paradigma.

2. Na hipótese dos autos, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra Joaquim Brito de Souza (ex-Prefeito de Alvarães/MA), com fundamento nos arts. 10 e 11, VI, da Lei 8.429/92, em face de supostas irregularidades ocorridas em convênio firmado entre o referido Município e a União, na qual foi pleiteada a aplicação das sanções previstas no art. 12, II e III, da referida norma. Por ocasião da sentença, o magistrado em primeiro grau de jurisdição julgou extinto o processo com resolução do mérito, em face do reconhecimento da prescrição quinquenal prevista no art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa (fls. 439/443), o que foi mantido em grau recursal.

3. O objeto do recurso examinado não está relacionado ao prazo prescricional da ação de ressarcimento ao erário, a qual não possui entendimento consolidado nesta Corte Superior, em face da manifesta

divergência nas Turmas de Direito Público, em função da existência da tese de imprescritibilidade da ação de ressarcimento, bem como da tese da incidência da prescrição vintenária, em razão da ausência de regulamentação, com base no Código Civil. Confirmam-se: AgRg no Ag 993.527/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 11.9.2008; REsp 705.715/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 14.5.2008; REsp 601.961/MG, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 21.8.2007; REsp 403.153/SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20.10.2003. Todavia, é importante ressaltar a existência do recente julgado do Supremo Tribunal Federal que, por maioria, proclamou a inexistência de prescrição de ação de ressarcimento ao erário (MS 26.210/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 9.10.2008).

[...]

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 801.846/AM, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 12/02/2009)

O Supremo Tribunal Federal somente foi instado a se manifestar sobre a matéria em 2008, no julgamento do Mandado de Segurança nº 26.210-9/DF, em que se argüiu, no que tocava à prescrição do ressarcimento ao erário:

- a) a inexistência da imprescritibilidade de tal pretensão; e
- b) o alcance de tal regra estaria limitado somente aos agentes públicos, não se estendendo, portanto, aos particulares que, eventualmente, praticassem ato de improbidade.

Em síntese, a situação posta a julgamento tratava de *mandamus* impetrado contra Acórdão do Tribunal de Contas da União, que determinava à impetrante que efetuassem o ressarcimento dos valores pagos pelo Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq), a título de concessão de bolsa de estudos no exterior.

Passados mais de 7 (sete) anos, foi instaurada Tomada de Contas Especial em desfavor da impetrante, visto que esta não teria obedecido à cláusula que determinava o seu retorno ao Brasil uma vez findo o curso, na qual houve a sua condenação em devolver o valor integral do custeio de seus estudos.

Requeria, dessa forma, a aplicação da regra de prescrição estatuída pelo Decreto nº 20.910/32, sob pena de malferimento dos princípios da boa-fé e da moralidade administrativa.

O Acórdão aí proferido possuía a seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor.

II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau.

III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição.

IV—Segurança denegada.

(MS 26210, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2008, DJe - 192 DIVULG 09-10-2008 PUBLIC 10-10-2008 EMENT VOL-02336-01 PP-00170 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 170-176 RF v. 104, n. 400, 2008, p. 351-358 LEXSTF v. 31, n. 361, 2009, p. 148-159) (grifo nosso)

O Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, superando a questão do alcance da norma presente no art. 37, §5º, CF/88, considerou que esta, claramente, criava hipótese de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, em conformidade com a doutrina de José Afonso da Silva, citada alhures.

Corroboraram tal posicionamento os Ministros Eros Grau e Carlos Ayres Brito, dentre outros, em todos os seus termos.

Em idêntico sentido, mas buscando aclarar o sentido da norma em análise, votou o Ministro Cezar Peluso, de cuja manifestação destacamos o seguinte trecho¹⁷⁹:

Noutras palavras, as ações relativas a crimes são prescritíveis, não, porém, as respectivas ações de ressarcimento. Respectivas do quê? Dos crimes, isto é, as ações tendentes a reparar os prejuízos oriundos da prática de crime danoso ao erário. Este o sentido lógico do adjetivo “respectivos”. **Não se trata, portanto, de qualquer ação de ressarcimento, senão apenas das ações de ressarcimento de danos oriundos de ilícitos de caráter criminal. Ai se entende, então, o caráter excepcional da regra da imprescritibilidade. Por quê? Porque é caso do ilícito mais grave na ordem jurídica.** E a Constituição, por razões soberanas, entendeu que, nesse caso, cuidando-se de delitos, no sentido criminal da palavra, as respectivas ações de ressarcimento não prescrevem, conquanto prescrevem as demais ações nascidas do ilícito penal.

¹⁷⁹ MS 26210, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2008, DJe - 192 DIVULG 09-10-2008 PUBLIC 10-10-2008 EMENT VOL-02336-01 PP-00170 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 170-176 RF v. 104, n. 400, 2008, p. 351-358 LEXSTF v. 31, n. 361, 2009, p. 148-159. (grifos nossos)

Data venia, necessário fazer um reparo à consideração traçada pelo Excelentíssimo Ministro Peluso: a norma traçada pelo art. 37, §5º da Carta Magna não se destina ao ressarcimento de danos oriundos da prática de ilícitos criminais.

Ora, como já apresentado, as conseqüências jurídicas do ato de improbidade possuem natureza extrapenal, vez que a esfera de responsabilização delineada pela Lei nº 8.429/92 é independente das sanções administrativas, civis e criminais cabíveis.

Assim, não há que se falar em ressarcimento para reparação de prejuízos oriundos de crimes, mas em recomposição de dano decorrente da prática de ato de improbidade, o qual possui tipificação própria (arts. 9º a 11, Lei nº 8.429/92), muito embora, em algumas situações, uma mesma prática possa ser enquadrada como ato ímprobo e crime (definidos, regra geral, no Código Penal Brasileiro).

Ainda que presente tal hipótese, a recomposição de dano estatuída no dispositivo constitucional mencionado relaciona-se, única e exclusivamente, aos prejuízos decorrentes de ato de improbidade.

De todo modo, a imprescritibilidade tem sua aplicação bastante mitigada, diante do risco de violação da segurança jurídica. Por ser exceção, deverá ser, conseqüentemente, interpretada de forma restrita.

Contudo, houve um voto em sentido oposto, proferido pelo Ministro Marco Aurélio Mello, do qual extraímos os seguintes trechos¹⁸⁰ (destaques nossos):

Senhor Presidente, em primeiro lugar, observo que a apuração do débito resultou de tomada de contas. E a tomada de contas se faz relativamente aos administradores do órgão. Em segundo lugar, não compreendo a parte final do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal como a encerrar a imprescritibilidade das ações considerada a dívida passiva da União. Não. A ressalva remete à legislação existente e recepcionada pela Carta de 1988; **a ressalva remete à disposição segundo a qual prescrevem as ações, a partir do nascimento destas, em cinco anos, quando se trata – repito – de dívida passiva da Fazenda.** E isso homenageia a almejada segurança jurídica: a cicatrização de situações pela passagem do tempo.

Não coloco na mesma vala a situação patrimonial alusiva ao ressarcimento e outras situações em que a Constituição afasta a prescrição. O constituinte de 1988 foi explícito, em certos casos, quanto à ausência de prescrição. Aqui, não. **Não posso conceber que simplesmente haja o constituinte**

¹⁸⁰ MS 26210, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2008, DJe - 192 DIVULG 09-10-2008 PUBLIC 10-10-2008 EMENT VOL-02336-01 PP-00170 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 170-176 RF v. 104, n. 400, 2008, p. 351-358 LEXSTF v. 31, n. 361, 2009, p. 148-159. (grifos nossos)

de 1988 deixado sobre a cabeça de possíveis devedores do erário, inclusive quanto ao ressarcimento por ato ilícito, praticado à margem da ordem jurídica, uma ação exercitável a qualquer momento.

Seu posicionamento, fulcrado no princípio da segurança jurídica, já exposto neste trabalho, contudo, não foi acompanhado pelos outros Ministros.

Tem-se que, logo após a manifestação do STF na referida decisão, o STJ começou a sedimentá-lo como precedente a ser seguido, como se vê adiante, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LICITAÇÃO – CONTRATAÇÃO SEM CERTAME LICITATÓRIO – MULTA PROCESSUAL – AUSÊNCIA DE CARÁTER PROTETATÓRIO – ART. 535 DO CPC – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO – ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PRESCRIÇÃO – AFASTAMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA – IMPRESCRITIBILIDADE – NÃO-OCORRÊNCIA.

1. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - O acórdão recorrido permitiu identificar completamente as teses jurídicas, cuja abstração é notória.

2. MULTA PROCESSUAL - Não se revestiram de caráter procrastinatório os embargos de declaração ajuizados. Aplicação da Súmula 98/STJ.

3. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - O recorrente não prequestionou todos os dispositivos que embasam o especial. No entanto, essa deficiência não compromete sua cognição plena, porquanto é deduzível tese jurídica abstrata, quanto à legitimidade do Ministério Público e à prescrição da pretensão ressarcitória.

4. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - A legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ações civis públicas ressarcitórias é patente. A distinção entre interesse público primário e secundário não se aplica ao caso. O reconhecimento da legitimação ativa encarta-se no próprio bloco infraconstitucional de atores processuais a quem se delegou a tutela dos valores, princípios e bens ligados ao conceito republicano.

5. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA - "A ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível." (REsp 705.715/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 2.10.2007, DJe 14.5.2008.) Precedente do Pretório Excelso.

Recurso especial conhecido em parte e nessa parte provido, tão-somente para afastar a multa processual, conservando-se o acórdão quanto à legitimidade do Ministério Público e à imprescritibilidade da pretensão.

(REsp 1069723/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 02/04/2009) (grifo nosso)

Entretanto, por não se constituir em jurisprudência reiterada, nem súmula vinculante, não há como se afirmar que a decisão proferida pelo STF resolveu de fato a questão. Houve, de fato, uma decisão pontual. É um precedente, mas que não se constituirá, de forma obrigatória, o posicionamento definitivo do Supremo¹⁸¹.

¹⁸¹ Todavia, vê-se que o Pretório Excelso (incluindo-se aí o próprio Ministro Marco Aurélio Mello) adota o entendimento proferido no MS 26.210-9/DF como fundamento para negar a admissibilidade de Recursos Extraordinários que intentem discutir a matéria tratada nesse

Como se vislumbra, mesmo dentro do Pretório Excelso há voz dissonante que se inclina pela prescritibilidade da segurança jurídica, com o que concordamos, ratificando os argumentos expostos no tópico correspondente a tal posicionamento.

Por fim, cumpre apresentar que o STJ, recentemente, admitiu recurso de Embargos de Divergência, em face de Acórdão já lastreado na decisão do STF, reconhecendo, mais uma vez, a clara discordância existente entre suas Turmas sobre a matéria. Decidiu o Ministro Hamilton Carvalhido, *in verbis*, (grifos nossos):

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 662.844 - SP (2009/0181521-3)

RELATOR : MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO

EMBARGANTE : AGENOR MIGUEL DA SILVA E OUTROS

ADVOGADO : ALLAN KARDEC MORIS

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

1. Embargos de divergência interpostos por Agenor Miguel da Silva e outros contra acórdão da Segunda Turma desta Corte de Justiça assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE.

1. Hipótese em que o Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública com o fito de reaver valores pagos em excesso a vereadores municipais.

2. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Precedentes do STJ e do STF.

3. Agravo Regimental não provido." (fl. 575).

Alegam os embargantes divergência com aresto proferido pela Primeira Turma sumariado da seguinte forma:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO DE DANOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO POPULAR. ANALOGIA (UBI EADEM RATIO IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO). PRESCRIÇÃO RECONHECIDA.

1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular veiculam pretensões relevantes para a coletividade.

2. Destarte, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia *legis*, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*. Precedentes do STJ: REsp 890552/MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 22.03.2007 e REsp 406.545/SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 09.12.2002.

trabalho. Nesse sentido, vejam-se as decisões monocráticas realizadas nos autos dos seguintes processos: BRASIL. Mandado de Segurança nº 27309. Impetrante: Natherson Geraldo de Souza e outro (a/s). Impetrado: Tribunal de Contas da União (TC nº 01152620002). Relator: Min. Ricardo Lewandowski; BRASIL. Recurso Extraordinário nº 576051. Reclamante: CONBRÁS ENGENHARIA LIMITADA. Reclamado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Carlos Britto; BRASIL. Recurso Extraordinário nº 527880. Reclamante: Ana Alves Bueno. Reclamado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Ricardo Lewandowski.

3. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face de ex-prefeito e co-réu, por ato de improbidade administrativa, causador de lesão ao erário público e atentatório dos princípios da Administração Pública, consistente na permuta de 04 (quatro) imóveis públicos, situados no perímetro central de São Bernardo do Campo - SP, por imóvel localizado na zona rural do mesmo município, de propriedade de do co-réu, objetivando a declaração de nulidade da mencionada permuta, bem como a condenação dos requeridos, de forma solidária, ao ressarcimento ao erário do prejuízo causado ao município no valor Cz\$ 114.425.391,01 (cento e quatorze milhões, quatrocentos e vinte e cinco mil cruzeiros e trezentos e noventa e um centavos), que, atualizado pelo *Parquet* Estadual por ocasião do recurso de apelação, equivale a R\$ 1.760.448,32 (um milhão, setecentos e sessenta mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e trinta e dois centavos) (fls. 1121/1135).

[...]

12. Recurso Especial provido para acolher a prescrição quinquenal da Ação Civil Pública, mercê da inexistência de prova de dolo, restando prejudicada a apreciação das demais questões suscitadas." (REsp 727131/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 23/04/2008).

Tudo visto e examinado, decido.

Preenchidas as exigências regimentais (artigo 266, parágrafo 1º, combinado com o artigo 255, parágrafos 1º e 2º, todos do RISTJ), **admito os embargos, por haver, em princípio, dissídio jurisprudencial acerca da prescritibilidade das ações civis públicas ajuizadas visando ao ressarcimento de dano ao erário.**

2. Ao embargado para impugnação, no prazo de 15 dias (artigo 267 do RISTJ). 3. Publique-se. 4. Intime-se.

Brasília, 23 de setembro de 2009.

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

Pelo que se observa, a questão parece distante de ser efetivamente solucionada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho intentou-se expor controvérsia atual sobre a verdadeira exegese do art. 37, §5º, da Carta Magna vigente, que vem mobilizando inúmeros estudiosos da Improbidade Administrativa, bem como os operadores jurídicos, que vêm levantando a tese da prescritibilidade, considerada minoritária, mas suficientemente forte a ponto de provocar considerável divergência entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

Partiu-se desde o conceito do princípio da probidade, considerado “corolário do princípio da moralidade”¹⁸², passando pelos seus instrumentos de concretização, dos quais se destaca a Lei nº 8.429/92, que se constitui em importante instrumento no combate à corrupção e à malversação do patrimônio público, objeto de detido estudo dos seus aspectos mais relevantes (atos, sujeitos, sanções e mecanismos administrativo e judicial de efetivação dos preceitos nela constantes).

Empós, foram delineadas as características básicas da prescrição no ordenamento jurídico pátrio, em que se realçou o seu fundamento, qual seja, o princípio da segurança jurídica, cuja conseqüência imediata é qualificação da imprescritibilidade como excepcional, dependente de expressa previsão normativa.

Neste passo, temos que a maioria dos intérpretes da norma constitucional em debate cinge-se a fazer uma interpretação “praticamente” literal de seu conteúdo, conquanto o texto constitucional seja bastante impreciso, com redação já criticada desde as primeiras análises feitas pela doutrina constitucionalista.

Para esses, a intenção do constituinte era de, realmente, estabelecer uma hipótese de imprescritibilidade, considerando o impacto social do ato de improbidade praticado, de modo que o interesse público, ao menos quanto ao aspecto do dano ao erário, deveria ser reparado, sob pena de ensejar o cometimento de novas práticas, por haver a “garantia” da impunidade.

¹⁸² FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 42.

Conquanto, é sabido que a maioria dos que abordam o dispositivo em tela, muitas vezes, limitam-se a reproduzi-lo, sem efetuar qualquer análise sobre os seus fundamentos, como se fora conceito sedimentado, imutável.

Não é o que nos parece, entretanto.

De fato, aqueles que compreendem de forma diversa, no sentido da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, vêem, acima do interesse da Administração Pública, a necessidade de estabilização das relações jurídicas pelo decurso do tempo, ainda que isso signifique não punir o agente ímprobo. Defende-se a prevalência da segurança jurídica, fator de pacificação das relações sociais.

Contudo, mesmo entre os que defendem a necessidade de prescrição, há sérias discussões quanto ao prazo a ser aplicado, que passa desde o prazo de 10 (dez) anos do art. 205, CC/02, até outros prazos menores. A jurisprudência também é vacilante nesse ponto.

Outrossim, a questão pareceu tomar um rumo mais próxima de sua solução, ao menos no que toca à aplicabilidade dessa regra pelo Poder Judiciário, quando o Supremo Tribunal Federal finalmente foi instado a se manifestar sobre o tema, em julgamento nos autos do Mandado de Segurança nº 26.210-9/DF, inclinando-se pela imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário.

Esse precedente, porém, ainda não resolveu, em sua plenitude, a matéria, pois o Superior Tribunal de Justiça continua a proferir decisões divergentes entre suas Turmas, donde se infere que a questão é deveras tormentosa, necessitando, novas manifestações, por parte do Supremo Tribunal Federal, a seu respeito, mormente se considerarmos a inexistência de unanimidade no entendimento adotado no mencionado Acórdão, com vistas a estabelecer um referencial para a atuação do Poder Judiciário.

Por fim, consideramos mais coerente a exigência da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento, pois esta permite que sejam preservados tanto o interesse da Administração, que busca recompor o seu patrimônio, quanto a segurança jurídica, entendida como direito fundamental da pessoa humana e pilar do Estado Democrático de Direito, sob cuja égide vivemos.

7 BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALENCAR, Maria do Carmo Sabino. In: COSTA, Ana Edite Olinda Norões. *Estudos de Direito e Processo Administrativo*. Fortaleza: Unifor, 2006, p. 273-285.
- ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ALVES, Vilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência no novo Código Civil*. 3. ed. Campinas: Servanda, 2006.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3. t. III.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Servanda, 2007.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Almedina: Coimbra, 1999.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- COSTA, José Armando. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- CRETELLA JR., José. *Comentários à constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, v.1.
- _____; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil. Processo Coletivo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, v. 4.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008, v.1.
- _____. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva. 1998, v.2
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v.1.
- FAZZIO JR., Waldo. *Atos de improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

- FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. Saraiva: São Paulo, v.2, 1990.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v.1.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FREITAS, Juarez. O princípio constitucional da moralidade e a nova interpretação do Direito Administrativo. In: BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a César Asfor Rocha: Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 119-151.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.1.
- GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público: comentários à lei de improbidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARTINS JR., Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MATOS, Mauro Roberto Gomes de. *Limites à improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Maria Chaves de. *Mini Dicionário Jurídico Português/Inglês, Inglês/Português*. São Paulo: Método, 2008.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Parte geral*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

- NASSAR, Elody. *Prescrição na administração pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa: legislação comentada artigo por artigo*. Niterói: Impetus, 2009.
- NERY JR., Nelson. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.
- PIERRO JUNIOR, Miguel Tomaz Di. A prescrição Administrativa e o novo Código Civil. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no Novo Código Civil - Uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte. A prescrição no novo Código Civil e ação civil pública, ação popular e ação de improbidade administrativa. In: CIANCI, Mirna. *Prescrição no novo código civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 361-385.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do código civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: GZ. 2009.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. Parte Geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil: processo de conhecimento*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.1.
- SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SPITZCOVSKY, Celso. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2009.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Série Concursos Públicos*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, v.1.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

- **Artigos de Periódicos (impressos e eletrônicos)**

ALBUQUERQUE, Demóstenes Três. A imprescritibilidade da ação de regresso prevista no art. 37, §5, da Constituição Federal. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 102, p. 43-49, 2004.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo. A prescrição das ações indenizatórias por danos causados ao erário. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 25, 31/01/2006. Disponível: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=737>. Acesso em: 26 ago. 2009.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 300, p. 7-37, 1960.

FORNACIARI JUNIOR, Clito. Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 165, p. 33-38, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de Improbidade Administrativa – decadência e prescrição. *Interesse Público*, São Paulo, v.33, p.55-92, 2005.

HARADA, Kiyoshi. Prazos de apreciação e julgamento das contas pelas Cortes de Contas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1957, 9 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11953>>. Acesso em: 05 set. 2009.

HUMBERT, Georges Louis Hage. (Im)prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2048, 8 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12306>>. Acesso em: 05 set. 2009.

LOBO, Arthur Mendes. A ação prevista na lei de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, São Paulo n. 32, p. 46-75, 2007.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. O instituto da prescrição no direito administrativo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3070>>. Acesso em: 05 set. 2009.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. A imprescritibilidade das ações ressarcitórias decorrentes de atos de improbidade administrativa: um equívoco hermenêutico. *Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria-RS*. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/constitucional/imprescritibilidade.htm>>. Acesso em: 10 set.2009

PEREIRA NETO, Luiz Gonzaga. Prescrição das ações de improbidade administrativa e de ressarcimento ao erário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2116, 17 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12630>>. Acesso em: 05 set. 2009.

SANTOS, Sergio Honorato dos. O prazo de Prescrição das ações decorrentes de atos de improbidade que causem dano ao erário. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n.1, p. 68-75, 2006.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Prescrição e Estabilidade Jurídica. *Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO)*, Osasco, v. 6, p. 97-129, 2006.

_____. Sanções pela prática do ato de Improbidade Administrativa. *Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO)*, v. 9, p. 99-125, 2009.

TOURINHO, Rita. A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa. *Instituto Brasileiro de Direito Público*, Salvador, nº 12, outubro/novembro/dezembro, 2007.

Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 12 out. 2009.

- **Monografias/Dissertações**

BARCELLA, Ana Carolina de Souza.A (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento ao Erário por danos decorrentes de ato de improbidade Administrativa. Porto Alegre: PUCRS. 35 p. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2008_2/ana_carolina.pdf>. Acesso em 12 ago. 2009.

ARRAES, Poliana Fontenele. *Interrupção do prazo prescricional na ação civil pública por ato de improbidade administrativa*. Trabalho de Conclusão de Curso. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2008, 96 p.

- **Legislação**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Regula a Prescrição Quinquenal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 6 jan. 1932. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D20910.htm>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>.

_____. Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 mar. 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del0201.htm>>.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1 de Janeiro de 1916. Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>.

_____. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 12 abr. 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1079.htm>.

_____. Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>.

_____. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>.

_____. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>.

_____. Lei nº 7.347 de 24 de Julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e da outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347.htm>.

_____. 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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112.htm>.

_____. Lei nº 8.429 de 2 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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>.

_____. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>.

_____. Lei nº 8.730 de 10 de novembro de 1993. Estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 nov. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8730.htm>.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

- **Jurisprudências/ Deliberações**

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (5ª CCR/MPF). *Enunciado nº 8*. Ata da 487ª Reunião.

26.06.2009. Brasília, DF. Disponível em: <<http://ccr5.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/enunciados/enunciados>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Distrito Federal, 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 5027. Relator: Min. Cármen Lúcia. Distrito Federal, 21 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2138. Relator: Min. Nelson Jobim. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes (art. 38, IV, b, do RISTF). Distrito Federal, 18 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Distrito Federal, 1 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 576051. Relator: Min. Carlos Britto. São Paulo, 10 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 527880. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Distrito Federal, 16 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 826678. Relator: Min. Castro Meira. Distrito Federal, 23 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 601961. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Distrito Federal, 21 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 626604. Relator: Min. Denise Arruda. Distrito Federal, 06 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp> .

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 960926. Relator: Min. Herman Benjamin. Distrito Federal, 1 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 939142. Relator: Min. Francisco Falcão. Distrito Federal, 10 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 727131. Relator: Min. Luiz Fux. Distrito Federal, 23 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 801846. Relator: Min. Denise Arruda. Distrito Federal, 12 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1087855, Relator: Ministro Francisco Falcão. Distrito Federal, 11 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1069723. Relator: Min. Humberto Martins. Distrito Federal, 2 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1038103. Relator: Min. Humberto Martins. Distrito Federal, 4 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 894539. Relator: Min. Herman Benjamin. Distrito Federal, 4 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 928725. Relator: Min. Herman Benjamin. Distrito Federal, 5 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 894539. Relator: Min. Herman Benjamin. Distrito Federal, 27 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 911075. Relator: Min. Humberto Martins. Distrito Federal, 3 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 993527. Relator: Min. Castro Meira. Distrito Federal, 11 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1107833. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Distrito Federal, 18 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em Recurso Especial nº 662844. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Distrito Federal, 2 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 45. *No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.* Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

ANEXO

ANEXO A – ACÓRDÃO/STF – MS Nº 26.210-9/DF