Número 12 – outubro/novembro/dezembro de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X –

A PRESCRIÇÃO E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Rita Tourinho
Promotora de Justiça no Estado da Bahia,
Mestre em Direito Público pela UFPE,
Professora de Direito Administrativo

1 - JUSTIFICATIVA

O presente trabalho tem o objetivo de discutir a interpretação do art. 37, § 5º da Constituição Federal, frente à Lei de Improbidade Administrativa.

Com efeito, determina o art. 37, § 5º que *a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as ações de ressarcimento***".**

Em virtude do referido artigo, pode-se afirmar que o prazo prescricional das ações de improbidade administrativa, previsto no art. 23, da Lei de Improbidade não se aplica ao ressarcimento de danos decorrentes de atos ímprobos. Lança-se então duas questões: 1- qual a ação destinada a pleitear o ressarcimento de danos decorrentes de atos de improbidade prescritos, frente ao art. 23? 2- diante do que determina o art. 37, § 5º o ressarcimento de danos na situação antes referida é imprescritível?

O presente trabalho pretende discutir e apresentar posicionamento quanto a estas questões.

Dentre as novidades trazidas pela Constituição Federal de 1988, cumpre destacar o artigo 37, § 4º da Constituição Federal, segundo o qual *"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 prevista na lei, sem prejuízo da ação penal cabível".*

Apesar do referido dispositivo constitucional não ser dotado de auto-executoriedade, não se pode negar que a previsão expressa de "atos de

improbidade" constituiu um grande avanço no combate a atuação desvirtuada do Administrador Público, muitas vezes voltado à satisfação de interesses pessoais.

Nenhum texto constitucional anterior ao de 1988 ousou utilizar a expressão **ato de improbidade administrativa**, limitando-se a contemplar o enriquecimento ilícito, sempre de difícil demonstração[1].

Com a previsão da figura da improbidade e o rigoroso combate a este mal que corrói a Administração Pública, através da utilização de medidas legais que atingem a pessoa do administrador ímprobo, criou-se uma esperança de modificação em nosso cenário político-administrativo, fazendo com que somente participe do mesmo aqueles dispostos a atuar em prol da coletividade, colocando de lado a visão individualista, característica inegável dos nossos administradores públicos.

Em 02 de junho de 1992 foi publicada a Lei Federal nº 8.429, que regulamentou o artigo 37, § 4º da Constituição Federal, dispondo sobre os atos de improbidade administrativa.

Apesar do avanço que esta lei representa - dada a sua amplitude voltada a extirpar do âmbito da Administração Pública não somente aqueles agentes públicos[2] que tenham enriquecido ilicitamente as custas da função pública, como também aqueles que causam prejuízo ao erário ou violam os princípios norteadores da Administração Pública – a Lei de Improbidade Administrativa mereceu uma série de críticas.

---

[1] O artigo 141 da Constituição Federal de 1946, por exemplo, além de prever no § 38 a possibilidade da declaração de nulidade ou a anulabilidade dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estado e dos Municípios, contemplando, ainda, as entidades autárquicas e as sociedades de economia mista, determinou no seu § 31 que a lei deveria dispor sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso do enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

A Constituição de 1967, por sua vez, trouxe no artigo 150, §31, a previsão constitucional da ação popular que exigia a ocorrência de lesividade ao patrimônio público, decorrente de ação dolosa, culposa ou ilegal do agente público.

O Ato Institucional nº 5, no artigo 8º, concedia poderes ao Presidente da República para decretar o confisco de bens de todos que tenham enriquecido ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquia, empresas públicas e sociedade de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. O Ato Complementar nº 42, de 27 de janeiro de 1969, regulamentou a decretação de confisco de bens, apresentando um rol exemplificativo de casos de enriquecimento ilícito.

Por fim, o Ato Institucional nº 14 alterou o artigo 150, §11, não admitindo o confisco, salvo em situações excepcionais enumeradas, remetendo a legislação infraconstitucional à disposição sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direita ou Indireta. Esta redação foi mantida no artigo 153, §11, após a Emenda Constitucional nº 1/69.

[2] Cumpre ressaltar a abrangência do conceito de agente público trazido no artigo 2º da Lei de Improbidade, superior a constante do artigo 327 do Código Penal.

Mistura normas de direito civil, administrativo, penal, processual penal e processual civil. Utiliza-se de forma descuidada das expressões **dolo** e **culpa,** o que levou vários doutrinadores, a princípio, a conferir natureza penal à Lei nº 8.429/92[3]. Por outro lado, a amplitude dos atos enquadrados na lei como ímprobos aliados à severidade das sanções impostas, tem causado certas controvérsias e hesitações na esfera jurisprudencial.

Dentre as divergências doutrinárias em torno da Lei de Improbidade, chama-nos atenção pontos concernente ao prazo prescricional.

Determina o artigo 37, § 5º da Constituição Federal que *a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário,* ***ressalvadas as ações de ressarcimento"***(grifo nosso).

A lei nº 8.429/92, por sua vez, determina no artigo 23 que *"as ações destinadas a levar a efeito 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 caso de exercício de cargo efetivo ou emprego."* Observe-se que não é feita qualquer ressalva quanto aos tipos de sanções.

O vocábulo **prescrição** vem do termo latino *praescriptio,* que significa "escrever antes" ou "no começo".

De acordo com Câmara Leal[4] a prescrição pressupõe um direito efetivo que pereceu por não ter sido proposta a ação que lhe correspondesse. Assim, tem por objeto as ações, sendo uma exceção oposta ao exercício da ação.

Segundo Pontes de Miranda[5] "os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrindo a eficácia da pretensão atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade". Acrescenta que a prescrição não se refere somente a ação, atingindo toda eficácia da pretensão. Desta forma, o exercício da pretensão ou da ação é limitável, no tempo, pela prescrição.

[3] Pazzaglini Filho, Marino, Rosa, Márcio Fernando Elias, Fazzio Lúnior, Waldo. *Improbidade Administrativa.* São Paulo, Atlas, 1998, p. 39.
[4] Câmara Leal, Antônio Luís da. *Da Prescrição e da Decadência.* Rio de Janeiro, 1959, p.115.
[5] Miranda, Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo, Bookseller, 2000, tomo VI, p.137.

O que caracteriza a prescrição é que ela não atinge o direito propriamente dito e sim a ação[6]. Desta forma, o direito tem prescrita a ação (ou pretensão) que dele se irradia. O não uso da ação atrofia a capacidade de reação.

Este instituto foi criado com o propósito de trazer segurança as relações jurídicas, que seriam comprometidas pela possibilidade de propositura de ações por prazos indeterminados.

Os direitos de natureza patrimonial que se exercem mediante pretensão condenatória estão sujeitos à prescrição[7].

Já trazido o alcance conceitual da prescrição, podemos voltar ao §5º do artigo 37 da Constituição Federal, que na sua primeira parte determina que a lei deverá fixar o prazo para o exercício da ação que vise responsabilizar os agentes públicos por atos que causem prejuízo ao erário.

Assim, veio a Lei nº 8.429/92 e estabeleceu no artigo 23, antes referido, o prazo para o exercício da ação de improbidade administrativa, destinada a levar a efeito as sanções previstas naquele diploma legal. Decorrido o lapso de tempo ali previsto, não poderá mais se ingressar com ação com fundamento na Lei nº 8.429/92, porque esta estará prescrita.

Ocorre que a parte final do §5º do artigo 37 da Carta Constitucional faz a ressalva das ações de ressarcimento de danos.

Sabe-se que o ressarcimento de danos é uma das conseqüências jurídicas da Ação de Improbidade, prevista nos incisos do artigo 12 da Lei nº 8.429/92, aplicável toda vez que o ato de improbidade cause dano material ou moral à Administração Pública. Lançamos, então dois questionamentos: 1º decorrido o prazo prescricional previsto no artigo 23 da lei nº 8.429/92, como seria pleiteado o ressarcimento de danos, não atingido por este prazo em virtude do referido dispositivo constitucional ? 2º qual seria o prazo para se propor o ressarcimento de danos frente ao disposto no §5º do artigo 37 da Lei Maior?

No que concerne a primeira questão, sabendo que a prescrição atinge as pretensões e ações, pensamos que decorrido o prazo prescricional previsto no artigo 23, não mais se poderá ingressar com Ação de Improbidade com

[6] Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito Civil.* São Paulo, Saraiva, 1989, vol. 1º, p. 194.
[7] Nery Júnior, Nelson e Andrade Nery, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 742.

fundamento na Lei nº 8.429/92, para levar a efeito a aplicação das sanções previstas no artigo 12, do mesmo diploma legal.

Com relação à pretensão do ressarcimento de danos causados ao erário em decorrência do ato de improbidade administrativa, que não será atingida pelo prazo prescricional previsto na Lei nº 8.429/92, em face de exceção imposta pelo texto constitucional, entendemos que tal ressarcimento poderá ser pleiteado pelo Ministério Público ou pessoa jurídica interessada através de ação civil pública reparatória de danos, com fundamento na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Assim, a ação visando o ressarcimento dos danos conseqüentes de ato de improbidade administrativa, não estará sujeita ao rito especial previsto na lei nº 8.429/92[8], uma vez que não mais estaremos diante de uma ação de improbidade administrativa, já prescrita, e sim perante uma ação civil de ressarcimento de danos.

Daí surge a segunda questão. Não estando o ressarcimento dos danos causados ao erário por agentes públicos sujeito ao prazo prescricional previsto no artigo 23 da Lei nº 8.429/92 em razão do artigo 37, §5º da Carta Constitucional, seria esta conseqüência jurídica imprescritível?

Pensamos que não.

A prescrição, em princípio, atinge a todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos[9]. Com efeito, a imprescritibilidade é excepcional.

Dentre as pretensões imprescritíveis, Pontes de Miranda[10] aponta as pretensões declarativas, as pretensões à decretação de nulidade, as pretensões à cessação de comunhão e à partilha, pretensões a fazer cessar confusão de limites e as demais pretensões concernentes a direitos de vizinhança e à retificação do registro de imóveis de aeronaves e de navios.

[8] Afirmamos que a Ação de Improbidade Administrativa é uma ação de rito especial devido à alteração produzida pela Medida Provisória nº 2.225-45, que imprimiu rito diferenciado à ação de improbidade, constante do artigo 17, §§ 7º, 8º e 9º.
[9] Miranda, Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo, Bookseller, 2000, tomo VI, p.164.
[10] Miranda, Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo, Bookseller, 2000, tomo VI, p.166.

Conforme afirma Caio Mário da Silva Pereira[11], a prescrição alcança todas as ações patrimoniais, reais ou pessoais, estendendo-se aos efeitos patrimoniais de ações imprescritíveis.

No que se refere às ações de ressarcimento de danos decorrentes de atos de improbidades, apesar da Constituição Federal tê-las excluído do prazo prescricional a ser estabelecido por lei, não afirmou que estas seriam imprescritíveis. Pensamos que o texto constitucional pretendeu que não fossem estabelecidos prazos inferiores ao constante no Código Civil.

Observe-se que toda vez que o texto constitucional estabelece a imprescritibilidade o faz expressamente. Assim, quanto trata do crime de racismo estabelece que "constitui crime inafiançável e **imprescritível**" (art. 5º, XLII). Da mesma forma, afirma que "constitui crime inafiançável e **imprescritível"** a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLIV). Ora, o artigo 37, §5º da Constituição apenas afirma que as ações de ressarcimentos decorrentes de prejuízos causados ao erário não estarão sujeitas ao prazo prescricional a ser estabelecido em lei para ilícitos praticados por agentes públicos. Em momento algum afirmou que estas ações de ressarcimento seriam imprescritíveis.

Argumentar-se, em favor da imprescritibilidade do ressarcimento dos danos decorrentes de ato de improbidade administrativa, a proteção ao erário e, em conseqüência, ao interesse público, não procede.

Como vimos os prazos prescricionais estão a serviço da paz social e da segurança jurídica, valores primordiais à coletividade, que não podem ser suplantados por interesses de cunho patrimonial, mesmo que este pertença ao Estado. Observe-se que a preocupação com tais valores é tamanha em nosso ordenamento jurídico que até o crime de homicídio, que atenta contra a vida – bem maior, passível de proteção – prescreve em 20 anos[12].

Fábio Medina Osório, manifestando-se quanto à matéria, questiona a linha interpretativa da imprescritibilidade do ressarcimento de danos decorrente de ato de improbidade frente ao princípio constitucional da segurança jurídica. Acrescenta o autor que "é caso de questionar essa idéia, pois a quebra e a violação da segurança jurídica não é um bom caminho de combate às práticas nefastas ao patrimônio público. Entendo que um amplo e larguíssimo prazo prescricional deveria ser criado para às hipóteses de lesão ao erário, mas não

[11] Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Rio de janeiro, Forense, , v. I, p. 595.
[12] Artigo 109, inciso I, do Código Penal.

se poderia aceitar a total imprescritibilidade, ao menos do ponto de vista ideológico"[13].

O novo Código Civil, visando imprimir maior importância a segurança das relações jurídicas, estabelece em seu art. 205 que "a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo maior". Ou seja, não mais se estabeleceu a prescrição vintenária para as ações pessoais, distinto das ações reais.

Militamos no sentido de ser dada plena eficácia a Lei de Improbidade, concordamos que agentes públicos ímprobos devem ser extirpados do quadro da Administração Pública, devendo, também, reparar todo e qualquer dano causado ao patrimônio público. Porém, não concordamos com a interpretação extensiva que se vem atribuindo ao artigo 37, §5, da Constituição Federal, pois tal interpretação viola o princípio da segurança jurídica, podendo ser mais lesiva ao interesse público do que o próprio dano material ou moral proveniente do ato de improbidade, diante das instabilidades que poderão rondar as relações jurídicas. Ademais, deve-se convir que "o direito não socorre os que dormem".

Desta forma, entendemos, ao contrário da maioria da doutrina, que referidas ações civis de ressarcimento, prescrevem no prazo de vinte anos, previsto no artigo 177 do Código Civil, em virtude do que determina o artigo 179, do mesmo diploma legal. Ademais, nada justifica a inércia na propositura da ação diante de prazo tão dilatado, cabendo ação regressiva contra aqueles que derem causa a prescrição por dolo ou negligência.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

TOURINHO, Rita. A Prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 12, outubro/novembro/dezembro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

[13] Osório, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 101.

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

(substituir x por dados da data de acesso ao site).

Publicação Impressa:

Informação não disponível.