

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-155-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. II

Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II reuniu-se no II Encontro Virtual do CONPEDI, evento totalmente virtual e síncrono ocorrido entre os dias 2 e 8 de dezembro de 2020, sob a temática “Direito, Pandemia e Transformação Digital: novos tempos, novos desafios”.

Com 9 meses de isolamento social e todas as dificuldades decorrentes da severa pandemia da Covid-19, o CONPEDI conseguiu contornar todas as enormes adversidades e ofereceu um evento com conferências, painéis e grupos de trabalho de excelência. Um momento marcado pela alegria do reencontro, ainda que virtual, e que ficou evidente nos debates, trocas e contribuições dos participantes do Grupo de Trabalho (GT).

Os trabalhos e debates desenvolvidos produziram grande empatia entre os participantes, a repercutir as preocupações da sociedade brasileira contemporânea e sua agudização neste momento grave de pandemia, sob os eixos do combate à corrupção e à improbidade administrativa; da regulação e controle; e da transparência e eficiência administrativa.

Os artigos destes anais gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS COM ENFOQUE À EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS
2. GOVERNANÇA PÚBLICA PARA GARANTIR O FINANCIAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA
3. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA: UM INSTRUMENTO PARA A COMPRA INTERNACIONAL EM TEMPOS DE PANDEMIA
4. A ANÁLISE DAS FRAUDES AO PROGRAMA DE AUXÍLIO EMERGENCIAL DO GOVERNO FEDERAL (PANDEMIA DA COVID-19). A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UM PADRÃO DE COMPORTAMENTO ÉTICO INSTITUCIONAL
5. MUNICÍPIO, FEDERALISMO FISCAL E DIREITOS SOCIAIS: POSSÍVEIS SOLUÇÕES A PARTIR DE UMA GESTÃO DESCENTRALIZADA E PARTICIPATIVA

6. A SUPOSTA ALTERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO PELA NOVA REDAÇÃO DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)
7. A POSSE E A (IM) POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS NO BRASIL
8. A TRANSPARÊNCIA E O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO ELEMENTO NECESSÁRIO DA CAPACIDADE GOVERNATIVA: O CONTROLE SOCIAL NA LICITAÇÃO COMO FORMA DE APERFEIÇOAMENTO DO PROCEDIMENTO E NO COMBATE A PATOLOGIAS CORRUPATIVAS
9. A (IM)PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA OBJETIVANDO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO TEMA 897 DA REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
10. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL
11. FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CONTEXTO DA DESLEGALIZAÇÃO: STF E O CASO ANVISA
12. MONOPÓLIO DO NETFLIX NO MERCADO BRASILEIRO DE SVOD - (SUBSCRIPTION VIDEO ON DEMAND)
13. GATE KEEPING E BENIGN BIG GUN NO CONTEXTO DA AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA - ANCINE E DO FUNDO SETORIAL AUDIOVISUAL - FSA

Com 15 (quinze) artigos aprovados e 13 (treze) efetivamente apresentados no GT, a presença maciça dos inscritos no evento confirma que o formato de CONPEDI Virtual veio para ficar, como mais uma modalidade possível ao lado dos eventos presenciais.

Será possível conferir nestes anais artigos científicos de elevada qualidade e pertinência acadêmica, com uma pluralidade de abordagens bastante originais e com indubitável relevo prático.

Registramos os cumprimentos ao CONPEDI, pelo empenho e a qualidade da organização desse II Encontro Virtual - um excepcional momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito!

Assim, temos a satisfação de apresentar a presente obra a toda a comunidade jurídica, a confirmar que a Covid-19 pode até ter nos distanciado fisicamente, mas continuamos a pesquisar e difundir nossas pesquisas agora no formato virtual. Não temos a ternura do abraço presencial, mas temos o sorriso e a certeza da presença.

De Passo Fundo (RS) e de Florianópolis (SC), dezembro de 2020.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF)

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Nota técnica: O artigo intitulado “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL” foi indicado pelo Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A (IM)PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA OBJETIVANDO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO TEMA 897 DA REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE (IM) PRESCRITIBILITY OF ACTIONS BY ACT OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY AIMING AT RESTARCEMENT TO THE ERARY THEME 897 OF THE GENERAL REPERCUSSION IN THE SUPREME FEDERAL COURT

Maria Andreia Lemos

Resumo

Este artigo, revisando jurisprudência e bibliografia, foca decisão do Supremo Tribunal Federal sobre incidência da imprescritibilidade em ações objetivando ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa. Afere as teses para infirmar/afirmar a prescrição e o enquadramento para ações de natureza condenatórias. Verifica, ainda, a observância da garantia de preservação dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à ampla defesa. A importância do trabalho é patente diante da necessidade de verificar se o órgão máximo do país, incumbido de proteger as regras constitucionais, cumprem de fato o seu mister.

Palavras-chave: Imprescritibilidade, Direitos fundamentais, Ressarcimento, Dano ao erário, Improbidade administrativa

Abstract/Resumen/Résumé

This article, reviewing jurisprudence and bibliography, focuses on the decision of the Federal Supreme Court on the incidence of imprescriptibility in lawsuits aiming at reimbursement to the treasury for administrative misconduct. It checks the theses to invalidate / affirm the prescription and the framework for condemnatory actions. It also verifies the observance of the guarantee of preservation of fundamental rights, among them the right to ample defense. The importance of work is evident in the face of the need to verify whether the country's highest body, charged with protecting constitutional rules, actually fulfills its task.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Imprescriptibility, Fundamental rights, Refund, Damage to the treasury, Administrative dishonesty

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe analisar o Recurso Extraordinário 852.475/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal nas sessões dos dias 02 e 08 de agosto de 2018, cuja relatoria do acórdão coube ao Min. Edson Fachin, conforme ata publicada no DJE 164, divulgado em 13/08/2018.

Por maioria de votos, apreciando o Tema 897 da repercussão geral, o citado Tribunal deu parcial provimento ao recurso para afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e determinar o retorno dos autos ao Tribunal recorrido para que, superada a preliminar pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, fosse apreciado o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento.

Nesse julgado ficaram vencidos os Ministros Alexandre de Moraes (Relator), Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Na sessão de 08 de agosto, reajustaram seus votos, para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin, os Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso¹.

Ao final do julgamento restou fixada a tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

O Recurso Extraordinário em análise foi interposto em ação de improbidade administrativa na qual se pleiteou a aplicação, aos réus, das sanções previstas no art. 12, II² e III³, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), inclusive o ressarcimento. O

¹ A mudança de posicionamento por estes Ministros ocorreu após a repercussão dada pela mídia sobre a mudança de posicionamento do STF que, pela primeira vez, reconheceria a prescribibilidade das ações civis públicas objetivando ressarcimento ao erário. Por exemplo: “No STF, maioria é a favor da prescrição do ressarcimento por improbidade. Votação foi interrompida com placar de seis votos a dois e vai ser retomada. Segundo entendimento, responsáveis deixam de estar sujeitos à punição. Por Jornal Nacional em 03/08/2018 21h55” disponível em <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/08/03/no-stf-maioria-e-a-favor-da-prescricao-do-ressarcimento-por-improbidade.ghtml>>. Acesso: 03 jan. 2020; IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Maioria no STF é a favor de prescrição de dever de ressarcir erário em cinco anos. Por CONJUR em 02/08/2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-02/maioria-stf-favor-prescricao-dever-ressarcir-erario>>. Acesso: 03 jan. 2020.

² Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (...) II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

³ Art. 12 (...) III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo havia dado provimento ao recurso de apelação, reformando em parte sentença que julgara parcialmente procedente os pedidos, para reconhecer a ocorrência de prescrição⁴.

A questão posta para análise é a hipótese de ofensa ao art. 37, §5º da Constituição de 1988, que estabelece: *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*.

A par dessa leitura, o enfoque dado neste trabalho é analisar a coerência, a partir da revisão da doutrina e da jurisprudência, dos argumentos apresentados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na defesa da (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, quer para confirmar quer para infirmá-la.

Assim as perguntas que se apresentam são: o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer que a imprescritibilidade não atinge as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de *ato doloso* tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, fez o devido enquadramento do instituto para ações condenatórias? Levaram em conta a garantia de preservação dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à ampla defesa?

Antecipando de algum modo o resultado deste estudo, verificou-se que sequer foi levado em conta pelos julgadores o conceito de prescrição ou a distinção desta com a decadência para identificar as ações imprescritíveis, ou mesmo a possibilidade de que haja violação à garantia da ampla defesa com o passar do tempo. Contudo, nem tudo está perdido, embora o desacerto da decisão, como se demonstra adiante, é preciso considerar que houve algum avanço ao reconhecer a aplicação da prescrição para as ações baseadas em atos culposos.

2. DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

⁴ O caso concreto envolve a alienação de dois automóveis de propriedade pública, um Ford Royale e uma Kombi, da Volkswagen. O problema de fundo é que o Ford Royale havia sido avaliado em R\$ 16.739,00 e foi vendido por R\$ 13.500,00; e a Kombi foi avaliada em R\$ 3.920,00 e foi vendida por R\$ 1.800,00. Em termos pecuniários, o caso envolve o importe de R\$5.359,00, sendo praticamente irrelevante para chegar à Corte Superior do país, no entanto, o tema discutido é de extrema relevância para inúmeras ações judiciais envolvendo a questão da (im)prescritibilidade relativamente ao dano ao erário advindo de atos de improbidade administrativa.

Prescrição e decadência são institutos de direito material e dizem respeito, essencialmente, à perda do direito de ação ou do próprio direito após determinado lapso temporal. Embora semelhantes, a distinção entre os dois institutos nem sempre é tarefa fácil.

A conceituação mais encontrada nos livros é exatamente esta, a prescrição extingue o direito de ação e a decadência extingue o próprio direito.

Conquanto esta distinção básica seja muito utilizada até os dias atuais, o professor Agnelo Amorim Filho, da Faculdade de Direito da Universidade da Paraíba, no artigo publicado em 1961⁵, já sustentava carecer de base científica, dizendo ser absolutamente falha e inadequada, uma vez que a distinção é concebida pelos efeitos ou consequências.

No artigo Agnelo Amorim Filho propôs um critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, a partir de três regras, sendo:

- 1) todas as ações condenatórias⁶ (e somente elas) estão sujeitas a prescrição;
- 2) os únicos direitos para os quais podem ser fixados prazos de decadência são os direitos potestativos⁷ e, assim, as únicas ações ligadas ao instituto da decadência são as ações constitutivas⁸ que têm prazo especial de exercício fixado em lei; e
- 3) são perpétuas (ou imprescritíveis) todas as ações declaratórias⁹, e aquelas ações

⁵ AMORIM FILHO, Agnelo, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.

⁶ Lança-se mão da ação condenatória quando se pretende obter do réu uma determinada prestação (positiva ou negativa), pois, “correlativo ao conceito de condenação é o conceito de prestação”. Deste modo, um dos pressupostos da ação de condenação é “a existência de uma vontade de lei que garanta um bem a alguém, impondo ao réu a obrigação de uma prestação. Por consequência, não podem jamais dar lugar a sentença de condenação os direitos potestativos” (CHIOVENIDA, op. cit., 1/267 APUD AMORIM FILHO, Agnelo, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961).

⁷ O direito potestativo não se relaciona a qualquer prestação do sujeito passivo, razão pela qual não pode e nem precisa ser “executado”, no sentido de serem praticados atos materiais consistentes na efetivação de uma prestação devida (conduta humana devida), de resto inexistente neste vínculo jurídico. O direito potestativo é direito (situação jurídica ativa) de criar, alterar ou extinguir situações jurídicas que envolvam outro sujeito (que se encontra em uma situação jurídica passiva denominada de *estado de sujeição*). O direito potestativo efetiva-se normativamente: basta a decisão judicial para que ele se realize no mundo ideal das situações jurídicas. É suficiente que o juiz diga “anulo”, “rescindir”, “dissolvo”, “resolvo”, para que as situações jurídicas desapareçam, se transformem ou surjam. Situações jurídicas nascem, transformam-se e desaparecem no mundo do direito, que é um mundo lógico e ideal. (DIDIER JR, Fredie. *Sentença constitutiva e execução forçada*. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-sentenca-constitutiva-e-execucao-forcada/>>. Acesso em 03 jan. 2020.

⁸ A ação constitutiva (positiva ou negativa) cabe quando se procura obter, não uma prestação do réu, mas a criação de um estado jurídico, ou a modificação, ou a extinção de um estado jurídico anterior. (AMORIM FILHO, Agnelo, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961)

⁹ O autor que requer uma sentença declaratória, não pretende conseguir atualmente um bem da vida que lhe seja garantido por vontade da lei, seja que o bem consista numa prestação do obrigado, seja que consista na modificação do estado jurídico atual; quer, tão-somente, saber que seu direito existe ou quer excluir que exista o direito do adversário; pleiteia, no processo, a certeza jurídica e nada mais. (Chiovenda, Instituições, Iº, vol., págs. 265 e 303 APUD AMORIM FILHO, Agnelo, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para

constitutivas para as quais a lei não fixa prazo especial de exercício.

Para chegar a essa diferenciação, o professor partiu dos conceitos estabelecidos por Chiovenda¹⁰ que distinguiu os direitos subjetivos em duas grandes categorias: a primeira, dos direitos que têm por finalidade um bem da vida a conseguir-se mediante uma prestação, positiva ou negativa, de outrem, isto é, do sujeito passivo, denominados *direitos de prestação*. A segunda, dos denominados *direitos potestativos*, compreendendo os poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade dessas. E ainda da classificação das ações em três grupos principais: condenatórias, constitutivas e declaratórias.

A partir desta análise o doutrinador mencionado afirma que as ações condenatórias e constitutivas correspondem, com rigorosa precisão, àqueles dois grandes grupos definidos por Chiovenda. Assim as ações condenatórias são meios de proteção daqueles direitos suscetíveis de violação (direitos a uma prestação) e as ações constitutivas são meios de exercício daqueles direitos insuscetíveis de violação (direitos potestativos). Distinguindo-a das duas ações anteriormente referidas, a declaratória¹¹ têm então por objetivo conseguir uma "certeza jurídica". Ou seja, tão somente, saber se seu direito existe ou excluir que exista o direito do adversário. Pleiteia, no processo, a certeza jurídica e nada mais.

No caso dos direitos potestativos (ao contrário do que ocorre com os direitos suscetíveis de lesão) o decurso do prazo sem o seu exercício implica na extinção deste, no caso a decadência, pois embora não suscetível a lesão o legislador definiu prazos para o seu exercício, visando à paz social, pois o que causa intranquilidade social não é, propriamente, a existência da pretensão (pois deles não se irradiam pretensões) nem a existência da ação, mas a existência do direito, tanto que há direitos desta classe ligados a prazo, embora não sejam exercitáveis por meio de ação, afirma o professor.

Utilizando-se os critérios propostos pelo professor Agnelo Amorim Filho que conclui serem imprescritíveis tão somente as ações declaratórias e as constitutivas para as quais a lei não fixa prazo especial de exercício, forçoso concluir que a decisão vertida pelo Supremo Tribunal Federal para as ações civis públicas por ato de improbidade administrativa não

identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961).

¹⁰ CHIOVENDA. Instituições, 1/67 APUD AMORIM FILHO, Agnelo, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.

¹¹ Salienta, entretanto que as sentenças condenatórias e as constitutivas também têm certo conteúdo declaratório, ao lado do conteúdo condenatório ou constitutivo, pois toda sentença deve conter, necessariamente, a declaração da existência da relação jurídica sobre a qual versa. O que as distingue das declaratórias propriamente ditas é que, nestas, tal conteúdo é total, ao passo que nas outras duas espécies é parcial.

podem ser alcançadas pela imprescritibilidade já que a pretensão posta na ação é de condenação do agente público a ressarcir o dano ao erário, portanto, ação condenatória que é atingida pela prescrição.

2.1 POSICIONAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) estabeleceu no §4º do art. 37 que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Para regulamentar tal comando foi editada a Lei Federal nº 8.429/1992 que estabelece em relação ao prazo prescricional para a interposição das ações pretendendo a condenação por ato de improbidade administrativa:

“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

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.”

Conquanto a norma acima mencionada estabeleça que as ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas na lei de improbidade administrativa podem ser propostas no prazo de cinco, ou dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão, deve-se observar que o §5º do art. 37 da CRFB/88 estabelece textualmente 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*.

Passados mais de 30 anos de sua edição, esse comando constitucional ainda provoca dissenso na doutrina e jurisprudência que buscam compreender o alcance da ressalva constante da parte final do §5º, art. 37 da CRFB/88 (ressalvadas as respectivas ações de

ressarcimento).

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tem se debruçado sobre essa discussão sem conseguir, até o momento, um posicionamento unânime entre os seus integrantes. No julgamento do MS 26.210/DF em sessão realizada em 04/09/2008, tendo como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu-se, por maioria, pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário e fixou a tese: “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de *ato doloso* tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”, vencido o Ministro Marco Aurélio.

O assunto foi novamente discutido, na sessão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal na sessão de 25/06/2013 no AI 744973 AgR/SP, cujo relator foi o Ministro Luiz Fux. Naquela assentada a Turma decidiu por unanimidade que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento contra os agentes públicos que *ilicitamente* causaram lesão ao patrimônio público”.

Referido tema voltou a ser objeto de análise pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 669.069/MG¹², cujo relator foi o saudoso Ministro Teori Zavascki, na sessão de 03/02/2016. Nesse julgado o relator propôs a fixação de tese segundo a qual “a imprescritibilidade a que se refere o art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais”. No entanto, o Ministro Dias Toffoli discordou desse posicionamento, sendo acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio que sugeriu manter a discussão restrita às balizas objetivas do processo. É que o caso não tratava de um conflito de interesses a envolver uma ação do Poder Público contra um servidor, considerado o direito de regresso, mas, sim, uma ação indenizatória, portanto, patrimonial, tendo em conta acidente automobilístico. Portanto, sem qualquer conotação de improbidade administrativa, deixando evidente que o assunto causa incômodo aos membros daquele Tribunal.

Após longa discussão entre os ministros no RE 669.069/MG, se deveriam ou não abarcar a análise da incidência da imprescritibilidade das ações de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade administrativa, acordaram em deixar de fora o assunto e limitaram o Tema 666 a: “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”. Nesse caso, a decisão também se deu por maioria.

¹² O recurso foi interposto pela União para impugnar acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, mantendo o conteúdo da sentença, reconheceu estar prescrita a ação de ressarcimento de danos materiais promovida com fundamento em acidente de trânsito.

Por último, em 2018, veio o julgamento do RE 852.475/SP, cujo objeto envolvia diretamente a incidência da imprescritibilidade em ação de ressarcimento por ato de improbidade administrativa. A decisão transitou em julgado em 06/12/2019.

Na discussão entre os ministros foram levantadas duas teses:

1) “A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos e terceiros pela prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado pela Lei 8.429/1992 prescreve juntamente com as demais sanções do artigo 12, nos termos do artigo 23, ambos da referida lei, sendo que, na hipótese em que a conduta também for tipificada como crime, os prazos prescricionais são os estabelecidos na lei penal”. Apresentada pelo Relator Ministro Alexandre de Moraes.

2) “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”. Apresentada pelo Ministro Edson Fachin.

Após longa discussão, e a revisão de votos por parte de três Ministros que já haviam votado pela aplicação do instituto da prescrição, foi vencedora a tese aberta pela divergência, mantendo-se o entendimento firmado em 2008 no MS 26.210/DF

2.2 TESE DEFENDIDA PELO RELATOR DO RE

Para sustentar a tese de que “a pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos e terceiros pela prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado pela Lei 8.429/1992 prescreve juntamente com as demais sanções do artigo 12, nos termos do artigo 23, ambos da referida lei, sendo que, na hipótese em que a conduta também for tipificada como crime, os prazos prescricionais são os estabelecidos na lei penal”, o Ministro Alexandre de Moraes salientou que o elemento histórico é fundamental para a definição do conteúdo da parte final do §5º, art. 37 da CRFB/88 (ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento), pois, durante a Assembleia Nacional Constituinte, a redação inicial do § 4º do art. 44 – equivalente ao atual §5º do art. 37 – do Projeto de Constituição (A) da Comissão de Sistematização foi elaborada da seguinte forma: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS”.

Segundo o Ministro, quando da apresentação do Projeto de Constituição (B) da Comissão de Sistematização, foi acolhida a emenda de Plenário 2P02039-9 que excluía essa

expressão clara e incisiva – “QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS” –, tendo sido, consequentemente, expurgada do texto, conforme se verifica pela leitura de seu §5º do art. 38 (correspondente ao atual § 5º do art. 37). Assim, antes de ser uma decisão isolada da Assembleia Nacional Constituinte, a exclusão dessa hipótese de imprescritibilidade foi uma clara e consciente opção em privilegiar a segurança jurídica, restringindo ao máximo essas excepcionalidades que causavam grande desconforto nos debates entre os constituintes.

Sustentou ainda Alexandre de Moraes que o legislador constituinte reservou a imprescritibilidade apenas, e tão somente, para os crimes de racismo (inciso XLII do art. 5º), ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLIV do art. 5º) e os bens públicos (§ 3º do art. 183). Portanto, a ressalva que permaneceu no §5º, art. 37 da CRFB/88, mesmo após a retirada da expressão “QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS”, teve por finalidade evitar, principalmente, uma anomia em relação à possibilidade de ressarcimento ao erário em face de responsabilização pela prática de eventuais atos ilícitos, enquanto ainda não tipificados pela lei exigida no §4º, art. 37 da Constituição como atos de improbidade administrativa. Assim, a preocupação do legislador constituinte foi legítima, pois, em virtude da exigência do §4º, bem como da forma e gradação da aplicação das sanções de suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, poderiam surgir dúvidas sobre a recepção do ordenamento jurídico que, desde a década de 1940, permitia ações de ressarcimento no caso de improbidade administrativa, apesar da inexistência de conceituação e de tipificação específica dos denominados “atos de improbidade administrativa”. Ou seja, a ressalva da parte final do §5º, art. 37 não teria pretendido estabelecer uma exceção implícita de imprescritibilidade, mas obrigar constitucionalmente a recepção das normas legais definidoras dos instrumentos processuais e dos prazos prescricionais para as ações de ressarcimento do erário, inclusive referentes a condutas ímprobas, mesmo antes da tipificação legal de elementares do denominado “ato de improbidade” (Decreto 20.910/1932, Lei 3.164/1957, Lei 3.502/1958, Lei 4.717/1965, Lei 7.347/1985, Decreto-Lei 2.300/1986), mantendo, dessa maneira, até a edição da futura lei e para todos os atos pretéritos, a ampla possibilidade de ajuizamentos de ações de ressarcimento.

O Ministro Alexandre de Moraes salienta ainda que essa possibilidade de afastamento da tese de imprescritibilidade pela interpretação histórica havia sido sustentada pelo Ministro Roberto Barroso, em voto no julgamento do RE 669.069/MG:

“A regra geral no Direito brasileiro é a prescritibilidade, salvo as exceções inequívocas, que estão na Constituição, que são: o crime de racismo e as ações de grupos

armados contra o Estado democrático e contra a Constituição. Portanto, nesses dois casos, eu não tenho dúvida. Esse dispositivo, que nós estamos debatendo, que é o 37, § 5º, ele tem um componente de obscuridade, na sua locução final, quando ele fala - apenas para retomar a discussão na companhia de todos: Art. 37. ... § 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. Eu pedi uma breve pesquisa histórica para ver se os trabalhos constituintes esclareciam exatamente, o que se quis dizer com esta cláusula. E verifiquei, Presidente, que, numa redação anterior, penúltima redação antes da aprovação do texto final, essa cláusula dizia: "Ressalvadas as respectivas ações, que serão imprescritíveis". E, aí, esta locução final caiu, na última versão do texto constitucional, o que aumentou um pouco a perplexidade a ponto de sugerir que talvez a interpretação histórica seja no sentido de que o constituinte não quis tornar essas ações imprescritíveis".

No entanto, esse posicionamento do Ministro Roberto Barroso, reafirmado no voto proferido na sessão de 02 de agosto de 2018, quando se formou a maioria pela prescritibilidade, foi reformulado para a sessão de 08 de agosto, deixando evidente a pressão a que foi submetido no intervalo entre as duas sessões¹³.

2.3 TESE DEFENDIDA PELO RELATOR DESIGNADO DO ACORDÃO NO RE

A segunda tese, de que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de *ato doloso* tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”, surgiu a partir da divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin (após a reformulação de seu voto), foi construída com a defesa de que a prescrição, efetivamente, é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, compreende a prescrição uma dimensão relevante, específica, do princípio da segurança jurídica, que é princípio de caráter vinculante e estruturante no Estado de Direito Democrático, no entanto, a sua compreensão é de que se deve fazer uma interpretação sistemática, especialmente dos parágrafos que estão fechados em um mesmo dispositivo, no caso os parágrafos 4º e 5º do art. 37 da CRFB/88, entendendo que a matéria diz respeito à tutela dos bens públicos e que a segurança jurídica nessa perspectiva não leva, necessariamente, nada obstante que seja tanto um princípio normativo

¹³ Para justificar sua mudança de posição o Ministro Roberto Barroso afirmou em seu novo voto que: “Antes do término desse julgamento, tendo levado em conta os argumentos jurídicos, e muitos argumentos que me foram trazidos ao longo desse intervalo que mediou o primeiro julgamento do outro, sobre as dificuldades, quando não impossibilidade de recuperação, muitas vezes, de dinheiros desviados, em que há uma delonga administrativa, há uma delonga no processo penal, eu me convenço de que, como regra geral, a prescritibilidade, neste caso, não produz o melhor resultado para a sociedade.”

quanto um ideal republicano, a autorizar a proteção, pelo decurso do lapso temporal, a quem causar prejuízo ao erário e locupletando-se da coisa pública.

Compreende o Ministro que a imprescritibilidade constitucional dá afirmação da importante proteção da coisa pública da qual cada um de nós também somos titulares e cada cidadão é, ainda que indiretamente, titular. Assim, o voto foi construído sob as seguintes premissas: *Primeira* - a prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, a uma dimensão específica do princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado de Direito. *Segunda* - Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). Nesse mesmo rol está o dispositivo previsto no art. 37, §5º, CRFB. *Terceira* - o texto constitucional é expresse ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. Logo em seguida, porém, decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento (ou seja, de recomposição) do erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. *Quarta* - São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa.

Observa-se que, com exceção da interpretação história utilizada na tese vencida, ambas fazem referência aos mesmos artigos da CRFB/88 (art. 5º, XLII e XLIV, art. 183, §3º) que estabelecem como imprescritíveis os crimes de racismo, ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático e os bens públicos para afirmar ou infirmar seus argumentos. Ao passo que a tese vencida conclui que o constituinte fez uma clara opção pela incidência da imprescritibilidade somente nos três casos citados, a tese vencedora argumenta a ausência de limitação a estas três hipóteses para defender que o art. 37, §5º, CRFB encontra-se no mesmo rol, ainda não esteja registrado textualmente em sua redação. Tal situação só reforça a fragilidade dos argumentos apresentados nos votos.

3. DIVERGÊNCIA TAMBÉM NA DOUTRINA

Na doutrina também não faltam divergências sobre o alcance da ressalva constante no §5º, art. 37 da CRFB/88.

Marcelo Figueiredo¹⁴ afirmar que “o artigo 37, § 5º, da CF determina, em última

¹⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. *A Prescrição nas Ações de Improbidade Administrativa (Artigo 23, I, II, e III da Lei n.8.429/92)*. Revista Jurídica ESMP-SP, V.13, 2018, p. 74

análise, é que a lei indique os prazos prescricionais das pretensões ressarcitórias em face do Estado, ressaltando seu direito de regresso em face do causador do dano,” conclui então que o artigo 23 da Lei 8.432/1992 não viola o artigo 37, § 5º, da CF e, consequentemente, estabelece os prazos prescricionais para a “ação de improbidade administrativa”, inclusive no que diz respeito ao ressarcimento dos danos ao erário.

Com posicionamento semelhante Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz¹⁵ defende que “as ações de ressarcimento por dano ao erário, por ato de improbidade, não são e não podem ser, jamais, imprescritíveis, inclusive por serem ações condenatórias, que, por regra, e em razão de segurança jurídica, estão sujeitas a prescrição.”

De fato, sob o enfoque da classificação apresentada por Agnelo Amorim Filho, sendo as ações de ressarcimento por dano ao erário, por ato de improbidade administrativa, de natureza condenatórias sujeitam-se a prescrição.

Além de tratar de ação de natureza condenatória e da incidência do princípio da segurança jurídica, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁶, acrescentam, para confirmar a incidência da prescrição, o princípio da proibição de excesso a indicar a “necessidade de haver prazo de extinção da pretensão do estado para o ressarcimento do erário pelos danos causados por ato de improbidade administrativa”.

O princípio da proibição do excesso é parâmetro importante por impor a adoção de técnicas tendentes a coibir a atividade estatal de forma excessiva ou de forma insuficiente para proteção dos direitos fundamentais.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷ sustentou até a 26ª edição do seu Curso de Direito Administrativo, a tese da imprescritibilidade. Nas edições seguintes passou a defender a existência de uma “imprescritibilidade limitada” compreendendo que a ausência dessa limitação de lapso temporal esbarra no direito de defesa, que é muitíssimo caro ao sistema constitucional, vez que com o passar do tempo fica cada vez mais difícil obter os documentos necessários para defesa.

De outro lado, há na doutrina espaço ainda para os que acompanham os argumentos do voto vencedor no julgado analisado neste texto, em que pese passem ao largo dos

¹⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de, JUNIOR, Luiz Manoel Gomes e FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429, de 02 de junho de 1992*. 3.ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 417.

¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 455.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1064/1065.

critérios para definição de (im)prescritibilidade em função da natureza das ações ou mesmo da minimização ou eliminação prática do direito de defesa.

Nessa linha, Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁸ sustenta que “ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos.” Sendo de igual teor Pedro Roberto Decomain¹⁹ diz que “os prazos prescricionais previstos pelo art. 23 da Lei não alcançam as ações de ressarcimento. Os referidos prazos, portanto, somente abrangerão as demais sanções previstas pelo art. 12 da Lei 8492/1992.”

Os autores apenas reafirmam o posicionamento a partir de uma interpretação literal do comando constitucional, sem levar em conta a natureza da ação ou a garantia de preservação dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à ampla defesa.

4. AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO FUNDADAS NA PRÁTICA DE ATO DOLOSO

A Lei Federal nº 8.429 de 02 de junho de 1992, veio dispor 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 reuniu os atos em quatro grupos: 1) os que importam em enriquecimento ilícito por auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade (art. 9º); 2) os que causam lesão ao erário por qualquer ação ou omissão, *dolosa* ou *culposa*, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres (art. 10); 3) os que por ação ou omissão conceda, aplique ou mantenha benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o *caput* e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003 (art. 10-A²⁰); e 4) os que atentam contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Pertinentes as observações Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz²¹ quanto ao julgamento mencionado: “A questão agora já teve julgamento definitivo, e, inclusive, sofreu “reviravoltas”, pois, quando do início do julgamento, o relator, Min. Alexandre de Moraes

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 14. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 695.

¹⁹ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 381.

²⁰ Artigo acrescido pela Lei Complementar nº 157, de 29/12/2016.

²¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de, JUNIOR, Luiz Manoel Gomes e FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429, de 02 de junho de 1992*. 4.ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2020, p. 493.

havia proferido voto no sentido de reconhecer a prescritibilidade dessas ações, tenho sido acompanhado pela maioria dos Ministros. Na verdade, quando encerrada a primeira etapa da sessão de julgamento, prevalecia a tese no sentido de reconhecer serem prescritíveis as ações de ressarcimento com fundamento em ato de improbidade²³. Suspensa a sessão, que teve várias horas de duração, quando do retorno, em data posterior, dois dos Ministros (Min. Luiz Fux e Min. Roberto Barroso) acabaram por mudar o voto já proferido, invertendo o resultado do julgamento, que acabou com o relator vencido e designado o Ministro Edson Fachin para Redator do Acórdão, considerando ter sido seu o voto que abriu a divergência”.

Prossegue: “Ao final, ficaram vencidos os Ministros Alexandre de Moraes (relator), Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Com a “virada” de posicionamento, acabou prevalecendo a tese de imprescritibilidade com ressalva, nos seguintes termos: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

“A ressalva ficou por conta da *prática de ato doloso*, o que foi sugerido pelo Ministro Roberto Barroso quando da modificação do seu posicionamento. Dessa forma, por maioria, acabou o STF por firmar a tese de imprescritibilidade, porém, para os casos de ato doloso de improbidade, ou seja, fica mantida a prescritibilidade dos atos de improbidade em que o único elemento presente é a culpa”.

Portanto, à exceção do art. 10-A, todas os demais incluem no rol de condenações possíveis o ressarcimento.

Quanto ao dolo, firmou Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a tipificação da improbidade administrativa para as hipóteses dos artigos 9º e 11 reclama a comprovação do dolo e, para as hipóteses do artigo 10, ao menos culpa do agente²².

5. CONCLUSÕES

Como demonstrado até aqui o tema da (im)prescritibilidade nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa não guarda consenso, quer na jurisprudência, quer na doutrina.

Se por um lado a tese vencida no julgamento do RE 852.475/SP, demonstrou pela

²² STJ - AgRg no AREsp 798.434/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

interpretação histórica do §5º do art. 37 da CRFB/88, que o legislador constituinte não quis utilizar a expressão ‘imprescritibilidade’ no referido texto, ao revés do que fizera nos incisos XLII e XLIV do art. 5º da Constituição, concluindo que o instituto da prescrição é a regra estabelecida visando a estabilização das relações sociais por meio do princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, a tese vencedora, partindo do mesmo pressuposto de que o instituto da prescrição visa a estabilização das relações sociais, conclui que o mesmo art. 37, §5º determina que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente, mas decota de tal comando as ações cíveis de ressarcimento (ou seja, de recomposição) do erário, tornando-as, assim, imprescritíveis.

As duas teses sequer tangenciaram o tema natureza da ação para definir a incidência ou não da prescrição, ignorando a classificação da ações e a regra de que as ações condenatórias, como é o caso, são atingidas pelo referido instituto, muito embora, ambas concordem que a prescrição milita em favor da estabilização das relações sociais, sem, contudo, abordarem a necessidade de garantir a preservação dos direitos fundamentais.

Em qualquer situação os direitos fundamentais não podem ser relativizados. A imprescritibilidade afeta o direito de defesa, à medida em que os mecanismos de provas a que podem lançar mão os acusados ficam cada vez mais minguados com o distanciamento dos fatos pelo passar do tempo, inclusive porque o direito de ação transcende à própria vida do acusado.

Com essa compreensão, os questionamentos feitos na introdução desse texto, se o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer que a imprescritibilidade atinge as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de *ato doloso* tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, fez o devido enquadramento do instituto da imprescritibilidade para ações condenatórias, pode-se responder negativamente, pois a imprescritibilidade só atinge as ações declaratórias e aquelas ações constitutivas para as quais a lei não fixa prazo especial de exercício.

Do mesmo modo que não levaram em conta a garantia de preservação dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à ampla defesa, que resta certamente violado à medida do distanciamento pelo tempo entre a data do fato e da propositura da ação.

Em que pese os equívocos apontados é de se reconhecer que a decisão significa algum avanço já que limita a imprescritibilidade às ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de *ato doloso* tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, assim pode construir o

seguinte quadro:

Lei 8.429/92	Incidência da Prescrição
Art. 9º	NÃO
Art. 10 (sem culpa)	SIM
Art. 10 (com dolo)	NÃO
Art. 10-A (com dolo)	SIM
Art. 11 (punido apenas com dolo)	NÃO

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

BRASIL, Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União de 03/06/1992. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.html>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 744.973 São Paulo. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 25 de jun. de 2013. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2665838>>

_____. Mandado de Segurança 26.210/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 04 de set. de 2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553769>>

_____. Recurso Extraordinário 852.475/SP. Plenário. Relator para o acórdão Ministro Edson Fachin, julgado em 02 e 08 de ago. de 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>>

_____. Recurso Extraordinário 669.069/MG. Plenário. Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 03 de fev. de 2016. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810061>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 798.434/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 19 de abr. de 2016. Disponível em

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1505116&num_registro=201502491052&data=20160525&formato=PDF>

DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2007.

DIDIER JR, Fredie. Sentença constitutiva e execução forçada. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-sentenca-constitutiva-e-execucao-forcada/>>. Acesso em 03 jan. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 14. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.

FIGUEIREDO, Marcelo. *A Prescrição nas Ações de Improbidade Administrativa (Artigo 23, I, II, e III da Lei n.8.429/92)*. Revista Jurídica ESMP-SP, V.13, 2018, p. 74.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de, JUNIOR, Luiz Manoel Gomes e FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429, de 02 de junho de 1992*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de, JUNIOR, Luiz Manoel Gomes e FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429, de 02 de junho de 1992*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.