

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP

ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB

GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAQUEL ESTER MOTA LEMOS

**A PRETENSÃO DA PRESCRITIBILIDADE DO RESSARCIMENTO AO
ERÁRIO EM ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

BRASÍLIA

2020

RAQUEL ESTER MOTA LEMOS

**A PRETENSÃO DA PRESCRITIBILIDADE DO RESSARCIMENTO AO
ERÁRIO EM ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Trabalho apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Escola de Direito de Brasília – EDB, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes.

BRASÍLIA

2020

RAQUEL ESTER MOTA LEMOS

**A PRETENSÃO DA PRESCRITIBILIDADE DO RESSARCIMENTO AO
ERÁRIO EM ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Trabalho apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Escola de Direito de Brasília – EDB, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes.

BRASÍLIA – DF, 17 de julho de 2020.

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Professor Orientador

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis

Membro da Banca Examinadora

Instituto Brasiliense de Direito Público

Prof. Me. Antônio Rodrigo Machado

Membro da Banca Examinadora

Instituto Brasiliense de Direito Público

A PRETENSÃO DA PRESCRITIBILIDADE DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO EM ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

RAQUEL ESTER MOTA LEMOS

SUMÁRIO: Introdução; 1. Origem e princípios norteadores da administração pública. 2. Da prescrição nas ações de improbidade administrativa. 2.1. Entendimento sobre a imprescritibilidade. 3. Controle dos atos de improbidade administrativa. 4. O reconhecimento do ato ímprobo. 5. A lei de improbidade administrativa e o Supremo Tribunal Federal. Considerações Finais.

RESUMO

Este artigo tem como finalidade compreender a tese da prescritibilidade do ressarcimento ao erário em atos de improbidade administrativa, analisando como base o texto constitucional, bem como a Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/1992 e, o Recurso Extraordinário nº 852.475 que constitui o *Leading Case* do tema de repercussão geral 897 do Supremo Tribunal Federal. Mediante o julgamento do recurso extraordinário, bem como o auxílio da doutrina e jurisprudência e, a análise da Lei de Improbidade Administrativa e a redação dada a Constituição Federal, procura-se responder se a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário em atos de improbidade administrativa seria constitucional.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Prescrição. Ressarcimento. Erário.

ABSTRACT

This article aims to understand the thesis about the prescriptibility of reimbursement to the treasury in acts of administrative improbity, analyzing as a basis the constitutional text that deals with the theme, as well as the Administrative Improbity Law, Law nº.

8.429/1992 and, the Appeal Extraordinary n° 852.475 that constitutes the *Leading Case* of the theme of general repercussion 897 of the Supreme Federal Court. Upon the judgment of the extraordinary appeal, as well as the assistance of the doctrine and jurisprudence and, the analysis of the Administrative Improbity Law and the wording given to the Federal Constitution, it is sought to answer if the imprescriptibility of the reimbursement to the treasury in acts of administrative improbity would be constitutional.

Keywords: Administrative improbity; Prescription; Refund; Public Funds.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil expressa em seu texto aqueles crimes que entende como imprescritíveis, no art. 5º, incisos XLII e XLIV, se referindo ao racismo, ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, não constituindo parte desta prerrogativa o ressarcimento ao erário em face de agentes públicos que pratiquem atos de improbidade administrativa.

A Lei nº 8.429/1992 que disciplina os atos de improbidade administrativa e que pode vir a ser alterada pelo Projeto de Lei 10.887/2018, não traz prazo prescricional sobre o respectivo ressarcimento que recai de condutas ilícitas, mas sim de prazos prescricionais no que se refere a sanções.

Assim como os demais ilícitos na esfera administrativa, cível e penal possuem prazos prescricionais para possível reparação e/ou ressarcimento, há de se ponderar que assim se suceda no ressarcimento ao erário.

Estipular a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário traz como consequência insegurança jurídica, por permitir que tal impugnação para compelir o agente a recompor o erário se dê a qualquer tempo e, que isso inclusive, repercuta em caráter sucessório do agente punido.

É importante ressaltar ainda que a ação de ressarcimento não deve se pautar apenas perante as práticas de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, mas também nos atos em que seja comprovada culpa do agente, lhe trazendo responsabilidade, todavia não sendo está defendida como em caráter intencional e proposital, mas meramente de reparação ao prejuízo causado, mediante aquilo em que se alcança sua culpabilidade.

O objetivo deste trabalho é demonstrar por meio de teoria, conceitos, classificações, doutrina e jurisprudência que a problemática da prescribibilidade da pretensão de ressarcimento em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa, enfatizando sobre as consequências jurídicas no que se refere a aplicabilidade de prazo prescricional nas ações de ressarcimento ao erários, apreciando a

constitucionalidade de tal imprescritibilidade levando-se em consideração elementos como a segurança jurídica e a efetividade do respectivo ressarcimento.

A imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa mediante conduta dolosa, não é compatível a Constituição Federal e a Lei nº 8.429/1992. A decisão proferida pela Suprema Corte exclui por completo a possibilidade da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário seja submetida também por conduta culposa, contradizendo assim o art. 5º da Lei de Improbidade Administrativa que diz, havendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiros, dar-se à o integral ressarcimento do dano.

1. ORIGEM E PRINCÍPIOS NORTEADORES DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Improbidade Administrativa constitui ato ilícito positivado no ordenamento jurídico brasileiro, designando ação de responsabilidade direcionado à servidores públicos ou a pessoas que ocupem cargos públicos mesmo que temporariamente, que por ventura tenham desrespeitado os princípios basilares da Administração Pública, que são os Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, praticando assim atos ilícitos.

Nas palavras da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a Improbidade Administrativa constitui:

Como ato ilícito, vem sendo prevista no direito positivo brasileiro desde longa data, para os agentes políticos, enquadrando-se como crime de responsabilidade. Para os servidores públicos em geral, a legislação não falava em improbidade, mas já denotava preocupação com o combate a corrupção, ao falar enriquecimento ilícito no exercício do cargo ou função, que sujeitava o agente ao sequestro e perda de bens em favor da Fazenda Pública. O mesmo não ocorreu com a lesão à moralidade. A inclusão do princípio da moralidade administrativa entre os princípios constitucionais impostos à Administração é bem mais recente, porque ocorreu apenas com a Constituição de 1988. Vale dizer que, nessa Constituição, quando se quis mencionar o princípio, falou-se em moralidade (art. 37, caput) e, no mesmo dispositivo, quando se quis mencionar a lesão à moralidade administrativa, falou-se em improbidade (art. 37, § 4º); do mesmo modo a lesão à probidade administrativa aparece como ato ilícito no artigo 85, V, entre os crimes

de responsabilidade do Presidente da República, e com causa de perda ou suspensão dos direitos políticos no artigo 15, V.¹

Para que ocorra a efetiva prática do ato de improbidade administrativa, havendo o direcionamento da aplicação das sanções expostas no art. 37, § 4º da Constituição Federal, há a necessidade da existência do sujeito passivo, sujeito ativo, enriquecimento ilícito, prejuízos ao erário, concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro e violação aos princípios da administração pública, assim como os fundamentos subjetivos de dolo ou culpa.

O sujeito passivo consiste no envolvimento das instituições mencionadas no art. 1º da Lei nº 8.429/1992, que disciplina a Improbidade Administrativa, quais seja a administração direta, indireta, ou fundacional dos poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário, que são os Poderes da União, assim como dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de territórios e de empresas que tenham sido agregadas ao poder público ou em sociedades que sejam financiadas pelo erário público. Na Lei de Improbidade Administrativa, a finalidade é o cumprimento das penalidades previstas em lei, assim como a restituição ao erário.

Entende-se como sujeito ativo o agente público ou outrem que estimule ou contribua para a realização do ato de improbidade administrativa ou que possa desfrutar direta ou indiretamente da prática de atos lesivos, conforme disposição do art. 3º da Lei 8.429/1992. Dentro da classificação de sujeito ativo, enquadram-se também servidores públicos de uma forma geral, independentemente de sua forma de vínculo, seja empregatício, estatutário ou contratual.

É necessário a comprovação da ocorrência do ato danoso ao erário, que cause enriquecimento ilícito, como dispõe o art. 9º da Lei de Improbidade, violação aos princípios constitucionais da Administração Pública, exposto no art. 10º da referida lei, bem como fornecimento e/ou utilização inapropriada de incentivos financeiros ou tributários, presente no art. 10-A e por fim, o desrespeito aos princípios norteadores da Administração Pública, conforme art. 11.

As decisões judiciais que versem sobre Improbidade Administrativa devem estar justificadas, por ter como referência atos ímprobos, sendo necessário que o magistrado

¹ PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.1021.

ou a corte afirmem suas decisões de maneira individualizada fundamentando-as mediante seus componentes do tipo.

Para que o efeito seja ajustado como ato de improbidade administrativa é necessário a presença dos elementos subjetivos de culpa e dolo, que devem ser comprovados mediante as atitudes do sujeito ativo, sendo necessário assim a comprovação da responsabilidade subjetiva do agente. Neste sentido, afirma o professor Walber de Moura Agra:

A Lei de Improbidade Administrativa visa punir o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé, e, por isso, é necessário o dolo genérico ou a culpa na conduta do agente. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a improbidade é o ato ilegal qualificado pelo elemento subjetivo do agente, sendo indispensável à correta identificação do dolo quando caracterizadas as condutas tipificadas nos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992, ou pelo menos eivadas de culpa grave, nas hipóteses do art. 10 da lei.²

Desta forma, os trabalhos a serem realizados pela Administração Pública devem ser pautados por princípios constitucionais, iniciando-se pelo Princípio da Legalidade, característico do Estado Democrático de Direito, onde a ação, bem como todo e qualquer comportamento do poder público, assim como o do particular deve ser regida mediante disposição em lei, sendo que o Estado encontra-se adstrito aos ditames da lei, onde está exposto os limites de sua atuação, já o indivíduo só não é autorizado a praticar o que a lei se opõe. Nas lições do Professor Gilmar Mendes:

Quando a Constituição, em seu art. 5º, II, prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, por “lei” pode-se entender o *conjunto do ordenamento jurídico* (em sentido material), cujo fundamento de validade formal e material encontra-se precisamente na própria Constituição. Traduzindo em outros termos, a Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecida na própria Constituição e nas normas jurídicas dela derivadas, cujo conteúdo seja inovador no ordenamento (*Rechtsgesetze*). O princípio da legalidade, dessa forma, converte-se em *princípio da constitucionalidade* (Canotilho), subordinando toda a atividade estatal e privada à *força normativa da Constituição*.³

² AGRA, Walber de Moura. Improbidade Administrativa: comentários sobre a lei de. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 122.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 948.

O Princípio da Impessoalidade tem como objetivo estabelecer que o comportamento da Administração Pública será realizado de forma a garantir a isonomia perante todos os administradores, assim como aos administrados, respeitando e preservando o interesse de todos, em virtude de que todo o patrimônio utilizado possui caráter público. Ainda nos estudos de jurisdição constitucional, afirma o Professor José dos Santos Carvalho Filho:

O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administradores que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade, sempre estampado na obra dos tratadistas da matéria, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, porquanto haverá nesse caso uma atuação discriminatória.⁴

O Princípio da Moralidade na Administração Pública requer que o administrador exerça seu trabalho de forma correta, realizando suas atividades em detrimento da lei, de forma ética e respeitando o interesse público, que é o principal objetivo a ser atendido, desta forma dispõe o professor Alexandre Mazza:

A moralidade Administrativa difere da moral comum. O princípio jurídico da moralidade administrativa não impõe o dever de atendimento à moral comum vigente na sociedade, mas exige respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade incorporados pela prática diária ao conceito de boa administração. Certas formas de ação e modos de tratar com a coisa pública, ainda que não impostos diretamente pela lei, passam a fazer parte dos comportamentos socialmente esperados de um bom administrador público, incorporando-se gradativamente ao conjunto de condutas que o Direito torna exigíveis.

É precisa a observação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Enquanto a moral comum é orientada para uma distinção puramente ética, entre o bem e o mal, distintamente, a moral administrativa é orientada para uma distinção prática entre a boa e a má administração”.⁵

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 21.

⁵ MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 137/138.

O Princípio da Publicidade tem como objetivo fazer com que um ato se torne público, ou seja, de conhecimento de todos, isto através de sua publicação. A publicidade necessita ser integral, não sendo permitido omissões ou apresentação de dados incompletos, devendo ser observado e cumprido por todos os entes da administração pública, desta forma “com exceção das hipóteses expressas na Constituição, todos os atos do Poder Público, devem ser levados ao conhecimento externo, permitindo sua fiscalização pelo povo e pelos demais legitimados para o seu controle.”⁶

O Princípio da Eficiência está direcionado a atender o interesse público, visando garantir a sociedade o melhor interesse público em submeter a administração pública suas atividades sejam prestadas de forma efetiva e útil. Desta forma:

A eficiência na gestão da coisa pública significa a obrigação legal da Administração de agir com eficácia real e concreta. Vale dizer, o agente público, no desempenho de suas funções, tem o dever jurídico de escolher e aplicar as medidas ou soluções mais positivas (de maior rentabilidade, congruência e eficácia) para a consecução dos interesses da coletividade.⁷

2. DA PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa dispõe sobre formas de ocorrência da prescrição, isto em relação a pessoas detentoras de cargos em mandato eletivo, cargos em comissão ou de função de confiança, como também no caso de servidores que ocupem exercício de cargo efetivo ou emprego público.

Há prazos prescricionais para aqueles detentores de cargos públicos, cuja suas faltas disciplinares estejam aptas a serem penalizadas com demissão, mediante provimento efetivo, isto conforme disposição do art. 23 da Lei nº 8.429/1992:

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.

⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 112.

⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 27.

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.⁸

As ações que versam sobre o ressarcimento ao erário em atos de improbidade administrativa, que integram uma das punições previstas na Lei nº 8.429/1992, expostas em seus artigos 5º; 7º, parágrafo único; 12, I, II, III; 17, § 2º e; 21, I apresentam uma análise diferente no que se refere a sua prescritibilidade, quando realizada a leitura do art. 37, § 5º do texto constitucional que dispõe:

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.⁹

A Constituição Federal estabelece que a lei irá dispor sobre os prazos prescricionais de ilícitos que gerem prejuízo ao erário, todavia diz haver uma ressalva quanto às respectivas ações de ressarcimento ao erário, pois não há mandamento constitucional de imprescritibilidade do ressarcimento ao erário pela prática de ato de improbidade administrativa. O texto constitucional dispõe com clareza sobre os ilícitos que entende ser imprescritíveis:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

...

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

...

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

...

⁸ LIA (1992). Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em 29 de junho de 2020.

⁹ Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 29 de junho de 2020.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.¹⁰

Os processos que versam sobre improbidade administrativa constituem ações que tratam sobre responsabilidade de natureza cível, devendo ser garantido o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, podendo assim existir uma sentença condenatória em virtude de improbidade administrativa. Todavia, no que se refere à imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, está seria uma grave ameaça ao direito de defesa, por disponibilidade de provas devido ao decurso do tempo, sendo assim, o art. 37, § 4º da Constituição Federal resguarda a garantia do devido processo legal:

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:

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.¹¹

Desta forma, não seria razoável que um ilícito de natureza cível, como é o caso da improbidade administrativa, fosse punido com o ressarcimento de maneira imprescritível, o que não ocorre em âmbito penal, que consiste em matéria da maior gravidade. A imprescritibilidade do ressarcimento ao erário se torna inviável, por representar uma perseguição sem limite temporal do próprio Estado, sendo que o ordenamento jurídico reconhece o princípio da prescritibilidade como garantia fundamental à segurança jurídica.

A tese que dispõe sobre a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário constitui a regra ao qual é voltado o sistema jurídico e, não há exceção para se defender a imprescritibilidade em âmbito de sanções ou ressarcimentos nos atos de improbidade administrativa.

¹⁰ Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 29 de junho de 2020.

¹¹ Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 29 de junho de 2020.

O art. 37, § 5º da Constituição Federal dispõe que uma lei em direcionamento formal apresentará os prazos prescricionais para os ilícitos que recaiam sobre a improbidade administrativa, retirando deste sentido as respectivas ações de ressarcimento ao erário, pois estas se sujeitam a aplicação de normas de direito processual geral, o que não se admite, portanto, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, de igual modo, não há fundamento que impossibilite a restituição ao erário mediante período prescricional.

2.1. ENTENDIMENTO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE

A percepção de que o texto constitucional ao estipular uma ressalva as ações de ressarcimento ao erário, estaria colocando tal restituição de forma imprescritível, sendo que uma lei específica disporia sobre os prazos prescricionais de outras sanções dos atos decorrentes de improbidade administrativa. Nesse sentido:

Outro aspecto relevante é a imprescritibilidade quanto aos prejuízos causados ao erário, nos termos do § 5º do art. 37 da Carta Magna.

A dimensão do dano suportado pelo erário poderá ser demonstrada na fase instrutória da demanda da improbidade administrativa e também pelo posicionamento dos Tribunais de Contas da União, Estados ou Municípios, servindo de elemento informativo relevante para a conclusão dessa definição econômica ou financeira, visto que cabe à Corte de Contas a fiscalização contábil, operacional e patrimonial das contas públicas considerando os princípios da legalidade, legitimidade e economicidade.

Ponha-se de relevo que a condenação de ressarcimento ao erário se transmite aos sucessores do condenado, pois “o direito de exigir a reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.” (Código Civil, art. 943)¹²

A prescricibilidade do ressarcimento ao erário, por hora, é vista como uma ofensa à coisa pública, estimulando a corrupção, bem como demais prejuízos ao interesse público, por representar que o ressarcimento nunca ocorrerá dentro do prazo prescricional previsto, não podendo a Administração Pública ou a Justiça requerer a restituição a qualquer tempo, visto que passado o prazo estipulado em lei para que se reintegre o que foi retirado do erário, traria a ideia de que causar prejuízos e demais danos ao erário compensem, pelo fato de passado determinado espaço de tempo, o seu ressarcimento encontrar-se prescrito, não havendo mais a necessidade de se restituir aquilo que foi

¹² BEZERRA FILHO, Aluizio. Processo de Improbidade Administrativa: Anotado e Comentado. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 364.

retirado. Desta forma, seria imprescritível em razão da proteção da coisa pública, na qual toda a sociedade compõe sua titularidade.

3. CONTROLE DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Administração Pública possui seu próprio controle interno, conduzido por órgãos que a integram, como forma de fiscalizar por meio de controladorias, assim como também exerce o controle externo, este atribuído ao Tribunal de Contas da União.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe sobre a fiscalização que deve ser cumprida poder público conforme mandamento do art. 74 do texto constitucional, segundo o qual:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.¹³

O controle externo representa um mecanismo de investigação e acompanhamento perante a instrução a ser realizada por meio de atividades, verbas e bens públicos que são destinados pelo poder público para satisfazer necessidades, bem como diferentes obras e serviços em benefício da sociedade, com o objetivo de estabelecer a efetividade do cumprimento dos mandamentos constitucionais prestando serviço público eficaz nos

¹³Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 29 de junho de 2020.

parâmetros da lei, com a finalidade de evitar abusos, mantendo o interesse social na medida em que se tenta preservar e aprimorar as atividades e demais serviços públicos.

O texto constitucional atribuiu ao poder legislativo, representado pelo Congresso Nacional, a competência para realizar o controle externo no que se refere a fiscalização financeira, contábil e orçamentária mediante contribuição do Tribunal de Contas da União responsável por emitir parecer técnico, conservando os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, tais com a legalidade e a moralidade que englobam tanto as ações como o servidores públicos inseridos em investigações de ato de improbidade administrativa. Sobre a atividade a ser exercida pela Corte de Contas, a Constituição Federal diz:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que

estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.¹⁴

As penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa, permitem a aplicabilidade das punições de forma autônoma, mesmo que haja a anuência ou reprovação das contas pelas instituições responsáveis pelo controle interno ou externo, ressaltando-se que, em âmbito financeiro e contábil, o parecer apresentado detém aspecto de grande influência para a apreciação da ação de improbidade administrativa, como no que se refere ao valor a ser ressarcido ao erário público.

A organização do poder executivo, no que se refere à fiscalização é bem direcionado pela Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, apontado as formas de controle exercido pela administração possibilitando-a estar decretar a nulidade de seus respectivos ato no momento em que houver o reconhecimento de ilícitos, porventura praticados. Outra possibilidade é a revogação do ato, por considerar critérios de oportunidade e conveniência, que representam fundamentos essenciais a administração pública, não havendo prejuízo de submissão do ato ao poder judiciário. Destaca-se, portanto, o teor da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados

¹⁴Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 29 de junho de 2020.

os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.¹⁵

4. O RECONHECIMENTO DO ATO ÍMPROBO

A conduta do gestor público, bem como de qualquer indivíduo que venha a incorrer na ilegalidade, deve estar especificada na Lei de Improbidade Administrativa, ou seja, a descrição da prática do ato ilícito requer previsão perante o art. 9º, que versa sobre os atos de improbidade administrativa que importam no enriquecimento ilícito, art. 10, que disciplina os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, bem como o art. 11, que corresponde aos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública. Se o ato praticado não estiver sendo recepcionado por nenhuma das formas expressas na Lei nº 8.429/1992, a compreensão correta para o ato ímprobo por asserção as normas ampliação na forma da norma já citada que dispõe sobre a matéria de improbidade administrativa.

A ausência de um ato dito como formalmente ímprobo, tipificado na Lei de Improbidade Administrativa é a dispensa imediata, para realizar a devida observação do caso, mediante o entendimento da Lei nº 8.429/1992. O ato pode ser compreendido apenas como uma violação ou descumprimento administrativo, da mesma forma que o particular, no qual não será submetido a Lei de Improbidade Administrativa. Desta forma, pode-se ter ações em direção aos agentes públicos, mas que não versam sobre a improbidade administrativa, pois não há ligação ou enquadramento sob os aspectos normativos da esfera de improbidade por cometimento de ato ilícito.

É indispensável a percepção de que nem toda a ação ilícita realizada por agente público não necessariamente será declarada como ato de improbidade administrativa, pois, para a caracterização deste requer previsão expressa na Lei de Improbidade Administrativa, estando formalmente considerada em texto normativo, podendo ser inserida nas regras administrativas na Lei nº 8.429/1992.

Verificando-se elementos do ato formalmente ímprobo, pode-se auferir no ato materialmente ímprobo, onde encontramos a existência do elemento subjetivo na conduta

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Súmula 473. Tribunal Pleno, DJe 10.12.1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>

ilícita praticada, o que se refere a componente fundamental para que o agente possa ser exposto a sanções.

Se a ação do agente é formalmente improba, pois encontra-se caracterizada na norma de improbidade administrativa, torna-se indispensável analisar a ação de forma dolosa ou culposa, como encontra-se no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, para comprovar se o agente público agiu com intenções indevidas.

O elemento subjetivo dolo, consiste na vontade racional de realizar a ação reprovável em lei, para a obtenção de ganhos condenáveis por normas jurídicas, assim como o consentimento sobre determinações e/ou lucros que atentam contra a legislação no momento em que o agente público ou o particular detém plena consciência do que a ação, por estes cometida, resultaria.

O dolo que por consequência está caracterizado pela má-fé, em virtude do interesse na realização de certos acordos judiciais, que consiste em medida ilegal representando comportamento adverso ao exposto em lei. Referindo-se a Lei de Improbidade Administrativa, a única exigência é a intenção do agente, que também pode-se dar de forma culposa, conforme exposto no art. 10, referente a atos de improbidade administrativa.

A má-fé, em relação a Lei de Improbidade Administrativa, compreende-se como semelhante ao dolo, ou no caso de culpa, mas de forma a ser caracterizado como ato de improbidade administrativa visto que com a ausência do ato antijurídico não seria realizada.

Os atos originários de ilícitos expostos na Lei de Improbidade Administrativa, são designados como materialmente ímprobos caso seja identificado a existência do dolo ou da culpa quando for legalmente possível.

A distinção entre o ato materialmente e formalmente ímprobo é importante, pois a ideia de realizar ações de improbidade administrativa, seja de forma dolosa ou culposa, como exposto no art. 10 da Lei nº 8.429/1992, poderá significar como forma de aparente comando inadequado da administração pública, demonstrando sinais de uma organização incorreta e desproporcional com a lei, podendo ser investigada na esfera administrativa.

O reconhecimento do ato de improbidade administrativa, requer que a intenção de forma dolosa do agente, ou sua participação de maneira culposa direcionada a obtenção

de enriquecimento ilícito, causar dano ao patrimônio público e/ou ofender os princípios constitucionais da administração pública, princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, pessoalidade e eficiência.

É indispensável ao ato improbo doloso o reconhecimento do elemento subjetivo fundamental a respectiva prática ilícita, não sendo possível sua caracterização apenas de maneira genérica conforme exposto na Lei de Improbidade Administrativa, sendo necessário a adequação do ato formalmente improbo e, por conseguinte a existência do ato materialmente improbo, demonstrando sua efetiva realização e eficácia.

A culpa consiste em ação facultativa por conduta imprudente, dirigida a objetivo específico, seja este de acordo com a lei ou não, produzindo como consequência ilícitos, não almejados e previstos, visto que poderia ter sido realizado medidas para impedir tal ilicitude.

O dolo e a culpa precisam ser analisados de forma objetiva levando-se em consideração os fundamentos de ordem fático-jurídica que possua compreensão suficiente para orientar se o administrador público se comportou conforme o estipulado em lei ou consentiu na realização do ilícito, restando comprovada a atitude condenável. Desta forma, a afirmativa de inexistência de culpa ou dolo, ou em outras palavras da boa ou má-fé, em relação aos parâmetros que representam as atitudes do gestor público, sobre as alternativas que poderiam ter sido adotadas para evitar a ocorrência de atos de improbidade administrativa, todavia esteve inerte o gestor, ou comportou-se de maneira a favorecer no ilícito.

Situações como desvio de bens e verbas públicas, o período em que o gestor público usufruiu para averiguar os problemas e tomar providências, assim como sua respectiva convivência na esfera administrativa, bem como as medidas em caráter de prevenção para erros em curso, são fatores que constituem parâmetros para influenciar o juiz ao apreciar os atos cometido em face da Lei de Improbidade Administrativa, verificando sua adequação formal e material dos atos ímprobos, discernindo sobre a efetiva existência de dolo ou culpa a ser imputada ao agente.

Restando-se comprovado o ato formalmente improbo e em seguida dirigindo-se a discussão para a existência do ato materialmente improbo, verificando-se a conjuntura de dolo e culpa, inicia-se o curso para que o processo tenha seu mérito apreciado.

Os atos que versam sobre a improbidade administrativa diferenciam-se de eventuais irregularidades, sendo necessário que em cada caso verifique-se a apuração de elementos normativos, expressos em lei, materiais, que se refere a presença dos elementos subjetivos de dolo e culpa.

O nexo de causalidade perante a ocorrência do ato de improbidade administrativa e aquele a quem deu causa, consiste em uma forma de ato ou omissão que não podem ser desconsiderados para caracterizar um resultado coerente e eficaz da ocorrência de ilícitos provenientes de atos de improbidade administrativa.

A responsabilidade por ato de improbidade administrativa perante um agente público, necessita da análise no nexo causal do ato improprio com atribuição funcional do agente na ação ou omissão, sendo essencial a observância de que o ato corresponde em agressão ao patrimônio público, constituindo o bem jurídico tutelado. Deste modo, não é possível a caracterização de critérios e pressupostos objetivos, com ausência de valoração ao que se refere a responsabilidade subjetiva daquele que comete o ato improprio.

O parâmetro de causalidade consiste em aspecto implícito a conduta impropria, no que se refere à necessidade da presença entre o ato praticado e o agente para lesar alguém, encaminhando-se para a necessidade de determinar penalidades, conforme a Lei de Improbidade.

O nexo causal constitui elemento fundamental perante as ações ímprobias, na esfera do direito administrativo sancionador, de igual modo como é direcionado ao Direito Penal, assim como nas demais áreas jurídicas que possuem parâmetros condenatórios em detrimentos de práticas consideradas reprováveis pelo ordenamento jurídico.

5. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O entendimento de que as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal mediante julgamento do Recurso Extraordinário nº 852.475, que obteve sua repercussão geral reconhecida sob o Tema 897 – Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa, mediante o entendimento de que ‘são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso

tipificado na Lei de Improbidade Administrativa', o que gerou o novo parâmetro para leitura do disposto no art. 37, § 5º da Constituição Federal.

O processo, Recurso Extraordinário 852.475, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, obteve sua resolução mediante voto do Ministro Edson Fachin, que apresentou seu voto de divergência no sentido de que a imprescritibilidade para as ações de ressarcimento ao erário se fazem necessárias, na medida em que busca resguardar e recompor o patrimônio público, que compõe bem de todos os cidadãos, constituindo assim uma forma de impedir que esta restituição se perca pela passagem de determinado período de tempo.

A prescrição consiste em um elemento fundamental em âmbito jurídico, sendo que a imprescritibilidade está contra o princípio da segurança jurídica. Fala-se na supremacia do interesse público, que está sempre sobre o interesse de particulares, todavia para se recompor algo que foi subtraído do erário colocando um momento extenso, de forma imprescritível, não traz a garantia de que de fato tal restituição ocorrerá e de maneira eficaz, coerente e proveitosa para a administração pública em virtude do decurso do tempo.

A imprescritibilidade constituiria uma forma de penalidade quase que perpétua àquele a quem cabe proceder no ressarcimento, necessitando-se novamente enfatizar que a Constituição Federal é bem clara e expressa ao dizer sobre as práticas que entende imprescritíveis, sendo elas o racismo, a ação de grupos armados civis ou militares, que coloquem em risco a ordem estabelecida pelo texto constitucional, bem como o Estado Democrático. O Ministro Alexandre de Moraes no RE 852475, enfatiza que:

Não bastasse isso, não seria razoável que, considerando-se as mesmas condutas geradoras tanto de responsabilidade civil como de responsabilidade penal, houvesse imprescritibilidade implícita de uma única sanção pela prática de um ilícito civil definido como ato de improbidade, e não houvesse na esfera penal, que é de maior gravidade. Em face da segurança jurídica, portanto, nosso ordenamento jurídico afasta a imprescritibilidade das ações civis patrimoniais. Como resultado, não deveria ter surgido qualquer dúvida quanto à prescritibilidade de todas as sanções civis por ato de improbidade administrativa, inclusive a de ressarcimento ao erário, pois a legislação observou o mandamento do próprio § 4º do art. 37, que exige a edição

de lei específica para tipificar os atos de improbidade e estabelecer a forma e gradação de todas as sanções.¹⁶

A Corte Constitucional interpretou que a intuição do legislador constituinte ao acrescentar a parte final, do disposto no art. 37, § 5º da Constituição Federal, o termo “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” simboliza o entendimento de que o ressarcimento ocorre mediante a imprescritibilidade das ações de improbidade administrativa que ocorrem mediante conduta dolosa exercida pelo agente.

Neste sentido, torna-se plenamente perceptível que a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário está em desacordo com o texto constitucional, que valoriza e reverência o princípio da segurança jurídica.

A inexistência da imprescritibilidade nos processos de improbidade administrativa não só não encontra amparo no texto constitucional, como também não possui disposição normativa perante a Lei de Improbidade, que apenas dispõe sobre períodos prescricionais no que se refere as sanções previstas no art. 23, que não condiz com a restituição pecuniária do qual constitui objeto o ressarcimento ao erário, conforme mandamento do art. 37, § 4º da Carta Constitucional. O disposto na Constituição Federal não relata em uma garantia específica de imprescritibilidade sobre o ressarcimento, compreende-se, portanto, sua completa submissão a prazo prescricional. Neste sentido:

A regra inserta no § 5º do art. 37 da Constituição Federal não estabelece uma taxativa imprescritibilidade em relação a pretensão de ressarcimento do erário, estando também tal pretensão sujeita aos prazos prescricionais estatuídos no plano infraconstitucional.¹⁷

Não há coerência para a percepção de que as ações de natureza cível estejam direcionadas a permitir que eventuais reparos ao erário seja imprescritível, invocando-se aqui o princípio da razoabilidade em detrimento de que o mesmo não acontece nas ações

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 852475, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 25.3.2019. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. p. 10. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339769948&ext=.pdf>. Acesso em 27 de junho de 2020.

¹⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de improbidade administrativa: decadência e prescrição. Interesse Público, ano 8, p. 33. 2005.

de natureza penal que sejam provenientes de práticas de improbidade administrativa. Desta forma, assevera o Relator Ministro Alexandre de Moraes:

Não bastasse isso, não seria razoável que, considerando-se as mesmas condutas geradoras tanto de responsabilidade civil como de responsabilidade penal, houvesse imprescritibilidade implícita de uma única sanção pela prática de um ilícito civil definido como ato de improbidade, e não houvesse na esfera penal, que é de maior gravidade.¹⁸

A percepção manifesta pelo Ministro Edson Fachin compreende que o enunciado do art. 37, § 5º da Constituição Federal possui como finalidade abrir caminhos para uma forma de imprescritibilidade dentre ações de natureza cível, defendendo que o texto constitucional possui parâmetros de prescrição com direcionamentos diferentes, sendo que um se refere as ações derivadas de atos de improbidade administrativa e, a outra seria de ilícitos cometidos por agentes públicos.

Todavia, faz-se importante ressaltar o estabelecido na doutrina, pois, ao anunciar uma exceção ao mandamento da prescritibilidade perante as ações de natureza cível, como se trata a improbidade administrativa, não estaria em conformidade com os princípios constitucionais, que não devem garantir o direito de se exigir e postular o ressarcimento causando severa instabilidade nas relações jurídica, sendo que a prescrição alcança todas as ações patrimoniais e as ações de ressarcimento não estão submetidas aos períodos prescricionais atribuídos as sanções da Lei 8.429/1992. Desta forma:

A uma, porque a norma constitucional não estabelece de forma taxativa e inequívoca a imprescritibilidade, ou seja, não afirma expressamente que a ação ordinária de ressarcimento é imprescritível. E a imprescritibilidade, por ser exceção aos princípios da segurança e estabilidade nas relações jurídicas, vem, em *numerus clausus*, expressamente consignada no Texto Maior, v.g., art. 5º, XLII (“a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível”) e XLIV (“constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”). Logo, ação civil de ressarcimento de danos causados ao erário sujeita-se aos prazos prescricionais fixados no plano infraconstitucional.

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 852475, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 25.3.2019. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. p. 10. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339769948&ext=.pdf>. Acesso em 27 de junho de 2020.

A duas, porque a prescrição atinge todas as ações patrimoniais, inclusive as ajuizadas pela Administração Pública, sendo intolerável que o Estado detenha o “direito eterno”, a qualquer tempo, a juízo de seus procuradores, de ingressar em Juízo para obter a reparação de danos.

A três, porque a regra inscrita no § 5º do art. 37, § 5º da Carta Magna apenas afirma que as ações de ressarcimento decorrentes de prejuízos causados ao erário não estão sujeitas aos mesmos prazos de prescrição das sanções previstas na LIA.¹⁹

A guarda, a proteção e a preservação dos bens públicos, muita das vezes sofrem com a interferência dos prazos prescricionais, todavia tais prazos constituem uma garantia ao direito de defesa, no âmbito do ressarcimento, visto que o sistema jurídico exige um prazo razoável e pré-estabelecido, para que um homem médio possa valer de documentos e demais provas para realizar seu direito de defesa.

A imprescritibilidade das ações que versem sobre o ressarcimento ao erário, no âmbito de improbidade administrativa, foram condicionadas aos atos cometidos de forma dolosa, que resultem dano premeditado à Administração Pública, bem como enriquecimento e favorecimento ilícito de terceiros, mediante investigação específica do ato, havendo o reconhecimento da efetiva realização dos atos de improbidade administrativa por conduta dolosa, resultando assim na possibilidade de se requerer o ressarcimento integral do dano causado de maneira imprescritível. A concepção apresentada pela Suprema Corte, que possui natureza vinculante, impõe que a partir da investigação de uma circunstância real, seja realizado a verificação do componente subjetivo que é a conduta dolosa, constituindo este um parâmetro para se auferir ou não a imprescritibilidade.

A decisão do Supremo Tribunal Federal proporciona uma grande mudança na análise da prescritibilidade nos processos de improbidade administrativa, sendo que a propositura do elemento subjetivo dolo torna mais difícil a forma como o juiz deverá analisar o processo, por ter que se debruçar, mais especificamente, sobre a conduta do agente.

¹⁹PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 253.

É necessário que o direcionamento do ato cometido pelo agente, caso comprovado a inexistência do elemento subjetivo dolo, tal conduta será direcionada ao enquadramento ao disposto no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa de maneira culposa, obrigando o magistrado a declarar a prescrição do fato, caso já tenha ultrapassado o período estipulado em lei. Deste modo, dispõe o art. 10 da Lei 8.429/1992:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:²⁰

A imprescritibilidade do ressarcimento ao erário mediante condutas dolosas possui determinada incompatibilidade com a percepção apresentada pela Suprema Corte, segundo a qual processos que versem sobre a restituição ao erário na esfera administrativa por conduta culposa gozam da prescritibilidade.

É importante enfatizar que, como a decisão do Recurso Extraordinário 852475, que corresponde ao *leading case* para o Tema de Repercussão Geral 897, possui caráter vinculante, para que fosse mantido critérios de congruência e razoabilidade, o esperado seria que tal posicionamento que recai sobre a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário em atos de improbidade administrativa fundados na prática de atos dolosos, igualmente se estendesse ao ressarcimento ao erário na modalidade culposa.

Através da decisão consagrada pelo Tema da Repercussão Geral 897, será necessário que o Ministério Público realize suas avaliações com bastante rigor para caracterizar os atos de improbidade administrativa que evidenciem o elemento subjetivo para relatar se ato cometido configura ato de improbidade administrativa mediante conduta dolosa ou culposa, pois, obviamente, a depender da exposição do fato por seus elementos subjetivos haverá parâmetros distintos e contrários de como se sucederá o ressarcimento, no caso do dolo será imprescritível, já em circunstâncias de culpa será prescritível.

²⁰LIA (1992). Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 29 de junho de 2020.

Os julgamentos que não identificarem a ação como prescrita, assim como o seu respectivo ressarcimento, precisam apresentar justificativas amparadas por evidências apresentadas no processo que comprovem a prática o caráter doloso proferido pelo acusado, suposto causador do dano, demonstrando nitidamente o objetivo daquele que está sendo processado.

A aplicação do elemento subjetivo, seja o dolo ou a culpa em atos de improbidade administrativa, requer análise sobre o princípio da razoabilidade para ser verificado a presença de fraude na prática réu:

À caracterização do ato de improbidade administrativa, faz-se necessário a presença da vontade (ou da atuação culposa, na hipótese já citada) de enriquecer ilicitamente, de causar dano ao patrimônio público ou de ofender princípio do art. 37, *caput*, da Constituição.

Torna-se imprescindível ao ato ímprobo doloso, então, a existência do elemento subjetivo voltado a praticá-lo ou a ele aderir ou aquiescer, não podendo ser automaticamente considerado em razão da singela subsunção da conduta à norma abstrata contida na Lei nº 8.429/1992. Já a culpa é “comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado.” (NUCCI, 2013, p. 246)

O dolo ou a culpa devem ser avaliados de maneira objetiva e considerados à vista de elementos de ordem fático-jurídica que sejam claros o bastante para apontar que o administrador público agiu para cometer, ou permitir que fosse cometido, algum ilícito, aí incluída a ação desidiosa.²¹

²¹AMORIM JUNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: procedimento, sanções e aplicação racional**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 108/109.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As disposições constitucionais que versam sobre a improbidade administrativa, bem como a Lei nº 8.429/1992, têm como objetivo garantir o efetivo cumprimento dos serviços essenciais da administração pública, de forma que venham a ser considerados e respeitados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, combatendo a corrupção na esfera administrativa, garantindo que as atividades por meio de bens e de todo e qualquer recurso público, tenham suas finalidades e destinos completamente aplicados, não sendo admitido desvios que caso ocorra devam ser ressarcidos por prazo estipulado em caráter prescricional.

Desta forma, a apresentação de providências em caráter permanente na esfera administrativa, com o propósito de se alcançar a integralidade do respectivo ressarcimento ao erário, que não constitui medida sancionatória e, sim reparação pecuniária em âmbito civil, que possui origem autônoma.

Este artigo, teve como objetivo discutir os parâmetros mediante aspectos doutrinários e de jurisprudência, sobre o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da leitura do art. 37, § 5º da Constituição Federal, analisando-se o texto normativo da Lei nº 8.429/1992, que disciplina a Lei de Improbidade Administrativa.

Assim, fora exposta o pensamento, bem como a aplicabilidade de fundamentos constitucionais que versam sobre a preservação e integralidade do patrimônio público e a obtenção das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, que resultam em efetiva segurança jurídica para aquele à quem deve ressarcir ao erário, perante o Estado e sua pretensão punitiva.

Entende-se, portanto, que não há outra possibilidade de interpretação do texto constitucional, no que se refere a prescribibilidade das ações de ressarcimento ao erário, visto que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 852.475, que gerou o Tema de Repercussão Geral 897, compreendendo serem as respectivas ações de ressarcimento prescritíveis, atenta contra a segurança jurídica, como forma de estabilização e garantia da demonstração de um período com estimativa de início e fim, adotando-se viés prescricional, em virtude de conceder àquele a quem se demanda o ressarcimento critérios objetivos e delimitados para que seja realizada de forma eficaz

a restituição ao erário, respeitando-se aquilo que o homem médio, por si, teria em suas condições de remir aquilo que retirou indevidamente.

As justificativas e demais esclarecimentos do julgamento que entendeu pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, devem ser observados pela doutrina a quem cabe definir as consequências processuais e materiais mediante o resultado do julgamento, que concedeu ampla interpretação ao disposto no art. 37, § 5º da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.1021.

AGRA, Walber de Moura. **Improbidade Administrativa**: comentários sobre a lei de. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 122.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 948.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 21.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 137/138.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 112.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 27.

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Processo de Improbidade Administrativa**: Anotado e Comentado. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 364.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 852475**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 25.3.2019. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. p. 10. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339769948&ext=.pdf>. Acesso em 27 de junho de 2020.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 253.

Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 29 de junho de 2020.

LIA (1992). **Lei de Improbidade Administrativa**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 29 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Súmula 473**. Tribunal Pleno, DJe 10.12.1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>