

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL**  
**Faculdade de Direito de Alagoas – FDA**

DEVID VICTOR SILVA DE LIMA

**A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO POR DANOS  
AO ERÁRIO DECORRENTES DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA  
PRATICADOS POR AGENTES PÚBLICOS.**

Maceió/AL.  
Janeiro/2020.

DEVID VICTOR SILVA DE LIMA

**A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO POR DANOS  
AO ERÁRIO DECORRENTES DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA  
PRATICADOS POR AGENTES PÚBLICOS.**

Monografia de conclusão de curso, apresentado à Faculdade de  
Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para  
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Filipe Lôbo Gomes

---

Assinatura do orientador

Maceió/AL.

Janeiro/2020.

**Catálogo na fonte**  
**Universidade Federal de Alagoas**  
**Biblioteca Central**  
**Divisão de Tratamento Técnico**

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

L732i     Lima, Devid Victor de.  
            A imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário decorrentes de atos de improbidade administrativa praticados por agentes públicos / Devid Victor de Lima. – 2020.  
            49 f.

Orientador: Filipe Lôbo Gomes.  
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2020.

Bibliografia: f. 47-49.

1. Lesão ao erário. 2. Dano ao erário. 3. Responsabilidade civil do estado. 4. Improbidade administrativa. 5. Fazenda pública. I. Título.

CDU: 343.35



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA

FORMULÁRIO DE AVALIAÇÃO DO TCC

Orientador: Prof. Dr. Felipe Lobo Gomes

Discente: David Victor Silva de Lima

Nº de matrícula: 5552523

Título do trabalho:

A imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário decorrente de atos de improbidade administrativa praticados por agente público.

ESPECIFICAÇÃO		FAIXA DE PONTUAÇÃO	NOTAS 1AV / 2AV		MÉDIA
A	RELEVÂNCIA DO TEMA (análise da importância do tema tratado, sua atualidade e possível impacto perante a comunidade acadêmica - articulação correta entre a teoria e a realidade estudada).	0,0 a 2,0	2,0	2,0	2,0
B	QUALIDADE DA ABORDAGEM (Fundamentação teórica consistente, bem definida e corretamente desenvolvida; fundamentação legal; equilíbrio e inter-relação entre as partes. Nível de aprofundamento e argumentação. Alcance dos objetivos propostos).	0,0 a 4,0	3,5	3,5	3,5
C	QUALIDADE DO TEXTO (análise da redação empregada pelo autor, em termos de clareza, coerência e coesão).	0,0 a 2,0	4,5	4,5	4,5
D	QUALIDADE DA PESQUISA (análise do método empregado, seguindo os padrões e as normas técnicas para trabalhos científicos, conforme ABNT mais recente e, especialmente, verificação das fontes/referências: se foram pertinentes, satisfatórias e/ou suficientes).	0,0 a 2,0	4,5	4,5	4,5
NOTA FINAL (0,0 a 20,0)					8,5

Observação e/ou Recomendação:

Aspectos positivos e evolutivos, neste trabalho, são, sobretudo, as ideias e a qualidade da pesquisa, coerência de argumentos.

Maceió-AL, 12 de fevereiro de 2020

BANCA EXAMINADORA:

1º Avaliador (1AV)

2º Avaliador (2AV)

Matricula

Matricula

3331711

1121400

(Assinatura legível com carimbo, se professor)

## RESUMO

O presente estudo objetiva a análise do contido no art. 37, § 5º da Constituição Federal em consoante com o disposto na Lei de Improbidade Administrativa, evidentemente em face da ressalva do texto da Lei Maior na qual paira dúvidas em relação à prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, tal exceção à regra da prescrição torna obviamente imprescritíveis as ações contra agentes públicos que em decorrência de atos ilícitos lesionam o patrimônio público. Nesse contexto, lançou-se uma reflexão acerca da responsabilidade civil do Estado, o próprio instituto da prescrição e o conflito existente, na hipótese, entre dois princípios constitucionais, quais sejam, a proteção do patrimônio público e a busca pela segurança jurídica do particular em face da ação punitiva do Estado, bem como, uma análise das leis supracitadas. Por último denota-se a necessidade de expor a questão no âmbito da jurisprudência demonstrando o entendimento da Suprema Corte sobre as teses da prescritibilidade e da imprescritibilidade, demonstrando a orientação a qual os jurisdicionados devem seguir.

Palavras – chave: Imprescritibilidade, Dano ao erário, Responsabilidade Civil, Improbidade, Fazenda Pública.

## **ABSTRACT**

The following study aim to analyze the content of the article 37, § 5° of the Federal Constitution according to the established on the administrative improbity law, noticeably facing the reservation of the Major Law`s text where hover doubts about the prescriptibility of the action of the treasury`s compensation. This exception to the rule makes the action against public servers obviously indefeasible as a result of unlawful acts that damage the public goods. On this context, a reflection has been started regarding the civil responsibility of the Estate, the prescriptibility institute itself and the existent conflict, under the hypothesis, between two constitutional principles, which are the protection of the public goods and the search for the legal security of the individual facing the punishable action of the Estate, as well as the analysis of the aforementioned laws. At last, arise the necessity of exposure of the matter on the jurisprudence scope demonstrating the Supreme Court interpretation of the prescriptibility and imprescriptibility theses, establishing the orientation that the under the jurisdiction must follow.

Key words: Imprescriptibility, Treasury damage, Civil Responsibility, Improbity, Public Treasury.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	7
1. RESPONSABILIDADE CIVIL.....	9
1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORIGEM DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	9
1.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	10
1.2.1 Evolução da responsabilidade civil estatal.....	10
1.2.1.1 Teoria da irresponsabilidade.....	10
1.2.1.2 Teoria da culpa civilística.....	11
1.2.1.3 Teoria da culpa administrativa.....	12
1.2.1.4 Teoria da culpa anônima.....	12
1.2.1.5 Teoria da culpa presumida.....	13
1.2.1.6 Teoria da falta Administrativa.....	13
1.2.1.7 Teoria do risco Administrativo.....	14
1.2.1.8 Teoria do risco integral.....	15
1.2.1.9 Teoria do risco social.....	15
1.2.2 Teoria de responsabilidade adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.....	15
2. PRESCRIÇÃO.....	19
2.1 NOÇÕES INICIAIS SOBRE O INSTITUTO.....	19
2.2 CONCEITO E FUNDAMENTO.....	20
2.3 DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA.....	21
3 O ESTADO E O COMBATE A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	25
3.1 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	26
3.1.1 Características dos atos que ensejam improbidade administrativa.....	26
3.1.1.1 Das características do enriquecimento ilícito.....	27
3.1.1.2 Do dano ao erário.....	27
3.1.1.3 Dos atos que atentam contra os princípios da administração pública.....	28
3.1.2 Da participação do agente público nos atos de improbidade.....	29
3.1.3 Das penalidades.....	29
3.1.4 Breves considerações sobre a ação de improbidade administrativa.....	30
3.1.5 Da regra de prescrição.....	32
4 A QUESTÃO DA IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE.....	33
4.1 O DIREITO DE REGRESSO.....	33
4.2 A DISCUSSÃO.....	33

4.2.1 Tese da prescritibilidade.....	35
4.2.2 Tese da imprescritibilidade.....	38
4.3 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	40
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS.....	47

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 em *prima facie* cria uma ressalva à regra de que o direito não socorre aqueles que dormem, quando por um lapso temporal o direito prescreve ou decai, trazendo-nos a figura da imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário.

Assim dispõe o §5º, do artigo 37, da Magna Carta: “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”.<sup>1</sup>

Após o Advento da Constituição a Lei Federal nº 8.429/92, que veio regulamentar o artigo 37, § 4º, da Lei Maior, dispendo “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”.<sup>2</sup>

O novel diploma legal mereceu várias críticas no meio doutrinário e até hoje tem gerado inúmeras controvérsias e hesitações na esfera jurisprudencial.

A Lei nº 8.429/92<sup>3</sup> prevê, no seu art. 23, determinados prazos prescricionais aplicáveis às ações de improbidade. Todavia, quedou-se inerte no que diz respeito às ações de ressarcimento, que, inclusive, sendo dotadas de natureza autônoma, podem ser ajuizadas independentemente daquelas.

Vale ressaltar que ao se tratar de improbidade, tem-se o envolvimento de diversas questões de interesse político-social, dentre os quais destacaremos, como objeto do presente trabalho, a característica da imprescritibilidade que vem sendo atribuída às ações de ressarcimento provenientes de atos de improbidade administrativa.

---

1 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *in*: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 5 de outubro de 1988. art. 37, §5º Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

2 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. In: Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Rio de Janeiro, 02 de Junho de 1992. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.html>> Acesso em: 02. jan. 2020.

3 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. In: Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Rio de Janeiro, 02 de Junho de 1992. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.html>> Acesso em: 02. jan. 2020.

Ao longo das últimas décadas constatou-se na doutrina, jurisprudência existência de corrente que pregava, sob diferentes razões, que o texto constitucional permitia, sim, que a ação de ressarcimento de danos ao erário fosse considerada prescritível.

Em razão da relevância do tema da matéria e da ausência de estudos direcionados especificadamente ao tema na doutrina, necessário se faz o estudo do tema, para o resgate dos motivos das duas visões, da imprescritibilidade bem como da prescritibilidade, analisando os argumentos que acompanham o problema em questão com base em decisão do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, o presente estudo foi dividido em capítulos.

No primeiro, fez-se o histórico da Responsabilização Estatal, as principais características de cada teoria da responsabilidade civil, e o modelo que o Estado utiliza atualmente, onde agente e Estado figuram como um só perante terceiros.

Após, apresentou-se brevemente noções sobre o instituto da Prescrição, com vistas a facilitar o entendimento da matéria e introduzir às teorias da prescritibilidade e imprescritibilidade.

No terceiro capítulo tratamos do problema do combate à corrupção e ato contínuo sobre a Lei de Improbidade Administrativa que visa regular de modo geral os atos de improbidade.

Por fim, aborda-se a questão relativa à possibilidade ou não de adotar a prescritibilidade prevista no art. 23 da Lei de improbidade administrativa, com o objetivo de obtenção de ressarcimento de danos causados pelo ato de improbidade administrativa.

## 1. RESPONSABILIDADE CIVIL

### 1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORIGEM DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nas sociedades antigas ao sofrer mal injusto o homem almejava vingança pessoal em face do causador de tal dano, essa reação pessoal acontecia de forma grosseira, sem intervenção estatal e entre as partes do conflito.

Saltando à frente, com o Direito Romano a primeira “lei” a tratar do tema na antiguidade foi instituída, a Lei das XII Tábuas, no sentido de permitir a busca por reparação ou afastá-la.

Nesse sentido leciona Alvino Lima:

Da sua aplicação natural e espontânea, fruto de uma reação animal, de um sentimento de vingança ou de uma explosão do próprio sofrimento, a vingança privada, como forma de repressão ao dano, passou para o dom jurídico, como reação legalizada e re-ínio(sic) guiada; o poder público passa a intervir no sentido de permití-la ou de excluí-la, quando injustificável. É a pena de Talião da qual se encontram traços na lei das XII Tábuas. (1938, p.10-11)<sup>4</sup>

A culpa como figura central da responsabilidade civil somente aparece mais a frente com a Lei Aquiliana, tratando sobre essas relações extracontratuais, ainda no Direito Romano. Essa evolução conseguiu afastar o objetivismo primitivo de uma aplicação penal trazendo o instituto para o sentido de uma aplicação por reparação do dano sofrido que se tornou basilar para legislações que vieram a seguir.

É o caso do código civil napoleônico que é base para legislações modernas e traz em seu escopo os preceitos da responsabilidade aquiliana oriunda do já citado Direito Romano.

No final do segundo milênio doutrinários começaram a discutir, por próprio avanço social, outra teoria da responsabilidade civil a teoria do risco a qual ampliava o estreito preceito da culpa e passava a analisá-lo de modo diferente, a partir de então a nova seara que se abria começara a ser positivada nas legislações mais modernas.

Sobre tal evolução aduz Alvino Lima:

A teoria do risco tem conquistado terreno sôbre(sic) a responsabilidade fundada na culpa, quer na elaboração dos próprios preceitos do direito comum, como na sua

---

4 LIMA, Alvino. Introdução. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 10 et seq.

interpretação pelos tribunais, quer na legislação especial, resolvendo hipóteses(sic) que não o poderiam ser, com justiça e equidade, no âmbito estreito da culpa.<sup>5</sup>

Cumpre destacar que existem diversas teorias da responsabilização civil baseadas em muito nesses dois ramos, no entanto, o presente estudo é direcionado àquelas que concernem à administração pública e ao seu agente, conforme veremos em sucessivo.

## 1.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

### 1.2.1 Evolução da responsabilidade civil estatal

Atualmente, pode-se afirmar que as legislações dos povos modernos aceitam de forma quase global a responsabilidade civil do Estado, contudo, até atingirmos esse nível de aceitação passamos por um processo evolutivo, tal qual a própria evolução vista na própria matéria civilista de responsabilidade.

Cada sociedade exigiu um tratamento diferente para a matéria, dando origem à aplicação de diferenciadas teorias que influenciaram e influenciam na perspectiva que o assunto é abordado de acordo com cada sociedade, veremos brevemente as diferentes teorias adotadas entre os povos ao decorrer do tempo, conforme classificação adotada por Pablo Stolze e Rodrigo Pamplona, que aduzem: “Historicamente, no que diz respeito ao presente tema, a doutrina especializada registra posicionamentos que vão desde a irresponsabilidade absoluta até a teoria do risco integral.”<sup>6</sup>

#### 1.2.1.1 Teoria da irresponsabilidade

Durante a época dos estados absolutistas a teoria da irresponsabilidade pairava sobre a ideia do governante/estado serem incontestáveis diante da população, estipulava-se que os reis eram perfeitos, seres dotados de um Direito divino, conseqüentemente estes não erravam e em ato contínuo tornavam-se isentos de qualquer responsabilização.

---

5 LIMA, Alvino. Introdução. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 24

6 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. **Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil**. 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, cap. XIII, 2.

De acordo com o ensinamento de Carvalho filho “na metade do século XIX, a ideia que prevaleceu no mundo ocidental era a de que o Estado não tinha qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes. A solução era muito rigorosa para com os particulares em geral, mas obedecia às reais condições políticas da época”<sup>7</sup>

Na mesma esteira Sílvio Venosa leciona que “a princípio, não se podia responsabilizar o Estado por atos de seus agentes. Aplicava-se a máxima: *The King can do no wrong*”.<sup>8</sup>

Essa forma de ver a responsabilidade tornava o estado de certa forma inalcançável pelo particular para obtenção de indenização, de modo que o Estado garantidor do direito não poderia de qualquer modo infringir normas por ele preservadas.

O contexto global começara então a andar na direção do liberalismo, a partir de onde inicia-se a aceitação da responsabilização estatal, que recebeu ainda muitas modificações para chegar aos tempos atuais, conforme explanado em sucessivo.

#### 1.2.1.2 Teoria da culpa civilística

Em resumo, para a teoria da culpa civil o Estado responderia pelos danos causados, caso seu agente agisse com culpa ou dolo enquanto no exercício da função.

Isso é, caso o Estado elege-se ou vigia-se seus empregados com vistas grossas, aquele responderia pelos danos causados por este a terceiros, já que, diante dessa situação os funcionários são vistos como prepostos do próprio Estado.

Nesse diapasão segundo Thiago Cardoso “Surge, assim, o elemento culpa como condicionante da responsabilidade patrimonial do Estado, havendo um tratamento igualitário entre particular e o ente estatal, ambos respondendo segundo os ditames do Direito Privado.”<sup>9</sup>

Apesar do avanço aqui encontrado muitos prejuízos ainda não se faziam cobertos por tal direito, visto a dificuldade de se comprovar a culpa, logo, tal vertente foi deixando de ser usada.

---

7 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Cap. 10, II, 1.

8 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 259

9 BEZERRA, Thiago Cardoso. **A evolução da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 jan 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46632/a-evolucao-da-responsabilidade-civil-do-estado-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 14 jan 2020.

### 1.2.1.3 Teoria da culpa administrativa

Aqui, baseia-se a culpa estatal na ação ou omissão do agente público, ou seja, deixa-se de lado a concepção do cuidado do estado na eleição e na vigilância de seus agentes para focar nas ações ou omissões.

Desta forma os funcionários eram vistos como a própria vontade do estado em fazer ou deixar de fazer, abandonando a ideia de preposto, assim, o serviço mal feito ou o serviço não feito que gerasse dano seria de pronto de responsabilidade estatal, de acordo com ensinamento do bravo Thiago Cardoso que aduz:

A primeira delas é a teoria da culpa do serviço, também chamada pela doutrina de teoria da culpa administrativa ou teoria do acidente administrativo. Para essa teoria, a responsabilidade do Estado é desvinculada da culpa individual do agente público, baseando a obrigação de indenizar na culpa do serviço, ou *faute de service*, segundo os franceses.<sup>10</sup>

Nesse sentido lecionam ainda os autores Pablo Stolze e Rodrigo Pamplona Filho “os novos parâmetros para aferição da responsabilidade estatal são, agora, a culpa *in commitendo* e a culpa *in omittendo*, ou seja, o elemento subjetivo seria respaldado na ação e omissão dos seus agentes.”<sup>11</sup>

### 1.2.1.4 Teoria da culpa anônima

Avanço em relação ao método anterior, este tem por objeto a responsabilização estatal por sua ação ou omissão mesmo sem a vítima do ato lesivo ter ciência de quem foi o agente causador do dano.

Nas palavras de Carvalho filho, tal teoria implicaria no reconhecimento da existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço da Administração. Por esse fator, para que o prejudicado pudesse exercer seu direito à reparação dos danos, se faria necessária a

---

10 BEZERRA, Thiago Cardoso. **A evolução da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 jan 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46632/a-evolucao-da-responsabilidade-civil-do-estado-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 14 jan 2020.

11 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. **Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil.** 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, cap. XIII, 2.2.2

comprovação de que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente.<sup>12</sup>

Depreende-se então que na omissão ou na ação mal executada o Estado também gera o dever de indenizar, com a indicação de que se houvesse feito, ou houvesse feito do modo correto, o eventual dano não teria ocorrido, ultrapassando assim as fronteiras da doutrina da culpa administrativa.

#### 1.2.1.5 Teoria da culpa presumida

Aqui, há presunção da culpa do Estado, trazendo para o ente estatal o ônus de provar o contrário.

A teoria da culpa presumida não elimina a culpa, como pressuposto da responsabilidade civil. A culpa do agente é presumida, porque o fato lesivo é considerado, por si só, como culposo.

Como se vê, não há eliminação da culpa, mas apenas e tão somente, a transferência do ônus de sua prova, cabendo ao lesante (e não mais à vítima) fazer a prova contrária, rompendo com essa presunção de culpa.

Essa teoria não deve ser tida como objetiva, já que o estado poderia não ser de fato culpado pelo dano.

#### 1.2.1.6 Teoria da falta administrativa

Nesta última teoria subjetivista, o serviço não prestado pela Administração já é por si só o que caracteriza a culpa do Estado, não envolvendo mais a figura do agente público, tão somente a comprovação de serviço defeituoso ou faltoso.

Esta teoria se escora na visão de que a falta do serviço estatal tem como característica a culpa da Administração, não tendo a imposição de realizar investigação quanto ao elemento subjetivo do agente público, mas sim, somente, a falta do serviço em si mesmo.

---

12 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro que “Segundo essa teoria, o Estado responde desde que o serviço público (a) não funcione, quando deveria funcionar; (b) funcione atrasado; ou (c) funcione mal.”<sup>13</sup>

Assim é relevante destacar que diante de tal teoria para além da caracterização da responsabilidade civil o reconhecimento da omissão estatal se faz necessário tendo em vista que caso a Administração Pública agisse o dano poderia ter sido evitado.

#### 1.2.1.7 Teoria do risco administrativo

Na primeira teoria objetiva de responsabilização da administração pública tem-se que basta apenas o acontecimento do evento danoso ao qual a administração deu causa, portanto, sem a necessidade de apontar culpa do agente ou omissão da administração, o próprio evento danoso gera o dever de indenizar.

De acordo com Sílvio Venosa<sup>14</sup>, a teoria do risco administrativo surge da obrigação de indenizar o dano, como decorrência tão só do ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige falta do serviço, nem culpa dos agentes.

Como demonstrado, no caso da culpa administrativa há uma falta do serviço, mediante ação ou omissão do agente estatal que representa a própria vontade do Estado, em contraponto, o risco administrativo decorre do próprio fato do serviço.

No direito do consumidor fato do serviço é definido como a responsabilidade imputada ao fornecedor pelos danos causados ao consumidor devido a defeito na concepção ou no fornecimento de serviço, gerando o dever de indenizar.

Tal definição serve também à teoria do risco Administrativo, onde a Administração Pública deve ressarcir o terceiro prejudicado por fato do serviço.

Nesta teoria, caso constatada culpa exclusiva da vítima a responsabilidade estatal será afastada, bem como, no caso de culpa concorrente da vítima e do agente estatal autoriza a mitigação da indenização estatal.

---

13 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. cap. 15.5

14 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 259

#### 1.2.1.8 Teoria do risco integral

Deduz-se do próprio nome que nesta teoria a responsabilidade estatal acontece de qualquer forma, sem ressalva alguma por parte da ação, omissão, culpa ou dolo do Estado e de seus agentes assim investidos, ou seja, A administração assume todo e qualquer risco decorrente de sua atuação (ou falta dela).

Nas palavras de Sílvio Venosa “pelo risco integral, haveria em qualquer hipótese de nexó causal a responsabilidade da Administração”<sup>15</sup>

Entretanto, tal teoria não deve ser aceita de pronto, pois a mesma permite abusos e desvios, o que se tornaria prejudicial aos cofres públicos e conseqüentemente ao bolso de cada cidadão.

#### 1.2.1.9 Teoria do risco social

Conhecida também como responsabilização sem risco, essa teoria de acordo com Saulo José Casali Bahia, citado por Pablo Stolze é de fácil compreensão, vejamos:

é bem simples. Se o Estado tem o dever de cuidar da harmonia e da estabilidade sociais, e o dano provém justamente da quebra desta harmonia e estabilidade, seria dever do Estado repará-lo. O que releva não é mais individuar para reprimir e compensar, mas socializar para garantir e compensar<sup>16</sup>

No caso em tela, como responsável por regular e manter “funcionando” a sociedade dentro da conduta padrão, ao ocorrer dano a alguém do qual não se sabe quem fora o autor, assumiria o Estado a responsabilidade de indenizar, com todo direito de regresso resguardado.

### 1.2.2 Teoria de responsabilidade adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro

O texto constitucional brasileiro de 1988, no âmbito do parágrafo 6º do seu artigo 37, assim preceitua: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de

---

15 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 260

16 *Apud*. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. **Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil**. 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, cap. XIII, 2.3.3

serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”<sup>17</sup>

A Constituição Federal aduz então a responsabilidade objetiva da administração pública quando seus agentes praticarem ato danoso perante terceiros, tal qual vimos na teoria anterior, a do risco administrativo.

No artigo e parágrafo supracitado a Constituição Federal inclui todas as pessoas jurídicas de direito público bem como todas as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviço público como responsáveis pelos danos causados a terceiros.

Dessa forma, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades privadas que estejam atuando mediante alguma modalidade de prestação de serviço público, são detentoras da responsabilidade civil pelo ato lesivo sofrido em decorrência da sua atuação por meio dos seus agentes enquanto Estado.

Vale lembrar, que nem todas as pessoas jurídicas respondem pelos danos causados a terceiros por seus agentes, como observa Mastella Lang:

É importante ressaltar que não estão abrangidas pelo artigo mencionados(sic) as empresas públicas e as sociedades de economia mistas exploradoras de atividade econômica, estas respondem pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, da mesma forma que as demais pessoas privadas.<sup>18</sup>

No tocante as concessões, permissões e autorizações de serviços públicos, explica Maria Sylvia Zanella di Pietro:

a responsabilidade do concessionário por prejuízos causados a terceiros, em decorrência da execução de serviço público, é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição vigente, que estendeu essa norma às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos;<sup>19</sup>

Nesse diapasão, aduz Mastella Lang que a jurisprudência do STF consolidou que há responsabilidade civil objetiva das empresas que prestam serviço público mesmo em relação aos danos que sua atuação cause a terceiros não usuários do serviço público.<sup>20</sup>

---

17 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *in*: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Art. 37, §6º. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

18 LANG, Karine Mastella; SILVEIRA, Davi. A responsabilidade civil do Estado. *In*: **Âmbito Jurídico – Direito Administrativo**. Revista 163. Agosto, 2017. Disponível em: <[https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-responsabilidade-civil-do-estado/#\\_ftn22](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-responsabilidade-civil-do-estado/#_ftn22)> Acesso em 23 dez. 2019.

19 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. cap. 8.8.1.3.2

20 LANG, Karine Mastella; SILVEIRA, Davi. A responsabilidade civil do Estado. *In*: **Âmbito Jurídico – Direito Administrativo**. Revista 163. Agosto, 2017. Disponível em:

Assim, alicerçado no ensinamento supra, podemos afirmar que independe se a vítima é usuária ou não do serviço para que se configure a responsabilidade objetiva do prestador de serviço.

Inicialmente é mister observar que na mesma linha das pessoas jurídicas de direito privado que exercem serviço público, os agentes públicos são tidos em sentido amplo, como na lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

A expressão agente público não é destituída de importância, tendo em vista ser utilizada pela própria Constituição. Todas as categorias, mesmo a dos particulares, se atuarem no exercício de atribuições do poder público, acarretam a responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, já que o dispositivo fala em danos causados por agentes públicos. Se o Estado for condenado, cabe ação regressiva contra o agente causador do dano, desde que tenha agido com dolo ou culpa.<sup>21</sup>

Na observação em comento, é notório a responsabilização do agente apenas caso tenha agido com dolo ou culpa, não restando direito de regresso ao ente se o Estado não comprovar a responsabilidade daquele, logo, a responsabilidade do agente público causador do dano ocorre na modalidade da culpa comum, com o ônus da prova por parte do Estado ou daquele que as suas vezes fizer.

Concordando com o pensamento de Di Pietro, faz-se necessário que o agente público esteja atuando em razão da Administração Pública, prestando serviço público.

Merece um adendo a indicação de que pessoa sem vínculo com a administração pública que se apresente como agente fosse excluído o Estado da responsabilidade, pois o mesmo não tem relação com o serviço ali prestado.

Existem causas excludentes de responsabilidade civil estatal, tais como culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, que podem nos seus casos específicos afastarem a aplicação da responsabilização da administração pública.

A essa altura já sabemos que é correto afirmar que a constituição atribui a administração pública a regra da responsabilidade objetiva e ao agente público a responsabilidade subjetiva na modalidade da culpa comum com ônus da prova para a pessoa jurídica a qual deva, em tese, ressarcir.

Logo, para que o Estado tenha seus valores reintegrados, deverá entrar com a respectiva ação de ressarcimento contra o agente causador do dano.

---

<[https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-responsabilidade-civil-do-estado/#\\_ftn22](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-responsabilidade-civil-do-estado/#_ftn22)>  
Acesso em 23 dez. 2019.

21 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. cap. 13.2

Este tema já encontra-se pacificado, no entanto, no tocante à prescrição dos atos ilícitos praticados pelos agentes públicos que causem danos ao erário para divergência na doutrina e na própria jurisprudência.

## 2. PRESCRIÇÃO

### 2.1 NOÇÕES INICIAIS SOBRE O INSTITUTO

A doutrina de que deixar de exercer um direito tornando-se inerte seu titular diante de um lapso temporal ensejaria a extinção desse direito nem sempre existiu nos diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

Desse modo, antes do surgimento do instituto da prescrição o direito potestativo era infinito, ou seja, havia uma perpetuidade das pretensões.

Com o passar do tempo cresceram as exigências por segurança jurídica, causa que influenciou diretamente os pensamentos doutrinários e legais, levando paulatinamente ao surgimento da ideia de que um direito a ser exercido, não pode permanecer por tempo indefinido, ou seja, deve o titular de tal pretensão utilizar o direito dentro de um certo período de tempo.

Nesse sentido, leciona Flávio Tartuce:

É antiga a máxima jurídica segundo a qual o exercício de um direito não pode ficar pendente de forma indefinida no tempo. O titular deve exercê-lo dentro de um determinado prazo, pois *o direito não socorre aqueles que dormem*.<sup>22</sup>

Relativo ao mesmo tema, Carvalho Filho assim leciona:

[...] se, de um lado, não se pode relegar o postulado de observância dos atos e condutas aos parâmetros estabelecidos na lei, de outro é preciso evitar que situações jurídicas permaneçam por todo o tempo em nível de instabilidade, o que, evidentemente, provoca incertezas e receios entre os indivíduos.<sup>23</sup>

Assim, tem-se na prescrição a premissa de segurança jurídica, com vistas a estabilidade nas relações sociais, pois, diante do quadro de inexistência total de prazo e consequente perpetuidade das ações essas relações sociais estavam cobertas de fatores de incerteza, com o advento do afastamento do direito após decurso de prazo pela inércia de seu titular o legislador dá estabilidade à ordem jurídica e social.

Com efeito, o conceito da prescrição por muito tempo foi controvertido na doutrina, atualmente, embora poucos autores sigam a linha da qual a prescrição é uma aplicação da qual

---

22 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2018. cap. 2.6.1

23 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Cap. 1, V, 2.5.

*o direito não socorre aqueles que dormem*<sup>24</sup> a linha que prevalece na doutrina é o fundamento da prescrição na estabilidade jurídica e na paz social.

Logo, surgiram divergências sobre a aplicabilidade da prescrição, se a mesma operaria sobre a ação ou o Direito, além da sua diferença quanto ao instituto da decadência, explicaremos melhor no decorrer do presente trabalho.

## 2.2 CONCEITO E FUNDAMENTO

Antes de iniciar a discussão sobre a prescritibilidade do direito do ente estatal ao ressarcimento, é necessário perquirir o conceito e os fundamentos da prescrição.

Etimologicamente a palavra prescrição vem da junção dos vocábulos latinos *prae* e *scribere*, com o significado de escrever antes.

Na lição de Cristiane Afonso “prescrição é a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso”<sup>25</sup>

Nesse sentido Carvalho Filho brilhantemente coloca que o direito do lesado à reparação dos prejuízos tem natureza pessoal e obrigacional. Como ocorre com os direitos subjetivos em geral, não podem eles ser objeto da inércia de seu titular, sob pena do surgimento da prescrição da ação que tenha por fim a tutela desses direitos.<sup>26</sup>

O conceito legal de prescrição é apresentado ao ordenamento jurídico por meio do artigo 189 do Código Civil de 2002, que traz em seu texto: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206”.<sup>27</sup>

---

24 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2018. cap. 2.6.1

25 BALIEIRO, Cristiane Afonso. **A imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa**. In: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília, 2010. p.11 Disponível em <[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/278/Monografia\\_Cristiane%20Afonso%20Balieiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/278/Monografia_Cristiane%20Afonso%20Balieiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em 02 jan. 2020.

26 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Cap. 10, VII, 3.

27 BRASIL. LEI Nº 10.406, De 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. In: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Art. 189. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em: 06. jan. 2020.

Acerca dos fundamentos do instituto da prescrição, é preciso o magistério da professora Elody Nassar, *in verbis*:

A prescrição se inscreve como princípio informador do ordenamento jurídico, que não admite a perpétua incerteza quanto à estabilidade das situações constituídas. É regra geral, de ordem pública, que se inscreve nos estatutos civis, comerciais, no âmbito do Direito do Trabalho, do Direito do Consumidor, do Direito Administrativo, do Direito Penal etc.

[...]

Dessarte, o único fundamento aceitável da prescrição é o interesse jurídico social. Tendo por fim extinguir as ações, ela foi criada como medida de ordem pública, para que a instabilidade do direito não viesse a perpetuar, com sacrifício da harmonia social, que é a base fundamental do equilíbrio sobre que se assenta a ordem pública. A influência do elemento tempo no âmbito do instituto da prescrição é substancial, pois existe um interesse da sociedade em atribuir juridicidade àquelas situações que se prolongaram no tempo.<sup>28</sup>

Ainda nesse sentido, leciona Cristiane Baliero<sup>29</sup> que, os fundamentos da prescrição podem ser elencados da seguinte maneira inicialmente como a ação depreciativa do tempo, seguido por um castigo à negligência, bem como a presunção de abandono da pretensão, continuando os fundamentos nos pressupostos da extinção do direito, na proteção ao devedor e na diminuição das demandas. Por último a autora mencionava o interesse social na estabilidade das relações jurídicas, baseado nas lições de diversos outros autores.

Compulsando os conceitos acima citados percebe-se que caso o titular do direito permaneça inerte o lapso temporal definido anteriormente para exercício da pretendida ação percorre e em consequência opera a extinção desse direito de agir no último dia de seu prazo, existindo então um nexo entre os fatores temporais e a própria inércia da parte que tem o direito de ação.

## 2.3 DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Prescrição e decadência durante muito tempo foram termos utilizados com a mesma significação, pois ambos decorrem da inércia do titular do direito diante de um lapso temporal.

---

28 NASSAR, Elody. **Prescrição na administração pública**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. .  
 29 BALIEIRO, Cristiane Afonso. **A imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa**. In: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília, 2010. p.13 Disponível em <[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/278/Monografia\\_Cristiane%20Afonso%20Balieiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/278/Monografia_Cristiane%20Afonso%20Balieiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em 02 jan. 2020.

A proximidade entre os dois institutos era por vezes tão insignificante que muitos doutrinadores nem observavam a diferença entre eles. Com o decorrer do tempo e a consolidação de ambos os fenômenos, a doutrina passou a se debruçar sobre o tema.

Como importante doutrinador a realizar a separação entre os institutos, o brilhante Agnelo Amorim realizou estudo no começo do século XX para diferenciação dos dois fenômenos.

Assim, segundo Agnelo Amorim:

[...] fixada a noção de que o nascimento da pretensão e o início do prazo prescricional são fatos correlatos, que se correspondem como causa e efeito, e articulando-se tal noção com aquela classificação dos direitos,

[...]

Concluir-se-á, fácil e irretorquivelmente, que só os direitos da primeira categoria, (isto é, os 'direitos a uma prestação'), conduzem à prescrição, pois somente eles dão origem a pretensões, conforme ficou amplamente demonstrado. Por outro lado, os da segunda categoria, isto é, os direitos potestativos, (que são, por definição, 'direitos sem pretensão' ou 'direitos sem prestação', e que se caracterizam, exatamente, pelo fato de serem insuscetíveis de lesão ou violação) – não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional.<sup>30</sup>

Anteriormente ao código civil de 1916, havia demasiado conflito doutrinário sobre o tema, reforçando o exposto anteriormente e com base na doutrina de Agnelo Amorim, explica Flávio Tartuce:

Como a matéria era demais confusa na vigência do Código Civil de 1916, visando esclarecer o assunto, Agnelo Amorim Filho concebeu um artigo histórico, em que associou os prazos prescricionais e decadenciais a ações correspondentes, buscando também quais seriam as ações imprescritíveis. Esse brilhante professor paraibano associou a prescrição às ações condenatórias, ou seja, àquelas ações relacionadas com direitos subjetivos, próprio das pretensões pessoais. Desse modo, a prescrição mantém relação com deveres, obrigações e com a responsabilidade decorrente da inobservância das regras ditadas pelas partes ou pela ordem jurídica. Por outro lado, a decadência está associada a direitos potestativos e às ações constitutivas, sejam elas positivas ou negativas.<sup>31</sup>

Com o advento do Código Civil de 2002, podemos estabelecer algumas diferenças que o próprio texto legal nos traz, quais sejam, a começar pela observância do artigo 189, que

30 FILHO, Agnelo Amorim. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**. São Paulo, Revista de Direito Processual Civil, v. 3, p. 128, 1961. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/prescricao-agnelo1.pdf>> Acesso em 23 jan. 2020.

31 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2018. cap. 2.6.1

ensina “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”<sup>32</sup>

Extrai-se da redação do artigo supra que com a prescrição o que se extingue é a pretensão e que o prazo começa a contar a partir da violação do direito, dispõem ainda o artigo 191 do CC/02:

Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.<sup>33</sup>

No mesmo sentido, as seções II e III do Título IV, Capítulo I do Código Civil de 2002:

Seção II

Das Causas que Impedem ou Suspendem a Prescrição

[...]

Seção III

Das Causas que Interrompem a Prescrição

[...] <sup>34</sup>

Diante do exposto resta evidenciado que a prescrição pode ser renunciada, suspensa ou interrompida, o que em tese não ocorreria com a decadência.

Ainda quanto a prescrição, o código civil descreve no art. 192 que “os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes.”<sup>35</sup>

Logo, a prescrição não pode ser convencionalizada entre as partes, como ocorre com a decadência, vejamos o disposto nos artigos 209 e 210 do Código Civil de 2002.

Art. 209. É nula a renúncia à decadência fixada em lei.

Art. 210. Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.<sup>36</sup>

32 BRASIL. LEI Nº 10.406, De 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. In: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Art. 189. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em: 06. jan. 2020.

33 BRASIL. LEI Nº 10.406, De 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. In: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Art. 191. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em: 06. jan. 2020.

34 BRASIL. LEI Nº 10.406, De 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. In: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Título IV, Cap. I, Seções II e III. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em: 06. jan. 2020.

35 BRASIL. LEI Nº 10.406, De 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. In: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Art. 192. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em: 06. jan. 2020.

O próprio código civil traz outras diferenciações como a ocorrência de prescrição apenas no tocante a direitos patrimoniais nos casos civis e a decadência podendo adentrar a direitos não patrimoniais, no entanto, ficam estabelecidas até aqui as principais diferenças entre prescrição e decadência.

---

36 BRASIL. LEI Nº 10.406, De 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. In: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Art. 209 e 210. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em: 06. jan. 2020.

### 3 O ESTADO E O COMBATE A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A batalha estatal contra os atos de improbidade administrativa é de tamanha importância, pois deriva do cuidado com o próprio patrimônio público, logo, por se tratar de patrimônio da população esta mesma deve engajar-se e fiscalizar os atos de agentes e instituições públicas, sob o argumento de proteger seu próprio patrimônio.

O cuidado da população e dos órgãos de controle sob a má administração é até mais importante que a própria produção normativa, como na lição de Felipe Caminha<sup>37</sup> combater à corrupção não pode ser fruto apenas da produção normativa.

Desse modo, os autores indicam que tal combate deve ser fruto de uma consciência democrática, que devagar, por meio de participação popular permitiria a fiscalização contínua de instituições.

Ainda segundo os autores supra, somente por meio de tais fiscalizações se reduzirá a convivência e se instalaria na cabeça daqueles que pretendem governar a noção de que a corrupção de fato deve ser atenuada, no entanto, indicam que “eliminada nunca o será”<sup>38</sup>

Dito isto, observa-se que o ordenamento jurídico pátrio criou diversos mecanismos para o combate a esses atos indesejados, normas jurídicas estatais atuam na prevenção e repressão de condutas que afetam a administração pública.

Assim, desde a constituição de 1891 o sistema jurídico brasileiro já previa formas de reprimir a atuação irregular de agentes estatais em sentido amplo, vejamos a lição da digna Maria Sylvia Zanella di Pietro:

a) previsão como crime de responsabilidade dos agentes políticos desde a Constituição de 1891 (disciplinado pela Lei nº 1.079, de 10-4-50; para os Prefeitos, aplica-se o Decreto-lei nº 201, de 27-2-67); b) para os servidores públicos: enriquecimento ilícito no exercício do cargo ou função (Decreto-lei nº 3.240 de 8-5-41, art. 141, § 31, da Constituição de 1946, Lei nº 3.164, de 1º-6-57, e Lei nº 3.502, de 21-1-58)<sup>39</sup>

37 CAMINHA, Felipe Regis de Andrade. **A imprescritibilidade do ressarcimento do dano ao erário decorrente de ato de improbidade administrativa**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3708, 26 ago. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25119>>. Acesso em: 17 dez. 2019 Cap. 2.

38 CAMINHA, Felipe Regis de Andrade. **A imprescritibilidade do ressarcimento do dano ao erário decorrente de ato de improbidade administrativa**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3708, 26 ago. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25119>>. Acesso em: 17 dez. 2019 Cap. 2.

39 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. cap. 18.3.6

### 3.1 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Com o Advento da Constituição Federal de 1988 e a instituição dos princípios explícitos da administração pública no caput do art. 37, esse sobredito combate a improbidade tem agora nova base, qual seja o princípio da moralidade, e o da probidade que apesar de não estar explícito no *caput* do referido artigo, é utilizado como princípio pelo ordenamento jurídico pátrio.

Ainda sobre o capítulo 37 da CF vale ressaltar que em seu §4º o legislador constitucional amplia a incidência dos casos de improbidade, dando maior liberdade para o legislador infraconstitucional definir os atos de improbidade, implicando também a capacidade punitiva do Estado, vejamos:

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.<sup>40</sup>

Nesse sentido, surge em 1992 a lei nº 8.429 que regulamenta os atos de improbidade administrativa dos quais trata a constituição republicana no artigo e paragrafo supra.

Tal legislação elenca em seus artigos, 9º, 10º e 11º os atos de improbidade administrativa praticados por agentes públicos que, a) Importam Enriquecimento Ilícito; b) Causam Prejuízo ao Erário e c) Atentam Contra os Princípios da Administração Pública.<sup>41</sup>

Extrai-se do parágrafo acima que o legislador ordinário protegeu além do patrimônio público os princípios da administração pública, elencado no item C supra, podendo o agente ser penalizado por ofender tais princípios.

#### 3.1.1 Características dos atos que ensejam improbidade administrativa

40 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *in*: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 5 de outubro de 1988. Art. 37, §4º Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

41 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. *In*: Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro, 02 de Junho de 1992. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-norma-actualizada-pl.html>> Acesso em: 02. jan. 2020.

Na lei de improbidade administrativa temos a configuração de condutas que caso praticadas poderão sofrer penalidades previstas no mesmo dispositivo.

Optou o legislador por dispor no caput dos artigos 9, 10 e 11 da lei 8429/92 por condutas mais abertas, genéricas, e por meio dos incisos de cada artigo o legislador especificou situações jurídicas que exemplificam o contido no caput, logo, temos que os artigos supra não são dotados de taxatividade.

Faz-se necessário, portanto, indicar as principais características de cada um, principalmente no tocante ao dolo e a culpa, elementos constitutivos do ato ilícito.

### 3.1.1.1 Das características do enriquecimento ilícito

Em relação ao enriquecimento ilícito, primeiro ato de improbidade a ser tratado pela lei nº 8.429/92 em seu art. 9<sup>o</sup><sup>42</sup> temos como principais fatos a dispensabilidade de dano direto ao erário, o tipo contido no artigo mencionado pode englobar por exemplo, vantagens obtidas por terceiros em forma de propina.

Compulsando o texto, temos também que tal conduta só pode ser tida por meio de dolo, por decorrência lógica não se concebe a ideia de alguém auferir vantagem indevida por negligência, imprudência ou imperícia, conforme os atos ilícitos elencados no nóvel códex cível<sup>43</sup>.

### 3.1.1.2 Do dano ao erário

---

42 “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente:” 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. In: Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Rio de Janeiro, 02 de Junho de 1992. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.html>> Acesso em: 02. jan. 2020.

43 “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” BRASIL. LEI Nº 10.406, De 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. In: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em: 06. jan. 2020.

Previstos no artigo 10<sup>44</sup> da Lei de improbidade administrativa, os atos que importam dano ao erário, tem como principal característica a lesão ao patrimônio público, não somente em relação ao tesouro público, mas também em relação as pessoas jurídicas constantes do artigo 1º da mesma lei.

Aqui, temos como indicador a proteção ao patrimônio público, sendo esse lesado de qualquer forma, podendo ou não importar em enriquecimento ilícito, visto que pode haver dano sem enriquecimento por parte do autor deste.

Admite o dano ao erário quanto ao elemento subjetivo as modalidades culposa e dolosa, dispostos no próprio *caput* do dispositivo, portanto, para além da comprovação do dano, deve-se ainda comprovar o elemento subjetivo para a caracterização do ato de improbo.

### 3.1.1.3 Dos atos que atentam contra os princípios da administração pública.

Contidos no art. 11, da Lei nº 8.429/92<sup>45</sup>, os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, tem como pressuposto necessário apenas a vulneração em si dos princípios administrativos, desta forma não precisa o agente enriquecer ilicitamente ou provocar dano ao erário para se configurar alguma das condutas previstas no referido artigo.

Tem tal artigo a configuração do elemento subjetivo na modalidade exclusivamente dolosa visto que a lei não faz referência à culpa, como seria expressamente necessário, desta forma, os atos que praticados por imprudência, negligência ou imperícia, poderão sofrer sanções de outras normas, mas dentro do artigo 11º não se enquadrariam como improbidade administrativa.

---

44 “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:” 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. In: Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Rio de Janeiro, 02 de Junho de 1992. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.html>> Acesso em: 02. jan. 2020.

45 “Art. 11 Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:” 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. In: Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Rio de Janeiro, 02 de Junho de 1992. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.html>> Acesso em: 02. jan. 2020.

### 3.1.2 Da participação do agente público nos atos de improbidade.

A essa altura já sabemos que o sujeito ativo da qual a lei nº 8.429/92 fala é o agente público, a referida legislação ainda traz em seu texto a designação de que “os referidos atos podem ser praticados por agentes públicos, com ou sem o auxílio de terceiros”<sup>46</sup>

Do mesmo modo como vimos na responsabilidade civil estatal no começo deste trabalho, na lei nº 8.429/92 o conceito de agente público utilizado pelo legislador foi o mais amplo possível, para alcançar todos os poderes, conforme ensinamento de como na lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

“A expressão agente público não é destituída de importância, tendo em vista ser utilizada pela própria Constituição. Todas as categorias, mesmo a dos particulares, se atuarem no exercício de atribuições do poder público, acarretam a responsabilidade objetiva [...]”<sup>47</sup>

### 3.1.3 Das penalidades

Em atenção à própria Constituição Federal, em seu art. 37, §4<sup>o</sup><sup>48</sup> o art. 12 da Lei nº 8.429/92 estipulou penalidades para os atos de improbidade descritos na mesma lei, a dosimetria de tais sanções foi estabelecida de forma que as penas se adequassem a cada ato de improbidade praticado pelo agente público.

O que se encontra de novo neste artigo é que fato o acréscimo por parte do legislador ordinário da possibilidade de multa, perda de bens, e a respectiva proibição de contratar com o

---

46 “Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.” 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. In: Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro, 02 de Junho de 1992. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.html>> Acesso em: 02. jan. 2020.

47 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. cap. 13.2

48 “Art. 37, § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. in: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

poder público e receber incentivos fiscais, amplia o leque de punições às quais o agente improbo poderia sofrer.

Nota-se também que não há de acordo com o parágrafo único do art. 12 da lei nº 8.429/92 a obrigatoriedade de cumulação ou de não cumulação dessas penalidades, o juiz deve observar e ponderar as sanções com base na razoabilidade e na proporcionalidade que o ato improbo ensejar.

Ainda com relação as sanções, outras medidas são previstas pela lei de improbidade administrativa, na melhor lição Maria Sylvia Zanella di Pietro assevera que:

Algumas medidas de natureza cautelar estão previstas na lei de improbidade: a indisponibilidade dos bens, cabível quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito (art. 7º), devendo recair sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito (parágrafo único); o sequestro, quando houver fundados indícios de responsabilidade, devendo processar-se de acordo com o disposto nos artigos 822 e 825 do CPC); 6 investigação, exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais (art. 16, § 2º); afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual (art. 20, parágrafo único). Com exceção da última medida, que pode ser adotada nas esferas judicial ou administrativa, as demais só podem ser decretadas judicialmente, devendo a ação principal ser proposta, sob o rito ordinário, dentro de 30 dias da efetivação da medida cautelar (art. 17).<sup>49</sup>

Portanto, consegue-se denotar que o legislador buscou variadas formas de persecução do agente improbo, inclusive buscando aplicações financeiras no exterior, de modo que o dano ao erário seja reparado na medida necessária ao grau de culpa, onde quer que estejam os valores necessários ao seu cumprimento.

### **3.1.4 Breves considerações sobre a ação de improbidade administrativa**

Quanto à legitimidade para impetrar a ação de improbidade administrativa em âmbito judicial, entende-se que o Ministério Público deve ser o autor de tais ações para apurar e punir os atos de improbidade sendo aplicável a ação civil pública nos casos de improbidade administrativa, no que não contrariar o disposto especificamente em outros artigos da lei de improbidade, utilizando então a Lei nº 7.347/85<sup>50</sup> como instrumento para judicializar os atos de improbidade.

---

49 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. cap. 13.2

50 BRASIL. LEI nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. In: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia

Contudo, parte da doutrina sustenta que a ação de improbidade não poderia decorrer de ação civil pública, sendo criada um novo tipo de ação, como propõe a douta Ada Pellegrini Grinover:

A ação de improbidade [...] Tem natureza de ação popular, porquanto objetiva defender o interesse público (moralidade) e probidade administrativa, reparação ao erário), que é comum a todos. Por isso mesmo defini a ação de improbidade administrativa “uma nova espécie de ação popular, com legitimação ativa conferida ao Ministério Público”<sup>51</sup>

De toda forma, é por meio da ação civil pública que o Ministério Público propõe as ações de improbidade administrativa com base na supracitada lei, bem como com o art. 129, III, da Magna Carta, que aduz sobre ação civil pública no caso de “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”<sup>52</sup>. Aplicando-se então o disposto na Lei nº 7.347/85, no que não contrariarem dispositivos expressos da lei de improbidade.

A legislação relativa aos atos de improbidade administrativa traz também a possibilidade de pessoa jurídica que tenha sido lesada propor a respectiva ação a fim de obter restituição pelo dano sofrido, conforme dispõe o art. 17, caput que prevê que “a ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar”<sup>53</sup>

Nos casos em que a ação é proposta pela pessoa jurídica interessada, o Ministério Público de atuar como *custus legis*, sob pena de nulidade processual nos termos do art. 17, § 4º da Lei nº 8.429/92.<sup>54</sup>

para Assuntos Jurídicos. Brasília, em 24 de julho de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347Compilada.htm)> Acesso em: 17 dez. 2019.

51 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação de improbidade administrativa. Decadência e prescrição**. In: Academia Brasileira de Letras jurídicas. Revista 27. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista27/revista27%20%20ADA%20PELLEGRINI%20GRINOVER%20-%20A%C3%A7%C3%A3o%20de%20improbidade%20administrativa.%20Decad%C3%Aancia%20e%20Prescri%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em 06 jan. 2020.

52 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *in*: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 5 de outubro de 1988. art. 129, III. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

53 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. In: Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Rio de Janeiro, 02 de Junho de 1992. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-norma-actualizada-pl.html>> Acesso em: 02. jan. 2020.

54 “art. 17, § 4º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.” 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. In: Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Rio de Janeiro, 02 de Junho de 1992. Disponível em:

### 3.1.5 Da regra de prescrição

A Lei de Improbidade Administrativa estatui, em seu art. 23, regras diferentes de prescrição, quer se tratando de ocupante de mandato eletivo, de cargo em comissão ou de função comissionada quer se tratando de servidor público ocupante de cargo de provimento efetivo ou de emprego público.

Não realizando qualquer distinção quanto tipo de penalidade, a Lei nº 8.429/92 prevê que o prazo de prescrição para exercer o direito de punir o agente público que praticar atos elencados na referida lei como atos de improbidade seriam expirados nos termos do art. 23.<sup>55</sup>

Com relação à pretensão do ressarcimento de danos causados ao erário, que constitui uma das sanções legais ao ato de improbidade, do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, o texto da Magna Carta, mais precisamente o § 5º do art. 37, parece estabelecer um tratamento diverso, fazendo surgir, por consequência, um aparente conflito entre os artigos 12 e 23 da Lei de Improbidade Administrativa e a parte final do art. 37, § 5º da Constituição Federal, o que será objeto de estudo do próximo capítulo.

---

<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.html>>  
Acesso em: 02. jan. 2020.

55 “Art.23. as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego” 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. In: Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Rio de Janeiro, 02 de Junho de 1992. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.html>> Acesso em: 02. jan. 2020

## 4 A QUESTÃO DA (IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE

### 4.1 O DIREITO DE REGRESSO

O direito de regressar contra o agente responsável pelo evento danoso é uma garantia estatal que visa a indenização em favor do estado pelo dano decorrente de culpa ou dolo do agente público.

Cabe ressaltar que a responsabilidade civil estatal frente ao terceiro lesado é uma relação jurídica diferente da que liga a Administração Pública ao seu agente. Esse vínculo estatal com o agente é o objeto do contido no final do artigo 37, §6º da Lei maior, em transcrição *in verbis*:

“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:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”<sup>56</sup>

Diante da possibilidade de regressar contra seu agente, a Administração Pública deve, comprovado o dolo ou a culpa, ingressar com a devida ação de ressarcimento ao erário.

### 4.2 A DISCUSSÃO

Até aqui sabemos que a prescrição tem como efeito o impedimento de que o interessado usufrua do seu direito em decorrência de um lapso temporal aliado a inércia do próprio interessado.

---

56 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *in*: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Art. 37, §6º. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

Desse modo a prescrição tem relevante papel na estabilização das relações jurídicas e sociais, sendo reflexo do princípio da segurança jurídica. A prescrição encontra-se nos mais diversos ramos do direito, entre eles o Administrativo.

Sob outro aspecto observa-se o princípio da Supremacia do Interesse Público, tal princípio decorre da própria noção do Estado moderno como garantidor de diversos direitos essenciais à população, tais garantias exigem do Estado uma boa administração do patrimônio público, utilizando o ente estatal de poderes e de deveres para o devido cumprimento do próprio interesse público.

Nesse diapasão, sobre a questão de supremacia do interesse público e quanto ao instrumento da prescrição o texto da Constituição Federal de 1988, traz no rol do seu artigo 37 os princípios explícitos e as principais disposições gerais sobre a administração pública.

Dentro do artigo 37, §5º da Magna Carta, temos a seguinte descrição: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as ações de ressarcimento.”<sup>57</sup>

Em nível federal a Lei nº 8429/92, que trata dos atos de improbidade administrativa, aduz como demonstrado no final do capítulo anterior em seu *caput*: “as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:” e em seus dois incisos, quais sejam: “I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;” e “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”<sup>58</sup>

Destarte não faz a lei de improbidade qualquer ressalva no que se refere aos tipos de sanções, criando margem para discussão no sentido de que embora o ressarcimento ao erário seja uma das obrigações do condenado pela prática do ato de improbidade, o que ensejaria a incidência do prazo previsto na referida lei nº8429/92, artigo 23, em seus incisos I e II e

---

57 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *in*: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Art. 37, §5º. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

58 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. *In*: Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Art. 23. Rio de Janeiro, 02 de Junho de 1992. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.html>> Acesso em: 02. jan. 2020.

quando se aplicaria o contido no artigo 37, §5º<sup>59</sup> da Constituição Federal, que cria uma ressalva quanto a ação de ressarcimento ao erário.

Ressalta-se que, nesse conflito normativo tem-se envolvimento maior do que o simples embate de regras de controle da prescrição, a discussão pousa também em valores constitucionais que estão em constante choque.

Deve-se no caso aplicar o instituto da ponderação dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, de modo a demandar que o tesouro público seja ressarcido pelo ato ilícito em confronto com os princípios da segurança e estabilidade jurídicas, a clamar que as pretensões sejam extintas nas hipóteses de inércia e/ou negligência do titular durante certo lapso de temporal.

A solução do conflito, contudo, não é objeto de consenso doutrinário ou mesmo jurisprudencial, de modo que serão abordados nos itens seguintes os posicionamentos e principais argumentos daqueles que se aventuraram sobre o tema.

#### 4.2.1 Tese da prescritibilidade

Dentre os doutrinadores há aqueles que defendem que a interpretação ao pé da letra da do art. 37, §5º não deve ser de tal forma interpretada, não conflitando com o art. 23 da Lei nº 8429/92.

De fato, foi explicado no decorrer do presente estudo que em regra as ações são prescritíveis, sendo a imprescritibilidade uma exceção feita pelo ordenamento jurídico que deve sempre ser trazida na legislação de forma explícita.

Sob essa perspectiva, alguns autores defendem a tese de que a pretensão de reparação de danos seria prescritível, haja vista que o texto constitucional não fez, em momento algum, a afirmação expressa da imprescritibilidade.

Argumentando a favor da prescritibilidade a professora Ada Pellegrine Grinover fundamenta sua tese nos ensinamentos de Elody Nassar, autor de forte inclinação para o

---

59 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. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *in*: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Art. 37, §5º. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

princípio da segurança jurídica, considerando a autora então que a imprescritibilidade corresponderia a grave ofensa à segurança jurídica, conforme assevera:

Por todo o exposto, lícito concluir que a regra inserta no § 5º do art. 37 da Constituição Federal não estabelece uma taxativa imprescritibilidade em relação à pretensão de ressarcimento do erário, estando também tal pretensão sujeita aos prazos prescricionais estatuídos no plano infraconstitucional.<sup>60</sup>

Grande influenciadora do pensamento da professora Ada Pellegrini, para Elody Nassar a regra da prescricibilidade das pretensões poderia ser interrompida somente se tal disposição viesse de forma expressa e taxativa por meio da constituição.

Ademais, menciona que os danos ao erário não se revestem de valores considerados essenciais, com quilate para desafiar a tradicional erosão do direito pelo decurso do tempo. Assim, de acordo com Elody Nassar, *in verbis*:

Necessário observar que, na hipótese do art. 37, § 5º, segunda parte, dois princípios se chocam: de um lado, a necessidade do ressarcimento ao erário público e a observância do princípio da indisponibilidade do interesse público e, de outro, o ataque ao princípio da estabilidade das relações constituídas no tempo, fundamento principal do instituto da prescrição. Aos tribunais incumbe firmar o verdadeiro critério, ante a hipótese posta. No entanto, colocamo-nos junto daqueles que entendem não poder subsistir a imprescritibilidade dessas ações, pois que contrária aos princípios gerais regentes do instituto prescricional.<sup>61</sup>

Do mesmo modo, pontua que o entendimento sobre a imprescritibilidade da ação de ressarcimento, por tempo ilimitado, mesmo em razão da proteção do patrimônio público merece maior atenção da doutrina e jurisprudência, pois não se poderia anular princípios basilares do Estado de Direito, apontando esses como o da segurança jurídica e o da estabilidade das relações jurídicas, diante disso, a autora aduz:

Sem regras estabelecidas para o tempo, os processos jamais chegariam ao fim. Afinal as formas têm por objetivo gerar segurança e previsibilidade. A garantia da correta outorga da tutela jurisdicional está precisamente no conhecimento do período temporal a ser percorrido por aquele que busca a solução para uma situação conflituosa. Ademais, além dos princípios expressos, existem também no contexto constitucional princípios implícitos ou decorrentes daqueles, sem falar dos princípios consagrados pela teoria geral do Direito, como é o caso do superprincípio da segurança jurídica. Nesta linha de raciocínio, acentuamos que o princípio da segurança jurídica, no caso, sobrepõe-se aos demais.

[...]

Como o princípio da legalidade não é único nem absoluto, situações existirão nas quais tornar-se-á obrigatória a convalidação do ato por força necessária da observância de outros princípios jurídicos da mesma relevância, como é o caso,

60 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação de improbidade administrativa. Decadência e prescrição.** In: Academia Brasileira de Letras jurídicas. Revista 27. Rio de Janeiro, 2005. p. 47. Disponível em <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista27/revista27%20%20ADA%20PELLEGRINI%20GRINOVER%20-%20A%C3%A7%C3%A3o%20de%20improbidade%20administrativa.%20Decad%C3%Aancia%20e%20Prescri%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em 06 jan. 2020.

61 Nassar, Elody. **Prescrição na administração pública.** 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p 345.

exatamente, do princípio da segurança jurídica, que é fundamento do instituto da prescrição, correlato ao da convalidação. 25 Já disseram os doutos, com incedível propriedade, que o sistema jurídico é um todo harmonioso que não admite contradições, e a imprescritibilidade, sem limites, seria uma delas. As exigências de uma ordem pública impõem que se declare que quando um pressuposto se revela insuficiente, não há maneira de salvá-lo, destacando-o do corpo para sustentar as vigas da harmonia jurídica. Demais disso, o problema da prescritibilidade se encontra na definição exata das exigências da ordem pública e da harmonia social.

[...]

O tema, assim, merece ser enfrentado com serenidade e coragem porque a inexistência de restrição temporal aos ius puniendi do Estado põe reféns pessoas físicas e jurídicas, além de representar ofensa ao devido processo legal inscrito nos direitos fundamentais da Carta Política.<sup>62</sup>

#### Reforçando tal posição Clito Fornaciari Júnior:

[...] nada diz, de modo direto e expresso, sobre a prescrição da ação de ressarcimento de danos, tratando apenas de anunciar que lei futura estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por agentes públicos que causem prejuízo ao erário, “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.<sup>63</sup>

Com base no argumento de que as exceções à prescritibilidade estão única e exclusivamente previstas na Constituição Federal, no campo punitivo penal, nos incisos XLII<sup>64</sup> e XLIV<sup>65</sup> do artigo 5º, para Clito Fornaciari Júnior,<sup>66</sup> se estão tratadas na Lei de Improbidade administrativa todas as sanções para o agente responsável pelo ato de improbidade, inclusive com o próprio ressarcimento já previsto na mesma lei, não há de se falar em imprescritibilidade, devendo-se colher na mesma lei o prazo prescricional, por ela definido no art. 23.

Em seu ensinamento o autor afirma que defende tal posição porque o próprio texto constitucional prevê demandas ou sanções não sujeitas à prescrição, de modo taxativo, não houve, no caso desses temas, um silêncio ou uma proibição de lei inferior tratar do assunto,

62 Nassar, Elody. **Prescrição na administração pública**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

63 JÚNIOR, Clito Fornaciari. **Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade administrativa**. Revista de informação legislativa, v. 42, n. 165, p. 33-38, Brasília. jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/195>> acesso em 13. jan. 2020.

64 Art. 5º XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *in*: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

65 Art. 5º XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *in*: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

66 JÚNIOR, Clito Fornaciari. **Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade administrativa**. Revista de informação legislativa, v. 42, n. 165, p. 37, Brasília. jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/195>> acesso em 13. jan. 2020.

mas claramente se retirou a incidência do tempo sobre os fatos, proclamando-se a imprescritibilidade. [...] <sup>67</sup>

Nesse diapasão, o ilustre autor aduz que “inegável que, ao se entender que a prescrição do ressarcimento não estaria sujeita ao prazo disciplinado no art. 23 da Lei n. 8.429/92, está se contrariando a norma em questão, já que ela não está sendo aplicada quando deveria ser.” <sup>68</sup>

Nesse sentido, assevera, ainda, o autor que:

[...] a imprescritibilidade deveria estar expressamente prevista na Constituição, exatamente porque da prescrição tratou a Lei Maior, delegando a sua disciplina, quanto a alguns aspectos, às menores. Se não procedeu do mesmo modo com relação ao ressarcimento, isso sozinho não autoriza concluir ter adotado a tese da não prescrição. <sup>69</sup>

#### 4.2.2 Tese da imprescritibilidade

A interpretação do dispositivo constitucional ora em exame tem também defensores no sentido da imprescritibilidade, para Maria Sylvia Zanella di Pietro, a redação do dispositivo não deixa margem para dúvida. Segundo essa autora:

São [...] imprescritíveis, as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme o estabelece o artigo 37, § 5º, da Constituição. Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos. (grifei) <sup>70</sup>

Acompanhando tal entendimento, Fábio Medina Osório <sup>71</sup>, ensina que em decorrência do princípio da segurança jurídica é regra no sistema jurídico brasileiro a prescrição, no entanto, o citado autor coaduna com a premissa de que, mesmo sendo a prescrição a regra para o direito brasileiro, o legislador constituinte optou por adotar a tese da imprescritibilidade, quando a conduta do agente público decorrer de ato ilícito, logo, a proteção ao patrimônio se sobressai em detrimento da segurança jurídica.

67 JÚNIOR, Clito Fornaciari. Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade administrativa. Revista de informação legislativa, v. 42, n. 165, p. 33-38, Brasília. jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/195>> acesso em 13. jan. 2020.

68 JÚNIOR, Clito Fornaciari. **Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade administrativa**. Revista de informação legislativa, v. 42, n. 165, p. 37, Brasília. jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/195>> acesso em 13. jan. 2020.

69 JÚNIOR, Clito Fornaciari. **Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade administrativa**. Revista de informação legislativa, v. 42, n. 165, p. 37, Brasília. jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/195>> acesso em 13. jan. 2020.

70 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019 Cap. 18.3.6

71 OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

Na mesma linha de raciocínio, o advogado continua sua explanação na qual tece um contraponto à sua própria obra nos seguintes termos:

A prescrição é um instituto normal e sempre presente no Direito Administrativo Sancionador, ainda que sua regulação ocorra, mais diretamente, na legislação infraconstitucional. Falo em “princípio” da prescrição, mas ela decorre, em verdade, do princípio da segurança jurídica. Entendo que toda e qualquer pretensão punitiva deva estar submetida a limites temporais para seu exercício, sob pena de violação à segurança jurídica inerente ao Estado de Direito. A previsibilidade mínima das relações, associada à expectativa legítima de que as pessoas possam mudar seus valores perfis, recomenda e até exige que o Estado exerça suas prerrogativas sancionatórias dentro de limites temporais básicos, previamente delimitados.<sup>72</sup>

De antemão extrai-se que apesar de criticar a imprescritibilidade, o referido autor reconhece que a constituição adotou tal posição, ressaltando sempre as ações de ressarcimento da prescrição, vale ressaltar que para Osório não se trata de um ato sancionador, e sim de uma volta ao *status quo ante* do tesouro público.

A imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário coaduna-se com o entendimento da doutrina majoritária. Nesse sentido, tem-se a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

Pelo texto constitucional, pode concluir-se que a Carta, no caso de ilícitos oriundos de agentes do Poder Público, admitiu ações prescritíveis e ações imprescritíveis, referindo-se, em relação a estas, ao ressarcimento de prejuízos. Desse modo, em se tratando de efeitos administrativos e penais, advindos da conduta ilícita, haverá prescritibilidade, na forma estabelecida na lei. Para os primeiros, a lei será federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso; para os últimos, a lei será privativamente federal (art. 22, I, CF). Consequentemente, no que concerne à pretensão ressarcitória (ou indenizatória) do Estado, a Constituição assegura a imprescritibilidade da ação. Assim, não há período máximo (vale dizer: prazo prescricional) para que o Poder Público possa propor a ação de indenização em face de seu agente, com o fito de garantir o ressarcimento pelos prejuízos que o mesmo lhe causou. Diante da garantia constitucional, “o direito do Estado é permanente para reaver o que lhe for ilicitamente subtraído”.

[...]

De início, deve-se registrar que a prescrição não atinge o direito das pessoas públicas (erário) de reivindicar o ressarcimento de danos que lhe foram causados por seus agentes. A ação, nessa hipótese, é imprescritível, como enuncia o art. 37, § 5º, da CF. Conquanto a imprescritibilidade seja objeto de intensas críticas, em função da permanente instabilidade das relações jurídicas, justifica-se sua adoção quando se trata de recompor o erário, relevante componente do patrimônio público e tesouro da própria sociedade. Ainda que se tenha consumado a prescrição da pretensão punitiva concernente às demais sanções, a demanda pode prosseguir em relação à pretensão de ressarcimento dos danos ao erário, em face de sua imprescritibilidade.<sup>73</sup>

---

72 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

73 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Cap. 15, V, 14.8.

Explicita, corretamente, José Afonso da Silva *Apud* MPU<sup>74</sup> que a prescritibilidade como forma de perda da exigibilidade de direitos, por inércia do titular de tal direito é um princípio geral do Direito, que não se pode estranhar a ocorrência de prescrições tanto em face da administração quanto desta contra seus administrados.

Ato contínuo, assevera o autor que da mesma forma é em relação aos atos ilícitos administrativos, ora, merece endosso a posição colocada no sentido de que se o Estado não age para responsabilizar e punir o agente a própria inércia da administração gera a perda do direito de ressarcimento, nas palavras do aludido autor:

É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao Erário, ressalvada as respectivas ações de ressarcimento”. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito; não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização do prejuízo causado ao Erário. É uma ressalva constitucional – e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*). Deu-se, assim, à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade, na hipótese considerada.<sup>75</sup>

#### 4.3 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nos dias 02.08.2018 e 08.08.2018, visando definir de vez a questão o Supremo Tribunal Federal fixou tese de repercussão geral sobre o tema, sob o qual nos debruçaremos neste capítulo.

Para chegar a um entendimento, o Supremo discutiu a prescrição no caso de ex-servidores acusados de participar de uma licitação de dois veículos com preços abaixo do mercado.

No decorrer dos atos processuais a Procuradoria-Geral da República requereu a parte para que o Ministério Público tivesse a premissa a qualquer tempo de buscar o ressarcimento ao erário quando praticado por agentes públicos por meio de ação civil pública

---

74 *Apud*. MPU. **A imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário** / Elaboração: André de Carvalho Ramos (coordenador); Allan Versiani de Paul, et al. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p 29.

75 *Apud*. MPU. **A imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário** / Elaboração: André de Carvalho Ramos (coordenador); Allan Versiani de Paul, et al. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p 29.

Desta forma, os autos foram à Suprema Corte, que necessitou de duas sessões para julgar o tema, com os ministros divergindo quanto a prescritebilidade e imprescritebilidade já apresentadas.

O relator do caso foi o Ministro Alexandre de Moraes que em seu voto aduziu que o tipo de ação de ressarcimento ao erário é importante pois tem o viés do combate à corrupção, todavia, o ministro votou por rejeitar a tese da imprescritebilidade, vejamos os argumentos do ministro, *in verbis*:

As exceções à prescritebilidade estão única e exclusivamente previstas na Constituição Federal, no campo punitivo penal, nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º: XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescriteável, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescriteável a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

[...]

A tese da imprescritebilidade, conforme ressaltado pela Ministra CÁRMEN LÚCIA, em voto no julgamento do RE 669.069/MG, prejudica o integral exercício do direito de defesa.

[...]

Importante salientar, ainda, que, nas hipóteses em que a conduta prevista como ato de improbidade administrativa também for tipificada como infração penal, nos termos do inciso II do art. 23 da Lei 8.429/1992 combinado com o § 2º do artigo 142 da Lei nº 8.112/1990 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos), os prazos prescricionais serão aqueles estipulados pela legislação penal. Dessa maneira, em face da gravidade dos atos de improbidade administrativa, a legislação equiparou o prazo para propositura das ações – inclusive de ressarcimento – aos prazos mais acentuados do Direito Penal. Não há, portanto, qualquer previsão de imprescritebilidade nos §§ 4º e 5º do art. 37 em relação à sanção de ressarcimento ao erário por condenação pela prática de ato de improbidade administrativa.<sup>76</sup>

Durante tal julgamento, a posição defendida pela Procuradoria-Geral da república fora crucial para formulação do posterior entendimento dos Ministros da Suprema Corte, a PGR se pronunciou nos autos de modo favorável a imprescritebilidade, conforme transcrito:

“A imprescritebilidade representa, antes, garantia da coletividade à restituição do que lhe foi subtraído pelo ato de improbidade, a partir de violações de princípios constitucionais casos à população como um todo e do dever de lealdade para com Cópia RE 852475 / SP as instituições.

Exatamente por isso, no tocante à improbidade administrativa, a tutela conjunta dos interesses é reclamada pela ordem constitucional. Não há como dissociar a tutela dos interesses defendidos da regulamentação da ação de improbidade, inobstante a circunstância de cada uma das lesões advindas do comportamento ímprobo gerar consequências distintas (sanções punitivas e reparação de dano).

O dano ao patrimônio público é o resultando, dando o Poder Constituinte preponderância não a ele, mas à forma como é gerado (improbidade). Daí a possibilidade, ou melhor, necessidade, de permitir que se dê prosseguimento à ação

---

76 BRASIL, STF. RE 852475, voto Ministro Alexandre de Moraes. Relator Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2018/08/RE-852475-Voto-Min-AM.pdf>> Acesso em: 17 jan 2020.

de improbidade a fim de que, mesmo prescritas as demais sanções, seja alcançada a reparação do dano ao erário, de natureza imprescritível”.<sup>77</sup>

Após analisarmos o disposto acima temos exemplificada a tese da imprescritibilidade com base na proteção ao patrimônio público, nesse sentido, abrindo voto divergente do relator o ministro Edson Fachin, defendeu a tese da imprescritibilidade nestes termos:

Houve, assim, por escolha do poder constituinte originário, não apenas o alçamento da boa governança a patamar constitucional, mas da compreensão da coisa pública - não raras vezes tratada com desdém, vilipendiada por agentes particulares ou estatais - como um compromisso fundamental a ser protegido por todos. O comando estabelece como um verdadeiro ideal republicano que a ninguém, ainda que pelo longo transcurso de lapso temporal, é autorizado ilicitamente causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarcir-lo.

O comando constitucional materializou, com segurança, o ideal republicano de que ninguém, ainda que pelo transcurso de lapso temporal considerável - frise-se uma vez mais - está autorizado ilicitamente a causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarcir-lo.

Tendo ciência da imprescritibilidade constitucional, não se trata aqui de gerar uma injustificada e eterna obrigação de guarda, pelo particular, de elementos probatórios aptos à conclusão de que inexistente o dever de ressarcir, mas sim da afirmação de importante proteção da coisa pública da qual também ele é titular.<sup>78</sup>

O voto divergente do ministro Edson Fachin, prevaleceu no julgamento supra, onde, por 6 votos a 5 a tese da imprescritibilidade foi adotada como a posição prescrita no final do artigo 37, §5º da Constituição Federal, com base nos argumentos ora apresentados da proteção do patrimônio público, da indisponibilidade e da supremacia do interesse público.

Cumprir registrar que o voto vencedor foi modulado durante o segundo dia de julgamento para ajustar a imprescritibilidade da ação de ressarcimento às hipóteses de atos de improbidade dolosos, ou seja, que impliquem enriquecimento ilícito, favorecimento ilícito de terceiros ou dano intencional à Administração Pública.

O tema fará com que o operador do direito analise em cada caso, a comprovação do ato de improbidade, na modalidade dolosa, para, só então e apenas, decidir sobre o pedido de ressarcimento.

---

77 BRASIL, STF. RE 852475, Voto Ministro Edson Fachin. Relator Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/RE852475.pdf>> Acesso em: 18 jan. 2020.

78 BRASIL, STF. RE 852475, Voto Ministro Edson Fachin. Relator Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/RE852475.pdf>> Acesso em: 18 jan. 2020.

Fixou-se então a seguinte tese de repercussão geral, proposta pelo ministro Edson Fachin: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.<sup>79</sup>

A tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, tem caráter vinculante e exige que o juiz, ao analisar os casos concretos deva observar o elemento subjetivo da conduta de improbidade imputada ao agente público, de modo que, caso seja tido o elemento subjetivo como doloso não se pode alegar prescrição da ação de ressarcimento.

Com a nova decisão, cria-se mais um espectro de dúvida entre a doutrina, vez que, ao modular apenas para as condutas cujo elemento subjetivo seja o dolo, o Supremo deixa aberta a questão de que, caso culposos, os atos de improbidade administrativa poderão, pois, sofrer a infringência da prescrição.

Em análise, depreende-se que a restrição aos casos culposos buscou uma amenização, considerando dar maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

Em consonância com o entendimento supra, o próprio Supremo Tribunal Federal, recentemente já se posicionou sobre o assunto, no Recurso Extraordinário 990010/AL, julgando um agravo regimental nos embargos de declaração com a seguinte ementa:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. REPARAÇÃO DE DANOS À FAZENDA PÚBLICA. **PRESCRITIBILIDADE. ILÍCITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - A imprescritibilidade prevista no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilegalidades tipificadas como de improbidade administrativa e como ilícitos penais.** É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil (RE 669.069-RG/MG, Relator Ministro Teori Zavascki – Tema 666 da Repercussão Geral). Precedentes. II - Eventual divergência ao entendimento adotado pelo Tribunal a quo, em face da natureza do ilícito, demandaria o reexame de fatos e provas constantes dos autos, o que inviabiliza o processamento do apelo extremo ante a incidência da Súmula 279/STF. III - Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>80</sup>(grifei)

Quanto ao elemento subjetivo das condutas tidas na lei de improbidade, antecipamos que algumas delas reclamam exclusivamente o dolo, ao passo que outras admitem a tipicidade também em virtude de culpa, conforme o capítulo 3.1.1 deste estudo, onde brevemente

79 BRASIL, STF. RE 852475, Pleno. Relator Min. Alexandre de Moraes. Dje 08/08/2018 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>> Acesso em: 19 jan. 2020

80 BRASIL, STF. RE 990010, Segunda Turma. Ementa. Relator: Ricardo Lewandowski. DJe-242 Divulgação: 05-11-2019 Publicação: 06-11-2019. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PRESCRITIBILIDADE+E+DANO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/wrj8bhs>> Acesso em: 22 jan. 2020.

explica-se os casos de dolo ou culpa em cada um dos artigos que definem os atos que ensejam improbidade administrativa.

O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto.

Desta maneira, podemos concluir que todas as demais ações, decorrentes da lei de improbidade ou de ilícitos civis são prescritíveis, excetuando-se, conforme grifado, apenas as ações de ressarcimento que decorrem da Lei de Improbidade Administrativa e de acordo com o exposto somente dos atos praticados com dolo.

A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.

A discussão sobre a prescrição do dano ao erário não está encerrada com os temas acima.

Logo depois da emissão da Tese 897, em 26/4/2019, o Plenário Virtual do Supremo reconheceu a repercussão geral do Tema 1.043, que também pode influenciar na interpretação do parágrafo quinto do artigo 37 da Constituição. Assim dispõe o tema 1.043:

A utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, § 1º).<sup>81</sup>

Desta forma, vemos que a matéria ainda encontra-se amadurecendo dentro da jurisprudência e da doutrina, de modo que apesar da inclinação quanto a imprescritibilidade do dano ao erário decorrente de ato doloso nos casos contidos na lei de improbidade, o tema continua a ser discutido.

---

81 BRASIL, STF. Plenário Virtual. Tema 1043. DJE nº 93, divulgado em 06/05/2019. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5587841&numeroProcesso=1175650&classeProcesso=ARE&numeroTema=1043>> Acesso em 22 jan. 2020.

## CONCLUSÃO

A Lei nº 8429/92, tem por finalidade o combate à corrupção no âmbito administrativo, utilizando meios abertos que permitem o alcance do agente público que desvie do interesse público e promova dano ao erário, enriquecimento ilícito ou ofenda os princípios da administração.

Nesse sentido, busca, além da imposição das medidas punitivas de cunho administrativo em desfavor do réu, a obtenção de título executivo judicial a fim de obter o ressarcimento do erário, que, na verdade, não possui caráter de pena, mas de reparação pecuniária de caráter civil, de natureza autônoma.

O presente estudo teve o propósito de tecer considerações acerca das possíveis interpretações conferidas ao art. 37, § 5º da Constituição Federal frente à Lei de Improbidade Administrativa, apreciando as várias manifestações doutrinárias bem como a jurisprudência da Suprema Corte sobre o tema.

Nesse contexto, lançou-se uma reflexão acerca do conflito existente, na hipótese, entre dois princípios constitucionais, quais sejam, a proteção do patrimônio público e a busca pela segurança jurídica do particular em face da ação punitiva do Estado.

Assim, por ser necessária a ponderação entre esses dois valores, conclui-se que o legislador optou pelo primeiro, tomando por imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário por atos dolosos, na linha, inclusive, da interpretação dada pela Suprema Corte, que, sem dúvida, representa uma “decisão de peso” sobre o assunto.

A tendência deste posicionamento se insere no contexto atual pátrio onde a sociedade avança no sentido do combate à corrupção.

Todavia, tornar perene o direito de ação não significa resguardar os interesses da coletividade, uma vez que, para os cidadãos, há um conjunto de fatores que se sobrepõem em importância à possibilidade perpétua de se buscar o ressarcimento.

A tese de repercussão geral 897 poderia ter sido ainda mais incisiva, declarando passível de prescrição o dano ao erário que não decorra de ato de improbidade administrativa, nesse sentido denota-se que a questão ainda não se encontra madura dentro do tribunal, observando ainda a divisão quando do julgamento do leading case, em que por 6 a 5 o pleno

optou pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por atos dolosos de improbidade administrativa.

Para atender ao genuíno interesse público, deverá a Administração Pública obedecer aos princípios previstos no caput do art. 37 da CR/88. Desse modo, conclui-se que está ínsita na dicção do § 5º do art. 37 da CR/88 a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário.

## REFERÊNCIAS

BALIEIRO, Cristiane Afonso. A imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa. In: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília, 2010. Disponível em <[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/278/Monografia\\_Cristiane%20Afonso%20Balieiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/278/Monografia_Cristiane%20Afonso%20Balieiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em 02 jan. 2020.

BEZERRA, Thiago Cardoso. A evolução da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro. Conteúdo Jurídico. Brasília-DF: 14 jan 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46632/a-evolucao-da-responsabilidade-civil-do-estado-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 14 jan 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

BRASIL. LEI nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. In: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, em 24 de julho de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347Compilada.htm)> Acesso em: 17 dez. 2019.

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. In: Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Rio de Janeiro, 02 de junho de 1992. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.html>> Acesso em: 02. jan. 2020.

BRASIL. LEI Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. In: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em: 06. jan. 2020.

BRASIL, STF. RE 852475, Pleno. Relator Min. Alexandre de Moraes. Dje 08/08/2018  
Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>> Acesso em: 19 jan. 2020

BRASIL, STF. RE 990010, Segunda Turma. Ementa. Relator: Ricardo Lewandowski. DJe-242 Divulgação: 05-11-2019 Publicação: 06-11-2019. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PRESCRITIBILIDADE+E+E+DANO%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/wrj8bhs>> Acesso em: 22 jan. 2020.

CAMINHA, Felipe Regis de Andrade. A imprescritibilidade do ressarcimento do dano ao erário decorrente de ato de improbidade administrativa. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3708, 26 ago. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25119>>. Acesso em: 17 dez. 2019

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FILHO, Agnelo Amorim. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**. São Paulo: Revista de Direito Processual Civil, v. 3, 1961. Disponível em: Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/prescricao-agnelo1.pdf>> Acesso em 23 jan. 2020.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FILHO, Rodrigo; Gagliano, Pablo. **Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de improbidade administrativa. Decadência e prescrição. *In: Academia Brasileira de Letras jurídicas*. Revista 27. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em

<<http://www.ablj.org.br/revistas/revista27/revista27%20%20ADA%20PELLEGRINI%20GRINOVER%20-%20A%C3%A7%C3%A3o%20de%20improbidade%20administrativa.%20Decad%C3%AAnncia%20e%20Prescri%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em 06 jan. 2020.

JÚNIOR, Clito Fornaciari. Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade administrativa. *In: Revista de informação legislativa*, v. 42, n. 165, p. 33-38, Brasília. jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/195>> acesso em 13. jan. 2020.

LANG, Karine Mastella; SILVEIRA, Davi. A responsabilidade civil do Estado. *In: Âmbito Jurídico – Direito Administrativo*. Revista 163. Agosto, 2017. Disponível em: <[https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-responsabilidade-civil-do-estado/#\\_ftn22](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-responsabilidade-civil-do-estado/#_ftn22)> Acesso em 23 dez. 2019.

LIMA, Alvino. Introdução. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 01-25.

MPU. **A imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário** / Elaboração: André de Carvalho Ramos (coordenador); Allan Versiani de Paul, et al. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método; São Paulo, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.