

A (IN)EFICÁCIA DO SISTEMA PRESCRICIONAL DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A SUA RELEITURA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA *ACTIO NATA*

THE (IN)EFFECTIVENESS OF THE PRESCRIPTIONAL SYSTEM OF THE ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW AND ITS RELEASE IN THE PERSPECTIVE OF THE THEORY OF ACTIO NATA

Wilson Medeiros Pereira¹

Professor de Direito na Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes, Montes Claros/MG, Brasil)

Marco Felipe Durães Silva²

Pós-Graduado em Direito Público com ênfase em Gestão Pública (Faculdade Damásio, São Paulo/SP, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito administrativo; direito constitucional.

RESUMO: O presente artigo analisa as hipóteses prescricionais previstas na Lei de Improbidade Administrativa, expondo as críticas concernentes à problemática prescricional que inquinaria a norma de certa ineficácia, bem como as sugestões que foram levantadas pelo Poder Legislativo em

relação à modificação dos prazos. Ao fim, aponta a proposta de uma corrente doutrinária e demonstra os fundamentos que a justificam.

ABSTRACT: *This article analyzes the prescriptive hypotheses foreseen in the law of administrative impropriety, exposing the criticisms concerning the prescriptive problem that inquires the norm of certain inefficiency, as well as the suggestions that*

¹ Juiz Federal. Mestre em Direito Público e Evolução Social (Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro/RJ, Brasil). *E-mail:* medeiros2006@yahoo.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/7742065097603624>>.

² Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes, Montes Claros/MG, Brasil). *E-mail:* marco_duraes@outlook.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/8672761941140947>>.

were raised by the Legislative Power regarding the modification of the deadlines. In the end, it points out the proposal of a doctrinal current and demonstrates the grounds that justify it.

PALAVRAS-CHAVE: corrupção; improbidade administrativa; prescrição.

KEYWORDS: *corruption; administrative dishonesty; prescription.*

SUMARIO: Introdução; 1 Dos custos sociais da corrupção; 2 Da imprescritibilidade do ressarcimento ao Erário; 3 Hipóteses prescricionais do artigo 23 da Lei nº 8.429/1992; 4 Problemática prescricional da Lei nº 8.429/1992; 5 Iniciativas concernentes à modificação do sistema prescricional da Lei nº 8.429/1992; 6 Da prescrição e da teoria da *actio nata*; 7 Ciência do ilícito como marco inicial para a contagem do prazo prescricional; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The social costs of corruption; 2 The imprescriptibility of the reimbursement to the treasury; 3 Prescriptive hypotheses of article 23 of Law nº 8.429/1992; 4 Prescriptive issues of Law nº 8.429/1992; 5 Initiatives concerning the modification of the prescriptive system of Law nº 8.429/1992; 6 Of the prescription and the theory of actio nata; 7 Illicit science as the initial framework for counting the prescriptive period; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo proceder a uma análise do sistema prescricional da improbidade administrativa a partir da compreensão das críticas doutrinárias levantadas em relação a essa temática. Para a sua elaboração, observaram-se as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

A análise bibliográfica deu-se para fins de estudo das questões de ordem jurídica, concernentes ao instituto da prescrição e ao sistema prescricional erigido pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

A análise documental, por sua vez, direcionou-se ao fim de constatar os impactos sociais da corrupção, tendo sido utilizados o “Relatório Corrupção: Custos Econômicos e Propostas de Combate” da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), de março de 2010, e a síntese de pesquisa dos Professores *Ciro Biderman* e *George Avelino Filho*, “A doença da corrupção: o desvio de fundos e a saúde pública nos municípios brasileiros”, constante do Anuário de Pesquisa 2013-2014 da FGV-EAESP.

O problema abordado pelo trabalho cinge-se na indagação de qual seria o meio jurídico hábil a atribuir maior eficácia à Lei nº 8.429/1992, diante das efusivas críticas doutrinárias que desenovelam uma provável ineficácia normativa.

A Lei nº 8.429/1992 é diploma legal oriundo dos anseios de regulamentação do art. 37, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). Esse dispositivo constitucional delineou os primeiros contornos do sancionamento à improbidade administrativa, elencando quatro reprimendas aplicáveis aos agentes públicos que vierem a incorrer na prática de atos ímprobos, quais sejam, suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao Erário.

Os atos de improbidade administrativa, sujeitos a tais sanções, foram disciplinados pela Lei nº 8.429/1992 em seus arts. 9º, 10 e 11, sendo, respectivamente, o enriquecimento ilícito, o prejuízo ao Erário e o atentado contra os princípios da Administração Pública.

O art. 37, *caput*, da CRFB/1988³ instaura um código de conduta extremamente austero. Invoca princípios que enquadram um agir prudente, cauteloso e probo, e que vinculam toda e qualquer pessoa que integre a Administração Pública.

À estrutura estatal, fundada nesses moldes, cumpre a missão de zelar pelo bem comum do povo, real titular do poder. Nos termos do preâmbulo constitucional, cabe ao Estado Democrático de Direito brasileiro assegurar, entre outros, o exercício dos direitos sociais, a segurança e o bem-estar do povo, aspirações positivadas nos arts. 6º e 193 a 232 do texto constitucional.

Insta ressaltar que o Estado se manifesta pelos atos dos agentes públicos que integram seus Poderes, o que, por consequência lógica, reveste-lhes da incumbência de prover ao povo a realidade supratranscrita.

Nesse sentido, é adequado asseverar que a saúde da estrutura social – intimamente relacionada com o cumprimento dos desideratos constitucionais, notadamente a efetivação de direitos sociais – provém de uma administração integrada por agentes políticos probos. É dizer que só se materializam as aspirações positivadas pela norma suprema se houver uma governança honesta.

³ “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 [...]”

A honestidade governamental é condição indispensável para consolidação de uma Administração Pública empenhada unicamente no bem comum.

Entretanto, as pretensões normativas destinadas à construção desse Estado ideal pautado no bem comum, em suma sustentadas pelo dever ser, esbarram em empecilhos fáticos, de ordem moral, por parte daqueles que estão incumbidos de gerir a coisa pública.

A violação às aspirações constitucionais escancara-se quando se tornam conhecidas as irregularidades, por vezes, operantes nas entranhas da Administração Pública.

As condutas ilícitas operadas sobre a coisa pública, em certos casos, geram reflexos sociais desastrosos, que não se constatam no momento da perpetração da irregularidade, mas se solidificam com o tempo, desembocando sobre aquela parcela da população que mais carece do auxílio estatal.

1 DOS CUSTOS SOCIAIS DA CORRUPÇÃO

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, o Estado Social de Direito destaca-se justamente por avocar para si a tarefa de realização da justiça social, de forma que os direitos sociais prestacionais se encontram intimamente vinculados às tarefas exercidas pelo Estado na condição de Estado Social⁴. Entretanto, quando a corrupção se infiltra nos alicerces do pretense Estado Social, define a sua essência. “Quando se fala nos efeitos da corrupção, basta que se use a imaginação, e eles serão devastadores”⁵.

Ao se fazer uma radiografia dos efeitos gerados por alguns delitos perpetrados contra a Administração Pública, é possível afirmar que, enquanto o homicida pode causar a morte de uma ou algumas pessoas, a conduta do agente corrupto é capaz de produzir a morte de centenas de pessoas, porque não permite ao Estado cumprir com as funções sociais que lhe são constitucionalmente atribuídas⁶.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 202.

⁵ ROSA, Márcio Fernando Elias. Corrupção como entrave ao desenvolvimento. *Revista Bonijuris*, Curitiba/PR, ano XVI, n. 484, p. 5-12. Disponível em: <http://www.mpro.mp.br/documents/29174/119287/Corrupcao_Como_entrave_ao_desenvolvimento.pdf/68ef8689-64e8-42a2-add7-4c776dae0534?jsessionid=59B5FFC3D303199429978698EA85A697.node01?version=1.0>. Acesso em: 30 ago. 2017.

⁶ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 10. ed. Niterói: Impetus, v. IV, 2014. p. 393.

As políticas públicas de implementação dos direitos sociais diminuem ao passo que os índices de corrupção aumentam. Nesse viés, se os recursos estatais são reconhecidamente limitados, torna-se constante a invocação da reserva do possível pelo Poder Público, quando compelido a concretizar determinados direitos consagrados no ordenamento. A precariedade aumenta na medida em que os recursos públicos têm redução de ingresso ou são utilizados para fins ilícitos⁷.

O desvio de certo montante financeiro para atividades ilegais provoca queda nas receitas arrecadadas do governo, o que gera perdas orçamentárias e reduz a possibilidade de financiamento de gastos produtivos; reduz a eficácia dos recursos distribuídos pelo setor público; ocorre a alocação ineficiente dos recursos, uma vez que os ativos financeiros são desperdiçados em atividades caçadoras de renda e improdutivas; gera ineficiência na administração pública, pois os contratos licitados ganhos por empresas corruptoras podem comprometer a qualidade dos serviços e da infraestrutura pública. A má qualidade aumenta tanto a probabilidade de refazer o serviço, como a frequência da manutenção, reduzindo a produtividade total da economia; distorce a composição dos gastos públicos, pois o governo pode favorecer projetos onde a lucratividade gerada pela corrupção seja maior. Como consequência, ocorre deformação das políticas sociais e de desenvolvimento.⁸

Esse cenário de defasagem, lapidado pela corrupção, agride os destinatários dos serviços públicos então precarizados. Destinatários esses que, muitas vezes, a depender da natureza do serviço público, vão a sua busca por já se encontrarem em situação de vulnerabilidade.

⁷ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72.

⁸ FIESP. Relatório Corrupção: Custos Econômicos e Propostas de Combate, mar. 2010. p. 15-16. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

Se o desvio dos recursos impede a sua devida implementação nas políticas públicas às quais teriam sido destinados, é patente a constatação de que a corrupção funciona como verdadeiro entrave ao desenvolvimento social⁹.

Nessa perspectiva, é possível notar que há um cenário social delineado pelo desvio dos recursos públicos. Não obstante a percepção, em uma primeira análise, de que a corrupção viola a saúde, a educação, ou qualquer outro direito fundamental em si mesmo, observa-se, em segunda análise, que a mesma corrupção que desvia os recursos destinados ao atendimento das necessidades sociais é, por consequência lógica, a causa da consolidação de um cenário social carente, mais propenso, inclusive, ao aumento da criminalidade.

Como os atos de corrupção normalmente não ensejam o surgimento de direitos amparados pelo sistema jurídico, já que escusos, a solução dos conflitos de interesses verificados nessa seara normalmente redundam na prática de infrações penais, o que estimula o aumento da própria criminalidade. A corrupção, assim, gera um elevado custo social, sendo os seus malefícios sensivelmente superiores aos benefícios individuais que venha a gerar.¹⁰

Ademais, para além dos efeitos já expendidos, a corrupção eleva o grau de desconfiança do povo em relação às instituições estatais, uma vez que a democracia e a legitimidade do poder já se encontram também comprometidas por ela¹¹.

Não obstante a explícita hediondez da conduta ímproba, quanto aos seus reflexos sociais, e muito embora existente a previsão normativa de um sancionamento cível-político-administrativo – nos termos da Lei nº 8.429/1992,

⁹ ROSA, Márcio Fernando Elias. Corrupção como entrave ao desenvolvimento. *Revista Bonijuris*, Curitiba/PR, ano XVI, n. 484, p. 5-12. Disponível em: <http://www.mpro.mp.br/documents/29174/119287/Corrupcao_Como_entrave_ao_desenvolvimento.pdf/68ef8689-64e8-42a2-add7-4c776dae0534;sessionid=59B5FFC3D303199429978698EA85A697.node01?version=1.0>. Acesso em: 30 abr. 2018.

¹⁰ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72.

¹¹ ROSA, Márcio Fernando Elias. Corrupção como entrave ao desenvolvimento. *Revista Bonijuris*, Curitiba/PR, ano XVI, n. 484, p. 5-12, p. 9. Disponível em: <http://www.mpro.mp.br/documents/29174/119287/Corrupcao_Como_entrave_ao_desenvolvimento.pdf/68ef8689-64e8-42a2-add7-4c776dae0534;jsessionid=59B5FFC3D303199429978698EA85A697.node01?version=1.0>. Acesso em: 30 abr. 2018.

potencialmente capaz de reaver o prejuízo causado aos cofres públicos, suspender os direitos políticos e segregar o agente da função pública anteriormente exercida retirando do seu alcance qualquer possibilidade de exercer controle sobre a coisa pública –, surgiram críticas, por parte da doutrina e do Poder Legislativo, concernentes à possível ineficácia dessa lei. As referidas críticas serão apreciadas em momento oportuno; contudo, insta ressaltar previamente que todas atacaram precisamente as disposições prescricionais da norma.

Por ora, cabe explicar os aspectos correlatos aos elementos básicos que compõem o sistema prescricional da Lei nº 8.429/1992. A prescrição na seara da improbidade administrativa regula-se por um conjunto de hipóteses em que cada situação é dotada de um momento próprio para o início de sua contagem, ensejando, portanto, resultados prescricionais diversos. Essa estrutura normativa disciplinadora da prescrição é erigida pelo art. 23 da Lei¹².

Consta do dispositivo legal que o sistema prescricional da improbidade operar-se-á sobre a possibilidade de levar a efeito as sanções previstas na Lei nº 8.429/1992. É dizer que, alcançado o prazo prescricional, o agente ímprobo se verá livre da possibilidade de sofrer praticamente todas as reprimendas ali estipuladas. É imperiosa a ressalva no sentido de que esse sistema jamais poderá se aplicar sobre a sanção de ressarcimento ao Erário.

2 DA IMPRESCRITIBILIDADE DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

Nas situações em que o ato de improbidade gerar dano ao Erário, sobre a sanção de ressarcimento não poderão surtir os efeitos da prescrição estipulada no art. 23 da Lei nº 8.429/1992. A referida imprescritibilidade é cláusula que encontra respaldo constitucional, sendo, conseqüentemente, adotada pela corrente majoritária da doutrina e da jurisprudência.

O art. 37, § 5º, da CRFB/1988 é o dispositivo fulcral de que decorre a hipótese de imprescritibilidade.

Acerca disso, Emerson Garcia afirma:

¹² “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; III – até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.”

[...] é voz corrente que o art. 37, § 5º, da Constituição dispõe sobre o caráter imprescritível das pretensões a serem ajuizadas em face de qualquer agente, servidor ou não, visando ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário. À lei compete estabelecer os prazos de prescrição para os ilícitos praticados “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Há, portanto, uma evidente dicotomia de tratamento em relação à *punição* e à *recomposição*. Como consequência, tem-se que somente as demais sanções previstas nos feixes do art. 12 da Lei de Improbidade serão atingidas pela prescrição, não o ressarcimento do dano (material ou moral), o qual poderá ser a qualquer tempo perseguido.¹³

O autor explica que a inadmissibilidade da prescrição, nessa circunstância, se respalda na natureza pública do patrimônio apropriado pelo agente, notadamente por se tratar de direito difuso, para o qual toda a coletividade está legitimada a tutelar. Sugere conferir ao art. 23 da Lei 8.429/1992 a interpretação conforme a constituição¹⁴.

Rechazando a argumentação da doutrina minoritária no sentido de que a imprescritibilidade só seria admissível se o texto constitucional houvesse se utilizado expressamente do termo “imprescritível”, Emerson Garcia aduz que tal interpretação seria apego excessivo a formalismos, prática ultrapassada até para autores contemporâneos¹⁵.

Waldo Fazzio Júnior, por sua vez, pondera:

Parece claro que a Constituição Federal não deseja que o prazo prescricional atinente às ações de ressarcimento de danos oriundos de atos ilícitos praticados por agentes públicos seja o mesmo pertinente aos demais ilícitos administrativos. Fosse esta a intenção do constituinte, bastaria não impor qualquer ressalva. No entanto, ressalva. Também parece certo que não

¹³ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 746-747.

¹⁴ *Ibidem*, p. 749.

¹⁵ *Ibidem*, p. 747.

pretende seja o prazo prescricional estabelecido no Código Civil, para aqueles casos em que a lei não fixa o prazo menor. Da mesma forma que remete os demais casos às leis administrativas, poderia enviar a matéria à regulamentação geral do diploma civil. No entanto, não o faz. Ainda parece lógico que, se almejasse a fixação de qualquer outro prazo, poderia fazê-lo, ao invés de, exclusivamente consignar a ressalva. Não parece adequado interpretar o texto do art. 37, § 5º, de outra forma, como não sendo essa a *mens legis*: a imprescritibilidade das ações de reparação de danos.¹⁶

Conforme o autor, ao excepcionar a imprescritibilidade do ressarcimento de danos causados ao patrimônio público econômico, a segurança jurídica da sociedade foi homenageada pelo constituinte¹⁷.

José dos Santos Carvalho Filho, no mesmo sentido, diz:

[...] 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. Apesar da dicção constitucional, há interpretação no sentido da imprescritibilidade da pretensão, sob o argumento de supressão do direito de defesa relativamente ao autor do dano, eis que teria ele que guardar documentação probatória por tempo além do razoável. Com a vênua devida, não abonamos essa linha de pensamento. Se o agente lesou o erário, que espelha a face patrimonial da sociedade, é justamente a ele que

¹⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 478.

¹⁷ *Ibidem*, p. 480.

devem ser atribuídos os ônus probatórios, inclusive a guarda indefinida dos respectivos elementos. Não fosse assim, e estaria esvaziado o princípio constitucional da proteção ao patrimônio público.¹⁸

Excetuado o ressarcimento ao Erário, única reprimenda imprescritível por exigência constitucional, todas as demais sanções submeter-se-ão à disciplina do art. 23 da Lei nº 8.429/1992.

3 HIPÓTESES PRESCRICIONAIS DO ARTIGO 23 DA LEI Nº 8.429/1992

A fim de nortear a compreensão do dispositivo legal, é importante destacar que a situação prescricional se dará em razão da natureza do vínculo político-administrativo do agente público¹⁹.

A disciplina do lapso prescricional irá se alternar de acordo com o vínculo, temporário ou não temporário, do agente com o Poder Público, sendo que, para fins dessa análise, temporariedade é a qualificação dos vínculos de natureza mais tênue, sejam eles de duração predeterminada ou passíveis de dissolução a qualquer tempo, *ad nutum* do agente responsável pela admissão²⁰.

O art. 23, I, da Lei nº 8.429/1992 trata dos vínculos de natureza temporária, dispondo da seguinte forma:

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.

Enquanto os agentes não se encontrarem efetivamente desvinculados do Poder Público, ter-se-á a prescrição em estado latente, dependendo apenas da dissolução do vínculo para que se inicie a sua contagem. Nos casos de vínculo temporário, a prescrição correrá da sua cessação. A ideia de fluência do prazo após o término do vínculo relaciona-se à perda da influência que o agente poderia exercer por ocasião da investigação dos fatos²¹.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1123.

¹⁹ FAZZIO JÚNIOR, , Waldo. Op. cit., p. 472.

²⁰ ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 749.

²¹ Idem, *ibidem*.

Em consonância a esse entendimento, Silvio Antonio Marques observa:

Na primeira hipótese (inciso I), o legislador provavelmente considerou o fato de que o agente público que exerce função política e se encontra no poder tem possibilidades de manipular servidores, cooptar fornecedores de bens e serviços, esconder provas, pressionar testemunhas ou praticar outros atos que representem empecilhos à investigação. Como anota George Sarmiento, o inciso I do art. 23 adotou essa sistemática a fim de evitar que o servidor investigado possa interferir na livre apuração dos atos de improbidade.²²

Emana do mesmo fundamento a constatação de José dos Santos Carvalho Filho, no sentido de que “a *ratio* do dispositivo foi exatamente a de evitar que, valendo-se do poder que ostenta, pudesse o mandatário influir na decisão de propor a ação de improbidade ou nas provas que devem ampará-la”²³.

Matheus Carvalho pontua que a “*intentio legis* é evitar que o agente se valha da própria torpeza e evite a sanção de improbidade administrativa enquanto ainda está no exercício da função, ensejando sua prescrição”²⁴.

Em razão dessa finalidade da lei, comunga a doutrina majoritária no sentido de que, em casos nos quais o mandatário é reeleito para períodos sucessivos, o prazo de prescrição não está vinculado ao fim do mandato dentro do qual o agente tenha necessariamente perpetrado a improbidade, mas ao fim do último mandato por ele exercido.

Tomando por base o referido entendimento, ao analisar a hipótese de pluralidade de réus mandatários ou exercentes de cargo ou função de confiança, José dos Santos Carvalho Filho afirma que, com fundamento no princípio da efetividade punitiva para a improbidade administrativa, a contagem do prazo prescricional deve iniciar-se na data do desligamento do último dos réus,

²² MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 229-230.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1124.

²⁴ CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 976.

objetivando evitar a impunidade daqueles que, de pressa, intentaram fugir de suas responsabilidades²⁵.

No que concerne ao art. 23, II, Lei nº 8.429/1992, esse regula a prescrição quanto aos vínculos de natureza não temporária. Dele defluem diversas variantes porque o dispositivo se aproveita dos prazos fixados em outras normas, e, dessa forma, desincumbe-se de regular um prazo prescricional uniforme, aplicável a todo e qualquer servidor ou empregado da Administração Pública.

O dispositivo prevê:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

[...]

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.

Não se tratando de vínculo temporário, o lapso prescricional será idêntico àquele previsto em lei específica para os casos de demissão a bem do serviço público, conforme expressa disposição do art. 23, II. A lei específica aqui referida normalmente será aquela que institui o regime jurídico da categoria a que pertença o ímprobo, mas nada impede haja previsão diversa em legislação esparsa. Inexistindo referência em relação à demissão a bem do serviço público, deve ser aplicado o lapso prescricional relativo à demissão em geral [...]. Muitas vezes ocorrerá que o regime jurídico dos servidores públicos, ao disciplinar o lapso prescricional para apuração de determinadas irregularidades, disponha que, quando as faltas constituírem, também, crime ou contravenção, a prescrição será regulada pela lei penal. A correta compreensão de dispositivos como esse pressupõe a análise de independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, cada qual

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 1125.

dotada de regramento e sistemas próprios [...] sendo de todo incabível a tese de que, tendo sido o agente julgado no âmbito penal, a prescrição na esfera cível, a exemplo do que ocorre naquela seara, haverá de ser regida pela pena em concreto.²⁶

Aos servidores públicos civis da União, nesse caso, a prescrição aplicável é a regulamentada pelo art. 142 da Lei nº 8.112/1990, de 5(cinco) anos e cuja contagem se inicia a partir da data da ciência do ilícito²⁷.

Entretanto, como lei federal que é, as disposições nela referidas aplicam-se tão somente aos servidores públicos civis da União. No que concerne aos servidores públicos militares da União, bem como aos servidores públicos civis e militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estes terão seus regulamentos próprios, que disciplinarão os prazos prescricionais e eventualmente as suas respectivas formas de contagem.

Daí a ampla variedade de hipóteses prescricionais concernentes à improbidade administrativa perpetrada pelos agentes abarcados pelo art. 23, II, da Lei nº 8.429/1992. Sem contar a já mencionada circunstância em que os estatutos dos servidores, por sua vez, declinam-se da estipulação do prazo prescricional ao redirecionarem tal fixação ao Código Penal, se a infração funcional é também infração penal.

Ademais, diante do amplo conceito de agente público adotado pela Lei nº 8.429/1992, não é raro deparar-se com a questão do lapso prescricional incidente sobre a pretensão passível de ser deduzida em face do empregado ímprobo de uma pessoa jurídica de direito privado, nos casos em que esta receba recursos do Erário, apesar de não integrar administração indireta²⁸.

²⁶ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 752-753.

²⁷ “Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão; III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência. § 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido. § 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime. § 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente. § 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.”

²⁸ ALVES, Rogério Pacheco. *Op. cit.*, p. 755.

Para tais circunstâncias, Emerson Garcia, ao cogitar hipóteses de solução, de pronto, afasta a imprescritibilidade, justificando que ela destoa dos princípios jurídicos e difunde a insegurança nas relações sociais, representando prêmio à desídia dos legitimados à propositura da ação. No que concerne à prescrição decenal, fundada no art. 205 do Código Civil (CC/2002), estipulada para casos genéricos em que a lei própria não previu prazo prescricional, o autor explica que também não seria aplicável porque conduziria à incongruência de dispensar tratamento mais severo a este agente do que àqueles que possuem vínculo direto com o Poder Público, não sendo razoável. Com relação à aplicação da hipótese prescricional do art. 23, I, da Lei nº 8.429/1992, argui a inexistência de qualquer vínculo de natureza temporária com o Poder Público, bem como a severidade dessa solução, já que para esse agente o termo *a quo* do lapso prescricional coincidiria com a cessação da relação de emprego, enquanto, em referência aos demais servidores, o prazo começaria a fluir a partir da prática do ilícito²⁹.

O autor sugere para a situação do empregado ímprobo de pessoa jurídica de direito privado, que não integre a Administração indireta, mas receba recursos públicos, uma interpretação analógica com base no art. 23, II, da Lei nº 8.429/1992, fundada na aplicação subsidiária do regime jurídico que incide sobre os servidores da pessoa jurídica de direito público que forneceu os recursos ao empregador do ímprobo.

Essa solução, no entanto ensejaria o surgimento de problemas complexos nos casos em que a empresa recebesse recursos de múltiplas origens e não fosse identificada a fonte daqueles que teriam sido apropriados pelo ímprobo. Problema similar seria identificado em relação aos consórcios públicos formados entre União, Estado e Município, cujas contratações devem ser realizadas pelo regime da CLT, nas hipóteses em que cada ente disponha de um regime jurídico próprio para os seus servidores. [...] entendemos ser mais consentâneo com um padrão mínimo de justiça a tentativa de enquadramento, na regra do art. 23, II, daqueles que mantêm um vínculo empregatício com o sujeito passivo do ato de impro-

²⁹ *Ibidem*, p. 756.

bidade, o que exigirá seja analogicamente aplicada a normatização que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores da correspondente administração direta [...] Esse entendimento é extensivo aos empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista normalmente regidos pelas leis trabalhistas, o mesmo ocorrendo em relação aos empregados de pessoas jurídicas de direito público que estejam em situação parecida (sujeitos às leis trabalhistas). Quanto aos consórcios públicos, deve-se optar pelo lapso prescricional mais amplo dentre aqueles previstos nos regimes jurídicos de cada consorciado [...].³⁰

O art. 23, III, por sua vez, é a última hipótese de prescrição disciplinada pela Lei nº 8.429/1992, e dispõe:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

[...]

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

Nessa situação foi abrangida a prescrição em relação à improbidade perpetrada sobre os recursos públicos destinados às entidades privadas que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como entidades privadas para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Vale a ressalva de que, nessa circunstância, o prazo prescricional ocorre, assim como no estatuto dos servidores públicos civis da União, em respeito à ciência do ilícito por parte da Administração Pública. No caso específico do art. 23, III, da Lei nº 8.429/1992, mesmo que a lei não estipule explicitamente que a prescrição contar-se-á a partir da ciência do ilícito, incontroverso é que se contará da data em que foi oportunizada essa ciência, o que se extrai da redação

³⁰ Ibidem, p. 756-757.

do inciso que pronuncia o prazo de cinco anos “da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final”.

Por fim, há ainda a figura do terceiro, o *extraneus*, que induziu, concorreu ou se beneficiou da prática do ato de improbidade administrativa. Quanto a esse sujeito ativo do ato de improbidade, a lei não cuidou de estipular prazo prescricional.

O terceiro somente responderá por ato de improbidade se na relação figurar um agente público, não podendo ser alcançado se agir isoladamente. Por consequência, todos os desdobramentos de contagem de prazo tomarão por base o agente da Administração Pública³¹.

A qualidade de agente público, portanto, opera dois efeitos, quais sejam, permitir a subsunção do ato à tipologia legal, bem como disciplinar a sua perquirição em relação a todos os envolvidos em sua prática. Exatamente por isso não há que se falar em prescrição decenal, fundada no art. 205 do Código Civil, ao *extraneus*, pois dessa forma seria imposto tratamento mais severo àquele que assume a posição secundária na prática do ato ímprobo, beneficiando, consequentemente, o agente público que ocupa ponto nuclear da norma de combate à improbidade³².

Ao terceiro, assim, haverão de ser aplicados os mesmos lapsos prescricionais relativos ao ímprobo. Identificado o envolvimento, *verbi gratia*, de dois agentes públicos, sendo um com vínculo temporário e o outro não, deverá ser empregado o lapso prescricional mais amplo, já que o *extraneus* compactuara com o ilícito praticado por ambos.³³

4 PROBLEMÁTICA PRESCRICIONAL DA LEI N° 8.429/1992

Expostos os fundamentos que envolvem o sistema prescricional da improbidade administrativa, necessário se faz desenovelar, a partir daqui, o problema central de que cuida o presente artigo.

³¹ Ibidem, p. 759.

³² Ibidem, p. 759-760.

³³ Idem, ibidem.

A prescrição, como elemento fulminante da pretensão sancionatória do Estado em face do agente ímprobo, é o instituto que delimita o momento de atuação da Lei nº 8.429/1992.

O alcance do prazo prescricional é o marco jurígeno que consubstancia, pelo decurso do tempo, a segurança jurídica do agente ímprobo, determinando *erga omnes* que se faça cessar qualquer pretensão de puni-lo pelas mazelas sociais resultantes de seus atos.

É momento em que fenece toda a expectativa do interesse público de ver o agente ímprobo ser devidamente sancionado com a suspensão dos seus direitos políticos, a perda da função pública e a impossibilidade de contratar com o Poder Público, de forma a afastá-lo da interferência corrupta que exerça, ou possa exercer, sobre a coisa pública. Após a consolidação da prescrição restará tão somente o dever de ressarcimento.

A prescrição, portanto, é o divisor de águas entre a impunidade, respaldada pela segurança jurídica do agente, e os direitos fundamentais da coletividade, fundados na supremacia do interesse público, relativos à própria preservação dos direitos sociais que poderão continuar a ser violados pelo agente corrupto que permanecer nos quadros da Administração.

As críticas relativas ao sistema prescricional ora elegem a exiguidade dos prazos prescricionais como impasse à plena eficácia da norma, ora ressaltam como defeito desse sistema a ausência de padronização dos prazos.

No que concerne ao art. 23, II, aponta-se a violação à isonomia decorrente da distribuição da previsão prescricional pelos diversos estatutos de servidores, o que acaba por desencadear a possibilidade de injusto tratamento para a mesma conduta, uma vez que um ente da Administração pode dar à matéria um tratamento mais rigoroso do que outro ente, de forma que os subordinados ao estatuto de servidores daquele serão mais prejudicados que os subordinados ao estatuto de servidores deste, ainda que idêntica seja a conduta.

Nesse sentido, Silvio Antonio Marques enfrenta as disposições do art. 23, II, aduzindo que

o legislador não foi coerente, pois deixou para a lei específica federal, estadual, distrital ou municipal a definição do prazo prescricional. A falta de definição da Lei nº 8.429/1992 causa muitas distorções, porque os

agentes públicos que praticarem atos semelhantes no âmbito federal podem ser prejudicados ou beneficiados com o prazo prescricional, se considerada a legislação diversa de outro ente da Federação. Também pode haver distorções entre agentes públicos do Estado e dos Municípios, ou apenas entre aqueles Municípios diversos.³⁴

Há ainda a crítica no sentido de que haveria violação à isonomia pela possível diferenciação de tratamento entre os agentes dos incisos I e II, sobretudo porque não há qualquer fator de discrimen³⁵. Nesse viés, José Antonio Tassi assevera que “há uma discrepância entre os dois incisos ao estabelecer prazos diferenciados para a punição dos agentes públicos, o que pode permitir a existência de prazos prescricionais distintos”³⁶.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias asseveram que o duplo tratamento conferido à prescrição em sede de improbidade administrativa – se ocupante de cargo comissionado ou se efetivo – fere o princípio da isonomia. Verdadeiramente, não há motivo autorizador do discrimen³⁷.

Há, ainda, o enfrentamento da questão concernente ao prazo prescricional disposto no art. 23, I, ser extremamente exíguo: “Cabe destacar que os prazos prescricionais inseridos nessa lei são ínfimos se comparados aos crimes praticados contra a Administração Pública, que se encontram inseridos no Código Penal brasileiro, ainda que tais institutos não se confundam em relação aos crimes praticados”³⁸.

A ponderação da referida crítica é no sentido de que, por mais que as instâncias sejam independentes, a seara penal, no que tange aos crimes contra

³⁴ MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 230.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

³⁶ TASSI, José Antonio. Lei de Improbidade Administrativa: estudo sobre o prazo prescricional. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília/DF, a. 10, n. 36, Edição Especial, p. 101-134, 2011, p. 103. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7910/06%20Jose%20Antonio%20Tassi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 576.

³⁸ TASSI, José Antonio. Op. cit.

a Administração Pública, trouxe prazos prescricionais dentro dos quais ocorreriam apuração e persecução de forma muito mais razoável e adequada à complexidade dos fatos, diferentemente da esfera cível.

Ainda que a conduta seja a mesma, bem como idênticos sejam os bens jurídicos ofendidos pelo ato ímprobo, esse desencadeia efeitos em searas distintas, que abrigam, independentemente, suas respectivas sanções. Por serem exatamente iguais a conduta, os bens jurídicos ofendidos e a complexidade de investigação e apuração, José Antonio Tassi afirma que

a Lei de Improbidade tratou atos tão graves, lesivos ao erário, com prazos exíguos em relação aos prazos penais que são bem mais elásticos [...]. Como exemplo, no crime de concussão tem-se o prazo prescricional estabelecido em doze anos e o crime de corrupção passiva possui prescricional de dezesseis anos. [...] é injustificável um tratamento prescricional na Lei de Improbidade tão díspar em relação ao Direito Penal, em que pese haver incomunicabilidade das instâncias. [...] No que se refere à edição da Lei de Improbidade ser considerada um grande avanço ao combate da improbidade administrativa, ela trouxe um prazo muito exíguo. [...] muitas vezes insuficiente para apurar as irregularidades cometidas, principalmente em se tratando de exercício de mandato eletivo, em que a complexidade da apuração leva muito tempo, prescrevendo os atos de improbidade administrativa.³⁹

Silvio Antonio Marques ratifica o entendimento que milita no sentido da insuficiência dos prazos prescricionais da improbidade ao explicar que determinados atos de natureza mais complexa acabam sendo alcançados pela prescrição, em virtude da ausência de formação de uma ciência inequívoca da ocorrência do ilícito, ante a densidade das apurações, que, às vezes, dependem de auxílio de órgãos internacionais. Nesse sentido, opina quanto às disposições do art. 23, I:

O prazo de prescrição de cinco anos, contados após o término do exercício do mandato, cargo em comissão ou

³⁹ Idem.

de função de confiança, mostra-se razoável e adequado aos desideratos do texto constitucional (art. 37, § 4º). Contudo, nem sempre é possível investigar os fatos nesse prazo, especialmente se os fatos são descobertos após alguns anos da saída do agente e há notícia de remessa de valores para o exterior, pois alguns países demoram muito tempo para cumprir a carta rogatória ou o pedido de auxílio direto, no âmbito da cooperação jurídica internacional.⁴⁰

Waldo Fazzio Júnior, neste mesmo viés, explica que determinados atos ímprobos se operam por manobras muito bem engendradas, que envolvem uma série de agentes no encobrimento da ilicitude, são os casos das vantagens indiretas ou mediatas. Nessas circunstâncias existe grande probabilidade de a Administração Pública sequer tomar ciência da ocorrência do ilícito.

Em que pese tal dificuldade, quando a ciência chega à Administração, a comprovação inequívoca da ocorrência de esquemas tão bem articulados é de tal nível de complexidade que o escoamento do prazo prescricional acaba ocorrendo antes do fim das investigações. O percurso porque passa a manobra ímproba, de difícil descoberta e comprovação, é explicado pelo autor:

[...] às vezes, a recompensa pelo ato de improbidade foge ao padrão. Não se materializa em contraprestação direta e imediata, mas posterior. O agente público se abastece de vantagem oblíqua, advinda de outrem que alveja pagá-lo pelo ilícito que antes praticou; é forma de gratificá-lo pelo desvirtuamento de suas funções. O intuito do autor, no sentido de se eximir de possível punição, sugere a percepção efetiva da vantagem, mediamente, quando não integra mais os quadros administrativos. Então, o efetivo aumento patrimonial não é contemporâneo à prática do ato de improbidade, dado que o ato ímprobo ocorre no presente, mas a paga ocorre no futuro, quando o agente público já se tornou um *extraneus*. Pode, também, a tradição da vantagem

⁴⁰ MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 230.

provir, não do benefício do ato ímprobo, mas da intervenção de outrem, pessoa física ou jurídica. Nessa hipótese, o agente público enceta ato de improbidade para favorecer fulano, mas a recompensa lhe é proporcionada por sicrano. Em outra situação, ainda, a vantagem é proporcionada a outrem, que não o agente público, mas por sua indicação. O agente público funciona como um contato. Comete ato de improbidade, mas endereça a vantagem a que “faz jus” a outrem. Admita-se que, em decorrência dessa heterogeneidade de variantes e cruzamentos de interesses, não é fácil demonstrar, no caso concreto, a percepção de vantagem patrimonial indireta nem mediata. É justamente graças a essa dificuldade que se tornou indesejável clichê a impunidade do servidor desonesto e do terceiro que com ele se acumplicia. A elucidação segura, não mera suspicácia, de conexões disfarçadas por manobras triangulares e pelo descompasso temporal entre o ilícito e sua retribuição, demanda profundas investigações. A consequente demora, às vezes, cede ao decurso de prazos prescricivos ou, em outras situações, não logra alcançar a certeza necessária e suficiente, para o ajuizamento positivo de persecução judicial.⁴¹

Em suma, pelo que se constata das pontuações expostas, o sistema prescricional erigido pela Lei nº 8.429/1992 abriga um problema. Existe uma ineficácia normativa quando se está diante de casos mais elaborados de improbidade. A norma não é capaz de operar, em todas as circunstâncias, o efeito para o qual foi criada, qual seja, o sancionamento civil e político-administrativo ao agente corrupto.

Verifica-se que, pela sofisticação da conduta ilícita empregada em determinados casos, acabam se operando os efeitos do alcance do lapso prescricional sem sequer ter havido ciência tempestiva do ilícito, por parte dos órgãos competentes para a persecução e o sancionamento. Consequentemente,

⁴¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 149-150.

a norma se reduz a um instrumento que o agente ímprobo mais perspicaz manipula em seu favor, violando totalmente os fundamentos que a embasaram.

Se essa ineficácia prática da lei existe e origina-se de uma inadequação das disposições prescricionais à realidade – no que toca à complexidade das investigações e apurações dos ilícitos, culminando em uma prescrição equivocadamente consolidada –, devem ser irremediavelmente operadas mudanças a fim de reavivar o potencial combativo da norma.

Nessa toada, Waldo Fazzio Júnior reconhece que a lei de improbidade representou avanço, mas assevera a necessidade de constante aprimoramento dos sistemas de repressão aos atos ímprobos⁴².

Ao sopesar prós e contras relativos à eficácia da Lei nº 8.429/1992, Emerson Garcia aduz a ausência de uma plena efetividade jurídica do referido diploma normativo⁴³.

5 INICIATIVAS CONCERNENTES À MODIFICAÇÃO DO SISTEMA PRESCRICIONAL DA LEI Nº 8.429/1992

O incômodo concernente à eficácia da lei, fundamentalmente alicerçado na temática prescricional, não se restringiu à esfera da doutrina jurídica, chegou ao Poder Legislativo e tornou-se projeto de lei.

Tramitou na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2511/2003, que se encontra arquivado, o qual propunha o aumento do prazo do inciso I do art. 23 para oito anos, sob a seguinte justificativa:

A presente iniciativa visa exclusivamente ampliar o prazo prescricional da propositura da ação de improbidade administrativa. É certo que o art. 37, § 5º, da Constituição Federal prevê que a lei disporá sobre os prazos prescricionais para ilícitos praticados por agente público, sendo certo também que a Lei nº 8.429/1992 fixou no art. 23, I, o prazo de cinco anos para a propositura da ação competente; Ocorre, entretanto que o prazo de cinco anos previsto na lei, tem se mostrado exíguo para a apuração e competente

⁴² *Ibidem*, p. 13.

⁴³ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Op. cit.*, p. 310.

oferecimento da ação penal pelos órgãos do Ministério Público em todo o país, que muitas vezes esbarrando em dificuldades operacionais, ou sobretudo em dificuldades investigativas provocadas muitas pelo administrador ímprobo, vê-se perecer inúmeras ações de improbidade por quaisquer das hipóteses previstas na lei em comento.⁴⁴

Não obstante o equívoco existente no corpo da justificativa desse projeto de lei – concernente ao ramo jurídico que abriga a matéria improbidade administrativa e, conseqüentemente, disciplina a natureza da ação manejada –, depreende-se dali o incômodo que envolve a dificuldade de a Administração Pública tomar ciência do cometimento do ilícito.

Na mesma casa legislativa tramita o Projeto de Lei nº 7.571/2010⁴⁵, que se encontra aguardando parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). O referido projeto teve origem como Projeto de Lei do Senado nº 537, de 2003, e altera o art. 23 da Lei nº 8.429/1992 para estabelecer o prazo prescricional de 10 anos a contar da data do ato de improbidade.

Ademais, na proposta apresentada pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA)⁴⁶ é delineada nova disciplina processual da Lei de Improbidade Administrativa, constando nele o intuito de ampliação do prazo prescricional.

O art. 35, do texto final do anteprojeto elaborado pela ENCCLA, disciplina novos prazos prescricionais⁴⁷.

⁴⁴ Projeto de Lei nº 2.511/2003 da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=143210>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁴⁵ Projeto de Lei nº 7.571/2010 da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=482393>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁴⁶ “Em 2003, o Ministério da Justiça (atualmente, Ministério da Justiça e Segurança Pública) decidiu ser o ponto de partida para a articulação ao combate sistemático à lavagem de dinheiro e, por consequência, para a desestruturação da criminalidade organizada, criando assim, a Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). A inclusão posterior do enfrentamento à corrupção como um dos eixos temáticos conferiu à Estratégia a completude necessária para que ela se firmasse como uma ferramenta indispensável de fortalecimento do sistema de justiça brasileiro.” (ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/quem-somos/historico>>. Acesso em: 30 abr. 2017)

⁴⁷ “Capítulo VIII – Da Prescrição. Art. 35. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas: I – até quinze anos após o término do exercício de cargo em comissão, de função de confiança ou de mandato, contando-se o prazo nesta última hipótese, do término do último

Vê-se, portanto, um empenho daqueles que propõem a modificação legislativa, no intuito de ampliação do prazo prescricional. Intenta-se a dilatação do lapso temporal entre o seu fim, estipulado em lei, e o início de seu escoamento, qual seja, a data em que se perpetrou o ilícito ou o fim do vínculo temporário com a Administração Pública.

Não obstante, há outro caminho para superar a problemática.

6 DA PRESCRIÇÃO E DA TEORIA DA *ACTIO NATA*

Emerson Garcia ensina que a prescrição atua como um fator punitivo, aplicável à inércia de um interessado, pela negligência no exercício do seu direito⁴⁸. É instrumento sancionador àquele que, sendo detentor da pretensão, não a exerce por desinteresse.

[...] a prescrição é fator imprescindível à harmonia das relações sociais, atuando como elemento impeditivo do avanço de uma instabilidade generalizada. Partindo-se da premissa de que uma pretensão lícita visa à recomposição da ordem jurídica lesada por uma ação ou omissão antecedente, tem-se que todo aquele que contribui para a permanência de uma situação de desequilíbrio, não adotando as medidas necessárias à sua eliminação, deixa de cooperar para estabilização da ordem pública. [...] Por tais motivos e tendo por objeto estabilizar as relações jurídicas incertas, evitando que controvérsias sejam perpetuadas, terminou-se por fixar lapsos temporais dentro dos quais haveriam de ser exercidas determinadas pretensões. A prescrição, assim, fará com que a inércia e o decurso do lapso legal impeçam que o interessado venha a exercer seu

mandato sucessivo do agente processado, em caso de reeleição ou recondução; II - até quinze anos a contar da prática do ato nos casos de exercício de cargo efetivo, emprego ou função pública; III - até quinze anos a contar da prática do ato para os que não sejam agentes públicos, mas que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indiretamente. Parágrafo único. É vedada a vinculação e aplicação de prazos de prescrição estabelecidos em outras legislações para os prazos previstos no *caput* deste artigo. Art. 36. Interrompe a prescrição a instauração de procedimentos administrativos tendentes a apurar os fatos previstos nesta lei, por parte do gestor ou de órgão de controle interno ou externo, de natureza disciplinar ou não, até o final do julgamento." (ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Op. cit., p. 1149-1150)

⁴⁸ Ibidem, p. 746.

direito, atuando como fator punitivo da negligência e assegurador da estabilidade nas relações sociais.⁴⁹

Carlos Roberto Gonçalves especifica os seguintes requisitos da prescrição: a) a violação do direito com o nascimento da pretensão; b) a inércia do titular; c) o decurso do tempo fixado em lei. E acrescenta:

Câmara Leal vai buscar na doutrina romana, na pureza cristalina de sua profunda filosofia jurídica, os fundamentos da prescrição: o interesse público, a estabilização do direito e o castigo à negligência; representando o primeiro o motivo inspirador da prescrição; o segundo, a sua finalidade objetiva; o terceiro, o meio repressivo de sua realização. Causa, fim e meio, trilogia fundamental de toda instituição, devem constituir o fundamento da prescrição.⁵⁰

Importante observar que, conforme o entendimento de Câmara Leal, o castigo à negligência é o meio pelo qual se chega ao fim a estabilização do direito, fundado na causa interesse público. Sem que tenha havido negligência para manuseio do direito, impossível a configuração da prescrição, posto que é a negligência o meio pelo qual se consubstancia o instituto.

César Fiúza explica que “haverá prescrição quando se der a perda do direito de ação pela inércia do seu titular, que deixa expirar o prazo fixado em lei, sem exercê-lo”⁵¹.

Gisela Sampaio da Cruz e Carla Wainer Chalhó Lgow, por sua vez, dizem que, para configurar a prescrição, será necessário observar dois elementos essenciais: o tempo e a inércia do titular do direito⁵².

Conforme as autoras,

é preciso levar em conta, no trabalho hermenêutico, a razão de ser da prescrição, de modo que o resultado da

⁴⁹ Idem, *ibidem*.

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012. p. 513.

⁵¹ FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 265.

⁵² CRUZ, Gisela Sampaio da; LGOW, Carla Wainer Chalhó. Prescrição extintiva: questões controversas. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, v. III, 2012. p. 563-587, p. 564. Disponível em: <http://bmalaw.com.br/arquivos/Artigos/11-09-prescricao-extintiva_questoes-controversas-dialogos-III.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

interpretação não desvirtue a sua *ratio*. Assim, por um lado, não se deve penalizar o credor não inerte e, por outro, deve-se garantir a segurança jurídica, inerente ao instituto.⁵³

Neste contexto, tem-se o art. 189 do Código Civil, que disciplina: “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”.

Entretanto, como explicam as autoras, por mais que pareça que o legislador pretendeu definir como termo inicial da contagem do prazo prescricional o momento da violação do direito, não é propriamente essa a solução da questão.

A situação foi esclarecida na Primeira Jornada de Direito Civil, promovida em 2002 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, a qual estabeleceu que o prazo prescricional começasse com o surgimento da pretensão, que, por sua vez, decorre da exigibilidade do direito subjetivo⁵⁴.

Nesse sentido, Vilson Rodrigues Alves assevera:

O que marca o termo inicial do curso do prazo de prescrição é a exigibilidade do conteúdo do direito – que pode ser, ou não, pela *actio nata* – como se estatui no direito italiano e, com mais ampla expressão, no direito grego, e não a violação do direito a ela subjacente. Por isso mesmo, pode coincidir com a violação a esse direito, ou não.⁵⁵

Gisela Sampaio da Cruz e Carla Wainer Chalhó explicam ainda que casos há em que a pretensão surge posteriormente à violação, e, nessas situações, seria irrazoável utilizar a data da violação ao direito como marco inicial da contagem da prescrição. Isto porque, quando a

⁵³ Idem, *ibidem*.

⁵⁴ “14 – Art. 189: 1) o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer.” (I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>>. Acesso em: 10 ago. 2017)

⁵⁵ ALVES, Vilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência no novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Servanda, 2006. p. 88-89.

pretensão surge em momento posterior à violação, a lesão não pode sofrer resistência no momento de sua perpetração, e assim não pode começar a correr o prazo prescricional.⁵⁶

Em sede jurisprudencial, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.321.967/RS, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a teoria da *actio nata*⁵⁷.

O que será necessário determinar em muitos casos é o momento no qual o titular da pretensão teve conhecimento da violação ao direito, pois até então não havia possibilidade de exercer a pretensão⁵⁸. Dessa forma pode-se concluir que

parece mais razoável admitir que o prazo prescricional só começa a correr quando é exigível a pretensão do prejudicado. A primeira vista, o intérprete poderia ser conduzido à errônea impressão de que, no ordenamento jurídico brasileiro, o prazo prescricional tem início com a violação do direito. É que, como visto, a redação do art. 189 do Código Civil induz a essa leitura. O elemento fundamental, contudo, para o cômputo do prazo prescricional deve ser a possibilidade de que o direito seja exercido, e não a sua violação pura e simples. E nem poderia ser diferente, afinal, como visto na introdução, um dos fundamentos da prescrição é justamente a inércia do titular do direito, ausente em casos em que a prestação ainda não pode ser exercida, ou quando sequer é conhecida.⁵⁹

⁵⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da; LGOW, Carla Wainer Chalhó. Op. cit.

⁵⁷ Calha a lição de Câmara Leal em seu clássico *Da prescrição e da decadência*: 'Não nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação'. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular *cum contra desides homines, et sui juris contentores, odiosae exceptiones oppositae sunt*, não se compreende a prescrição sem a negligência, e a esta, certamente, não se dá quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação [...]'' (STJ, Ag 1321967, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 03.12.2010). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17596812/ag-1321967?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁵⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da; LGOW, Carla Wainer Chalhó. Prescrição extintiva: questões controversas. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, v. III, 2012. p. 563-587, p. 581. Disponível em: <http://bmalaw.com.br/arquivos/Artigos/11-09-prescricao-extintiva_questoes-controversas-dialogos-III.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

⁵⁹ Idem, ibidem.

Tendo sido compreendida a questão concernente à impossibilidade de se admitir uma prescrição que flua sem ciência do ilícito por parte do titular do direito, passa-se à análise da sugestão de interpretação da Lei nº 8.429/1992.

7 CIÊNCIA DO ILÍCITO COMO MARCO INICIAL PARA A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL

Leonardo Dumke Busatto defende a necessidade de aplicação da teoria da *actio nata* aos atos de improbidade administrativa, sugerindo que a prescrição para os atos ímprobos deve seguir a regra do art. 189 do Código Civil. Segundo este autor,

de acordo com a lição de José Carlos Barbosa Moreira, a fonte inspiradora do art. 189 do Código Civil foi o § 194, I, do Código Civil alemão (BGB), que dispõe: “O direito de exigir de outrem um fazer ou um não fazer (pretensão) se sujeita à prescrição”. Nesse dispositivo, encontra-se a consagração da teoria da *actio nata*, segunda a qual o surgimento da pretensão – e, portanto, o início da fluência do prazo prescricional – não se dá necessariamente no momento em que ocorre a lesão ao direito, mas sim quando o titular do respectivo direito violado toma conhecimento do fato e da extensão de suas consequências. Trata-se de teoria que encontra respaldo em boa parte da doutrina nacional e aceitação também pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, justamente por conferir ao art. 189 do Código Civil interpretação convergente à finalidade do instituto da prescrição.⁶⁰

O autor firma seu raciocínio no sentido de que não se pode admitir o início do curso da prescrição sem que haja o conhecimento inequívoco da prática dos atos ilícitos que caracterizariam enriquecimento ilícito, dano ao Erário e/ou

⁶⁰ BUSATTO, Leonardo Dumke. O conhecimento da prática do ilícito como marco para a contagem do prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/LeonardoBusatto_O_conhecimento_da_pratica_do_ilicito.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

violação a princípios norteadores da Administração Pública, mesmo que tenha ocorrido em épocas passadas⁶¹.

O intuito da prescrição não se funda na exigência desarrazoada de que, às pressas, o sujeito descubra a violação ao seu direito, para que, dentro de um prazo estipulado por lei, tome ciência da referida lesão e exerça com urgência o direito a que faz jus.

Em verdade, o instituto da prescrição tem como intuito a demarcação de um prazo, fundado na segurança jurídica e que só deve começar a fluir a partir do nascimento de uma pretensão, ou seja, do momento no qual o indivíduo, cujo direito tenha sido violado, toma ciência da referida violação. Em seguida, o titular do direito poderá demandar em juízo sua pretensão, sob pena de perder a possibilidade de fazê-lo, em virtude da estabilização das relações.

Não fosse assim, estaria elevando a má-fé, o silêncio doloso destinado ao encobrimento de um ilícito, ao patamar de conduta recompensável. É imperioso salientar que a prescrição não é um troféu ao agente ímprobo que conseguiu alcançá-la, mas uma limitação de agir ao legitimado desidioso que, tendo ciência da perpetração do ilícito, quedou-se inerte, sem impulsionar a devida persecução.

Entendimento em sentido contrário permitiria que os agentes ímprobos pudessem simplesmente acobertar a prática de suas ilegalidades e, assim, beneficiar-se de sua própria torpeza com o decurso do tempo, o que não se pode admitir, sobretudo porque a prescrição consagra a segurança jurídica em face da inércia, e esta última somente pode restar caracterizada a partir do momento em que os fatos se tornam conhecidos para aquele que teve o direito violado e pode exercer o direito de ação.⁶²

Leonardo Dumke Busatto ainda aduz que, exatamente pelo motivo de a lei ter encerrado em seu rol de legitimados ativos o Ministério Público e a pessoa jurídica lesada, não resta alternativa senão a que aponta no sentido de que a ciência inequívoca do ilícito deve se dar tão somente por um desses dois

⁶¹ Idem.

⁶² Idem.

legitimados, para que se considere o início do escoamento do prazo prescricional; do contrário, não pode haver início de sua contagem⁶³.

Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho, na mesma vertente, defende:

A efetividade das disposições da Lei nº 8.429/1992, nesse aspecto, torna necessária uma interpretação “racional” e “razoável” do inciso I do art. 23. Isso é essencial para um melhor aprimoramento dos instrumentos de combate à improbidade administrativa, que só acontecerá com uma modificação do critério para contagem do termo inicial do prazo prescricional para os casos disciplinados no mencionado inciso I do art. 23 da Lei nº 8.429/1992. Nossa proposta é fazer tal contagem a partir do momento em que o ato de improbidade administrativa se torna conhecido, estendendo a disciplina do inciso II do mencionado art. 23 aos agentes que hoje têm sua situação jurídica disciplinada pelo inciso I do mesmo artigo. Como já afirmamos acima, a prescrição pressupõe a inércia do titular do direito e só essa situação pode legitimar e justificar o reconhecimento dos efeitos jurídicos do instituto da prescrição. Quem não é inerte não pode sofrer as consequências da prescrição. A mesma observação deve ser feita para os casos em que a Administração desconhece a existência do ato de improbidade praticado por seus agentes. Na verdade, a natureza da prescrição importa na ideia de se estabelecer uma “reprimenda à desídia dos legitimados à propositura da ação” (Garcia, 2006, p. 518). Essa desídia não existe quando o designado legitimado não tem nem pode ter o necessário conhecimento dos fatos envolvidos no ato de improbidade administrativa e ante tal fato não tem condições concretas de adotar providências para coibir

⁶³ Idem.

a prática do ato de improbidade ou de buscar reparação e sanção para os mesmos atos.⁶⁴

É acompanhando esse entendimento que o presente trabalho percebe a necessidade de releitura do sistema prescricional da improbidade administrativa. A efetividade da norma acaba por ser maculada pela forma como a prescrição torna-se incapaz de combater os esquemas de corrupção mais refinados.

Emerson Garcia, fazendo uma análise de efetividade normativa, aponta que

o combate à corrupção está diretamente entrelaçado à perspectiva de efetividade das sanções cominadas. A prática de atos de corrupção, dentre outros fatores, sofre um sensível estímulo nas hipóteses em que seja perceptível ao corrupto que reduzidas são as chances de que sua esfera jurídica venha a ser atingida em razão dos ilícitos que perpetrou. [...] O temor que reduzirá o ímpeto do agente para a prática do ilícito surge a partir da constatação de que uma sanção será inevitavelmente aplicada. Ao revés, não obstante a cominação legal, havendo a certeza de que a sanção não se efetivará, o temor se transmuda em estímulo, em muito enfraquecendo os freios inibitórios do agente.⁶⁵

É importante observar que, em não se procedendo a uma releitura do sistema prescricional com base na teoria da *actio nata*, permanecerão sendo privilegiados os agentes ímprobos tratados pelo art. 23, I.

No caso do inciso I do art. 23 da Lei nº 8.429/1992, como redigido, a norma faz com que a contagem do prazo prescricional dependa de um fator pouco objetivo para os fins e interesses que a própria lei protege e torna frequente o reconhecimento da prescrição nos casos

⁶⁴ HENRIQUES FILHO, Tarcício Humberto Parreiras. Início do prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa (crítica ao inciso I do art. 23 da Lei nº 8.429/1992). In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (Coord.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 284-311, p. 306. Disponível em: <<https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/questoes-praticas-sobre-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 1º mai. 2017.

⁶⁵ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Op. cit., p. 68-69.

concretos. Tal fato impede a adequada coibição dos atos de improbidade administrativa praticados pelos agentes públicos que podem causar mais danos aos interesses públicos: os agentes políticos e os servidores graduados da Administração que exercem cargos em comissão ou em função de confiança. Para esses servidores, assim, a regra é a criação de uma situação que leva à impunidade.⁶⁶

Por mais que se sustente que a contagem do prazo prescricional a partir do fim do mandato visa aproveitar momento a partir do qual cessará a influência que poderia ser exercida pelo agente ímprobo na apuração dos fatos⁶⁷, ou cessarão as possibilidades de o corrupto manipular servidores, cooptar fornecedores de bens e serviços, esconder provas, pressionar testemunhas ou praticar outros atos que representem empecilhos à investigação⁶⁸, essa esperança de que com o fim do mandato ocorrerá quebra de vínculo, entre o mandatário e a Administração Pública, acaba por não ser sempre satisfeita.

Em que pese essas expectativas de que o fim do vínculo encerrará a influência do agente, é importante ter em vista a observação que Emerson Garcia faz: “Não raro os desvios comportamentais dos gestores do patrimônio público, especificamente daqueles que ascenderam ao poder via mandato eletivo, são meros desdobramentos de alianças que precederam a própria investidura do agente”⁶⁹.

Figuram no inciso I do art. 23 os detentores de cargos eletivos do alto escalão de poder, envolvidos por laços políticos, desde a sua vinculação aos partidos que os elegeram. O poder político desses agentes nem sempre se opera exclusivamente quando no exercício da função pública, pois advém das suas origens políticas, dos apoios político-partidários que obtiveram com o tempo e da força política que detêm em virtude das relações interpessoais construídas com aqueles que os conduziram ao poder.

⁶⁶ HENRIQUES FILHO, Tarcício Humberto Parreiras. Op. cit.

⁶⁷ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Op. cit., p. 54.

⁶⁸ MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶⁹ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Op. cit., p. 54.

Depreende-se daí a probabilidade de que a influência política de um agente mandatário – sobre a Administração Pública ou sobre o seu quadro de pessoal – não se dissolva pelo simples término do seu governo.

Por certo, ninguém ignora que o resultado de um procedimento eletivo não se encontra unicamente vinculado às características intrínsecas dos candidatos vitoriosos. O êxito nas eleições, acima de tudo, é reflexo do poder econômico, permitindo o planejamento de uma estratégia adequada de campanha, com a probabilidade de que seja alcançada maior parcela do eleitorado. Esta receita, por sua vez, é originária de financiamentos, diretos ou indiretos de natureza pública ou privada. O dinheiro público é injetado em atividades político-partidárias com a utilização dos expedientes de liberação de verbas orçamentárias, de celebração de convênios às vésperas do pleito etc., fazendo que o administrador favorecido aufera maior popularidade, que reverterá para si, caso seja candidato à reeleição, ou para a legenda partidária a que pertença, alcançando os candidatos por ele apoiados. Tratando-se de financiamento privado, a imoralidade assume perspectivas ainda maiores. Estas receitas, em regra de origem duvidosa, não consubstanciam mero ato de benevolência ou um abnegado ato de exteriorização de consciência política. Pelo contrário, podem ser concebidas como a prestação devida por um dos sujeitos de uma relação contratual de natureza sinalagmática, cabendo ao outro, tão logo seja eleito, cumprir a sua parte na avença, que normalmente consistirá na contratação de pessoas indicadas pelos colaboradores para o preenchimento de cargos em comissão, na previsão de dotações orçamentárias ou na liberação de verbas destinadas a projetos de interesse dos financiadores [...].⁷⁰

⁷⁰ Ibidem, p. 54-55.

Daí concluir-se que, em alguns casos, a influência do ex-mandatário sobre a coisa pública não se dissolve *in totum* pelo fim do mandato, porque seus conhecidos, companheiros partidários, ou mesmo terceiros vinculados por favores, estarão propositadamente ocupando funções públicas. Por conseguinte, esse conglomerado de interesses privados escusos, articulados dentro do Poder Público, obstará as descobertas dos ilícitos.

A prática nacional, com efeito, exige uma mudança na interpretação desse dispositivo e torna essencial, até para a necessária aplicação dos demais dispositivos da lei, vincular o termo *a quo* do prazo de prescrição a outra condição objetiva, que pode ser, por exemplo, como defendemos, o momento de conhecimento do ato ímprobo pela própria Administração. Este seria um marco mais lógico e racional para estabelecimento do início do prazo prescricional. Considerando os interesses tutelados pela Lei nº 8.429/1992, e na linha do que defendia Nelson Hungria, fatos que “criam uma situação antijurídica” deveriam ser tratados como exceção.⁷¹

A fim de demonstração de um sistema prescricional eficiente aos desideratos do controle de corrupção, vale invocar o art. 25 da Lei nº 12.846/2013, a Lei de Responsabilização de Pessoas Jurídicas⁷².

Emerson Garcia comenta, acerca do dispositivo supratranscrito: “Como se percebe, o novo diploma normativo foi sensível à realidade, isso em razão da conhecida dificuldade em ter-se conhecimento de ilícitos praticados às escondidas, o que desaconselha que o termo *a quo* do prazo prescricional seja a sua prática”⁷³.

Veja-se que não é necessária a estipulação de prazos prescricionais tão extensos quando a estrutura do sistema é dotada de razoabilidade. Pode se

⁷¹ HENRIQUES FILHO, Tarcício Humberto Parreiras. Op. cit.

⁷² “Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Parágrafo único. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.”

⁷³ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Op. cit., p. 297.

conferir eficácia a uma norma de combate à corrupção com iniciativas simples: o prazo prescricional ter a sua contagem iniciada com a ciência inequívoca do ilícito e a interrupção desse prazo prescricional quando da instauração de processo administrativo ou judicial que tenha por objetivo apurar a infração⁷⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destoa dos fundamentos do instituto da prescrição a sua consolidação despida de inércia ou negligência do titular do direito. Não há como se cogitar o fluxo de um prazo prescricional sem que o detentor do direito, no caso a Administração Pública, tenha ciência da sua violação. Não há como se falar em negligência ou inércia quando sequer houve possibilidade de a Administração se defender da violação ao seu direito, posto que ausente a própria ciência dessa violação.

É inegável a ocorrência de um privilégio prescricional aos sujeitos ocupantes do inciso I do art. 23 da Lei nº 8.429/1992, posto que ali se firma um marco inicial de contagem do prazo de prescrição destoante da lógica jurídica e que difere de qualquer outro dispositivo integrante da estrutura normativa de controle de corrupção.

No cenário da Lei nº 12.846/2013, o prazo não só começa a contar da ciência do ilícito, como é interrompido quando se instaura processo administrativo ou judicial para a respectiva apuração. Dentro do próprio âmbito do art. 23, seu inciso III traz redação que oportuniza à Administração Pública a ciência inequívoca do ilícito, e, ainda no contexto do art. 23, em seu inciso II, quanto aos servidores públicos civis e empregados do Poder Público Federal, a regra é a contagem do prazo a partir da ciência do ilícito, sendo que a instauração da sindicância ou do processo disciplinar interrompem a prescrição, na forma do art. 142 da Lei nº 8.112/1990.

⁷⁴ O Projeto de Lei nº 1.446, de 1991 (primeiro contorno normativo do que hoje é a Lei nº 8.429/1992) originou-se na Câmara dos Deputados e, conforme o trâmite legislativo, foi remetido à casa revisora, o Senado Federal. Após a elaboração do Substitutivo por esta casa, retornou à Câmara dos Deputados, contendo, em seu art. 28, a seguinte redação: “Art. 28. As ações tendo por objeto a aplicação das penalidades previstas nesta Lei prescrevem: I - em vinte anos, quando se tratar de sanção patrimonial; II - em dez anos, nos demais casos. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, a prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido” (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 547.) Entretanto, antes de o projeto ser submetido à sanção presidencial, a referida sugestão do Substitutivo foi ignorada pela casa iniciadora, tendo sido sancionada a lei com as disposições prescricionais até hoje vigentes.

Como se constatou, não é correto inferir que a influência dos agentes públicos mandatários sobre a coisa pública se exaure ao fim do mandato. É possível cogitar a hipótese de uma estrutura de pessoal infiltrada na Administração, por meio de cargos de confiança ou mancomunações ilícitas, que atue para ocultar delitos outrora perpetrados pelo agente ímprobo a quem deva favores.

A consolidação da segurança jurídica do agente corrupto, fundada no escoamento do lapso prescricional, nesses casos, não defluiria de inércia ou negligência da Administração Pública. Muito pelo contrário, seria consequência minuciosamente moldada, garantida pelo silêncio daqueles que, cientes das ilicitudes, atuaram contra o interesse público no intento de mantê-las encobertas, o que subverte toda a estrutura do Estado Democrático de Direito.

A prescrição em casos assim é claramente despida de juridicidade, posto que revestida da má-fé daqueles que por meios escusos encobriram os ilícitos perpetrados para constituir uma ilegítima prescrição.

Justamente em face da constatação de tais abusos a doutrina vem apontando que o único elemento hábil a poder desencadear o curso da prescrição deve ser a ciência do ilícito por parte da Administração Pública, titular do direito de demandar o agente ímprobo.

Questão mais sensível e que fundamenta essa releitura do prazo prescricional é o significado prático da prescrição da improbidade para a sociedade. É grande o risco de prejuízo para o patrimônio público ante a consolidação dessa prescrição despida de juridicidade.

Prescrita a possibilidade de sancionamento do agente ímprobo, restará inviabilizada qualquer forma legítima de afastá-lo da administração que exerça sobre a coisa pública. A corrupção opera efeitos devastadores ao interesse público, pois funciona como entrave à concretização das políticas de efetivação dos direitos sociais, drena a verba pública que deveria ser destinada à saúde, à educação e aos outros serviços públicos, criando um cenário social de vulnerabilidade e carência.

O maior risco de não se extirpar dos quadros da Administração Pública os agentes ímprobos é a possibilidade de manutenção da degradação dos recursos públicos, em virtude de novos atos de corrupção, agravando em muito as mazelas decorrentes da escassez desses recursos ou da sua incorreta administração.

Buscando atribuir maior eficácia à Lei nº 8.429/1992, a alternativa apontada pela doutrina é a releitura do sistema prescricional da improbidade administrativa com base na teoria da *actio nata*, a fim de tornar mais palpável a devida aplicação das sanções, com a conseguinte proteção do interesse público.

Se a persecução ao agente ímprobo começa a fluir a partir da ciência do ilícito pela Administração Pública, privilegia-se o interesse público no sentido de vedar a possibilidade de esse agente se beneficiar dos esforços que tenha eventualmente promovido para guardar sigilo acerca das irregularidades por ele perpetradas.

Diante disso, restará intacta a possibilidade de afastá-lo da Administração Pública, independentemente de já terem escoado os cinco anos após o fim do mandato, uma vez que ainda estará sujeito à suspensão dos seus direitos políticos e à perda da função pública que eventualmente exerça, afastando-se, conseqüentemente, o risco de dilapidação contínua do patrimônio público por parte desse mesmo agente, pois agora contar-se-ão os cinco anos da ciência do ilícito.

Caso prescrita a possibilidade de ajuizar a ação de improbidade na hipótese em que o prazo é contado do fim do mandato, o agente continuaria a gozar do cargo público que detém, bem como conservaria seus direitos políticos, podendo eleger-se a qualquer outro cargo que pretendesse, representando um risco contínuo à moralidade administrativa e ao patrimônio público enquanto permanecesse na Administração.

Nessa última hipótese, só restaria a possibilidade de reclamar dele o dano ao Erário, única sanção imprescritível, que não previne a Administração Pública de eventual reiteração daquele agente na improbidade administrativa, porque não garante que ele seja vedado de exercer função pública por um prazo minimamente razoável, ainda que evidentemente ímprobo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência no novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Servanda, 2006.

AVELINO FILHO, George; BIDERMAN, Ciro. A doença da corrupção: o desvio de fundos e a saúde pública nos municípios brasileiros. *Anuário de Pesquisa 2013-2014 FGV-*

EAESP. Disponível em: <http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/anuarios/anuario_2014cr_01.pdf>. Acesso em: 30 set. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2511/2003, de 18 de novembro de 2003. Altera o inciso I do art. 23 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que 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. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=143210>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.571/2010, de 1º de julho de 2010. Altera o art. 23 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para estabelecer prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado da data do ato de improbidade administrativa, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=482393>>. Acesso em: 30 set. 2017.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 29 jul. 2017.

_____. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 30 ago. 2017.

_____. Escola Superior do Ministério Público da União. A imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao Erário. Elaboração: André de Carvalho Ramos (Coord.), Allan Versiani de Paula et al. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Disponível em: <<https://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/imprescritibilidade-ebook.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 set. 2017.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BUSATTO, Leonardo Dumke. O conhecimento da prática do ilícito como marco para a contagem do prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/LeonardoBusatto_O_conhecimento_da_pratica_do_ilicito.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2017.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CRUZ, Gisela Sampaio da; LGOW, Carla Wainer Chalhéo. Prescrição extintiva: questões controversas. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, v. III, 2012. p. 563-587. Disponível em: <http://bmalaw.com.br/arquivos/Artigos/11-09-prescricao-extintiva_questoes-controversas-dialogos-III.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIESP. Relatório Corrupção: Custos Econômicos e Propostas de Combate, mar. 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

FIGUEIREDO, Marcelo. Comentário ao artigo 37, § 4º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 894-902.

FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 10. ed. Niterói: Impetus, v. IV, 2014.

HENRIQUES FILHO, Tarcício Humberto Parreiras. Início do prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa (crítica ao inciso I do artigo 23 da Lei nº 8.429/1992). In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (Coord.). *Questões práticas sobre improbidade*

administrativa. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 284-311. Disponível em: <<https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/questoes-praticas-sobre-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 1º out. 2017.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva 2015.

MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PLATES, José Rubens. Direito fundamental ao governo honesto. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília/DF, a. 10, n. 36, Edição Especial, p. 79-100, 2011. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-36-edicao-especial-2011/direito-fundamental-ao-governo-honesto>>. Acesso em: 2 out. 2017.

PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto. Improbidade administrativa e dano moral coletivo. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 8, n. 30/31, p. 191-233, jan./dez. 2009. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-30-e-n.-31-janeiro-dezembro-de-2009/improbidade-administrativa-e-dano-moral-coletivo>>. Acesso em: 29 set. 2016.

ROSA, Márcio Fernando Elias. Corrupção como entrave ao desenvolvimento. *Revista Bonijuris*, Curitiba/PR, ano XVI, n. 484, p. 5-12. Disponível em: <http://www.mpro.mp.br/documents/29174/119287/Corrupcao_Como_entrave_ao_desenvolvimento.pdf/68ef8689-64e8-42a2-add7-4c776dae0534;jsessionid=59B5FFC3D303199429978698EA85A697.node01?version=1.0>. Acesso em: 30 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TASSI, José Antonio. Lei de Improbidade Administrativa: estudo sobre o prazo prescricional. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília/DF, a. 10, n. 36, Edição Especial, p. 101-134, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7910/06%20Jose%20Antonio%20Tassi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

Submissão em: 09.01.2018

Avaliado em: 18.06.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 21.06.2018 (Avaliador B)

Aceito em: 02.07.2018