

Koehler e Flumignan: Regime de prescrição na nova LIA

09/02/2022

A nova LIA estabeleceu um novo regime de prescrição para a improbidade. Apesar de o tratamento legislativo não ser suficientemente claro, por dar a primeira impressão de que haveria apenas uma modalidade de prescrição com diversos marcos interruptivos, houve, de fato, a previsão de duas modalidades: a principal e a intercorrente.



Associado a isso, existe também o debate trazido pelo

Ministério Público Federal. O órgão tem sustentado que as regras relativas à prescrição teriam eficácia prospectiva — e não retroativa — por apresentarem natureza mista, de Direito material e de Direito processual, e acrescenta ainda que as regras relativas à prescrição intercorrente seriam inconstitucionais [1].

A inconstitucionalidade decorreria de supostamente não ter sido observada a proporcionalidade, e nem mesmo o princípio da duração razoável do processo. Esse segundo argumento é o mais interessante por se embasar em dado estatístico do Conselho Nacional de Justiça de que um processo de improbidade demoraria pouco mais de cinco anos em média, sendo que a prescrição intercorrente teria um prazo de quatro anos [2].

Contudo, nenhum dos argumentos merece prosperar em sua totalidade. Para se chegar a essa conclusão, é preciso realizar a análise das duas modalidades em separado.

A prescrição principal não é novidade. Ela é aquela que decorre da visão tradicional do Código Civil de que violado o direito surge a pretensão, que será extinta pela prescrição [3]. No caso concreto, a pretensão seria a de apuração da penalidade. Trata-se de um instituto de nítida natureza jurídica de Direito material que buscará a apuração sancionatória de verificação de enquadramento da conduta. Ela terá como termo inicial a ocorrência do fato ou a cessação da permanência, para as condutas de caráter permanente.

O Ministério Público afirma que a prescrição não deve retroagir por ter caráter misto. No entanto, o fundamento correto parece ser diverso. A nova LIA aumentou o prazo prescricional de cinco para oito anos. Como a Lei de Improbidade integra o microssistema de Direito Sancionador e o prazo anterior à Lei nº 14.230/2021 era de cinco anos, mais benéfico, não haverá retroação pela atual lei ter agravado a situação do réu.

Assim, a conclusão pela aplicação prospectiva parece ser correta, mas por fundamento distinto.

A grande novidade da nova legislação sobre o tema foi a instauração da prescrição intercorrente. No curso do procedimento de apuração da conduta ímproba, será possível o reconhecimento da prescrição pela inércia no deslinde da apuração a partir de marcos interruptivos preestabelecidos pelo legislador.

Foram estabelecidos os seguintes marcos interruptivos:

- Ajuizamento da demanda de improbidade administrativa;
- Sentença condenatória;
- Publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência do pedido;
- Publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência;

A única interrupção que leva em conta um ato da parte é o ajuizamento da inicial. Esse será o termo inicial da prescrição intercorrente. Todas as demais hipóteses de interrupção partem da conclusão do julgador pela condenação. Na forma estabelecida, a decisão absolutória não teria o condão de interromper o prazo prescricional.

Trata-se de modalidade autônoma porque ocorrerá não pela violação do direito na forma tradicional prevista pelo artigo 189 do CC, mas pelo retardamento na prestação jurisdicional, o que não pode ser atribuído à parte.

Embora a prescrição intercorrente também extinga a pretensão, não há nova violação do direito e novo exercício de pretensão. Trata-se de uma modalidade de prescrição que afeta o exercício da exigibilidade por causa externa e posterior ao ajuizamento da demanda.

O caráter de instituto de natureza mista (processual e material) é ainda mais evidente, mas, nesse caso, existe preponderância de sua matriz processual. Em virtude de a causa da prescrição ser, exclusivamente, uma atuação processual independente, de certa forma, do agir dos titulares da relação jurídica de Direito material, basta que haja o decurso do tempo no curso do processo.

A tese da prescrição intercorrente não foi enfrentada pelo legislador originário do Código Civil de 1916, e nem mesmo pelo legislador originário do Código Civil de 2002. Ela não decorre da violação de nenhum direito subjetivo material. O retardamento no processamento gera a sua ocorrência sem que seja necessária a violação de nenhum direito. Logo, não tem natureza

material, mas, sim, essencialmente processual.

Dessa forma, não é aplicável à prescrição intercorrente a regra da retroatividade, mas, sim, o disposto no artigo 14 do CPC, que estabelece a irretroatividade da norma de Direito processual [4].

O argumento de inconstitucionalidade do Ministério Público não se sustenta. A afirmação genérica de que haveria desproporcionalidade não foi desenvolvido, o que impede até mesmo a sua refutação. Argumentou-se ainda que haveria violação à duração razoável do processo pela duração média do processo de improbidade ser pouco mais de cinco anos e a prescrição intercorrente ter o prazo de quatro anos.

Esse argumento, a despeito de sua originalidade, também não merece prevalecer. A duração média de pouco mais de cinco anos era contada do momento em que se ajuizava a inicial da improbidade até o trânsito em julgado. Além disso, no procedimento anterior da LIA, havia uma fase prévia de contraditório para o recebimento da inicial que foi extinta com a Lei nº 14.230/2021.

Como se vê, o argumento não levou em conta que existem diversos marcos interruptivos possíveis para a prescrição intercorrente, desde a sentença condenatória no primeiro grau até a decisão condenatória pelo Supremo Tribunal Federal.

Logo, a correlação entre a duração média de um processo de improbidade apenas corrobora que não houve desproporcionalidade no prazo estabelecido.

O debate poderia ocorrer sob o prisma da inconstitucionalidade de apenas a decisão condenatória interromper o prazo da prescrição intercorrente. Esse, sim, seria um argumento a ser debatido, mas que não tem sido abordado, quer pela doutrina, quer pelo Ministério Público.

Em conclusão, a Lei nº 14.230/2021 estabeleceu duas espécies de prescrição, ambas com eficácia prospectiva, mas por fundamentos distintos, sem que haja inconstitucionalidade aparente.

[1] Nota Técnica nº 1/2021, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, da Procuradoria Geral da República, itens 209 e seguintes.

[2] Nota Técnica nº 1/2021, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, da Procuradoria Geral da República, itens 209 e seguintes. "223. O prazo de prescrição intercorrente, de apenas quatro anos, previsto no novo artigo 23, §5º da LIA, inserido pela Lei nº 14.230/2021, para a realização de toda a instrução processual/probatória e o exame de mérito, com condenação, nas ações por ato de improbidade administrativa, contraria drasticamente o princípio da proporcionalidade e do devido processo legal substantivo, na dimensão de proibição de proteção insuficiente dos bens jurídicos (artigo 5º, inciso LIV, CF), e da duração razoável do processo, sob a perspectiva da necessidade de assegurar tempo razoável para a resposta estatal em demandas dessa



natureza (artigo 5º, LXXVIII, CF), vez que o Conselho Nacional de Justiça — CNJ, através de seu Departamento de Pesquisas Judiciárias — DPJ, em 2015, na Série Justiça Pesquisa, concluiu que, em média, foi observado que o tempo entre a data do ajuizamento do processo e a data do trânsito em julgado, em ações de improbidade administrativa que constavam da base de dados até dezembro de 2013 foi de 1.855,83 dias (61,86 meses ou 5,15 anos), revelando objetivamente os vícios de inconstitucionalidade material referidos".

[3] "Artigo 189 do CC/02 - 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".

[4] "Artigo 14 do CPC - A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada".

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-fev-09/koehler-flumignan-regime-prescricao-lei-improbidade/>