



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A DICOTOMIA RELACIONADA À (IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO PARA
RESSARCIMENTO AO ERÁRIO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Juliano Vitório Bernardo do Nascimento

Rio de Janeiro
2019

JULIANO VITÓRIO BERNARDO DO NASCIMENTO

A DICOTOMIA RELACIONADA À (IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO PARA
RESSARCIMENTO AO ERÁRIO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2019

A DICOTOMIA RELACIONADA À (IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO PARA RESSARCIMENTO AO ERÁRIO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Juliano Vitório Bernardo do Nascimento

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – a imprescritibilidade da ação para ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa atua como um instrumento de combate à corrupção no sistema. Com o passar do tempo, o entendimento pretoriano consolidou-se no sentido de adotar uma interpretação sistemática do comando constitucional, no que diz respeito à perpetuação da recomposição do erário, por meio da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado. Dessarte, o escopo da presente pesquisa é compactuar o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, acerca da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, com a Carta Magna e, por conseguinte, demonstrar seu alinhamento com o princípio da segurança jurídica e sua restrição à determinados atos do agente ímprobo.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Improbidade Administrativa. Prescrição. Erário.

Sumário – Introdução. 1. A controversa hermenêutica adotada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à tese prescricional da ação de ressarcimento ao erário, sob uma perspectiva sistêmica. 2. A imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado e o possível vilipêndio à segurança jurídica enquanto axioma do ordenamento pátrio. 3. É extensível a imprescritibilidade a qualquer ato antijurídico ou está restrita às situações de ato doloso que cause dano ao erário? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pesquisa científica em epígrafe aborda a constitucionalidade da interpretação dada, pelo entendimento pretoriano, acerca da imprescritibilidade da ação de ressarcimento por dano ao erário causado por ato de improbidade administrativa. Com isso, procura-se demonstrar que, empiricamente, a prescritibilidade não produz o melhor resultado para a sociedade, visto a morosidade do processo administrativo e penal para a apuração dos fatos, sopesando o impacto de tal perspectiva no ordenamento jurídico pátrio.

Por esse motivo, há a delimitação de posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema com o escopo de debater se a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, por ato de improbidade administrativa, seria a solução indicada para tutelar um dos bens jurídicos basilares da Administração Pública, qual seja, a probidade administrativa.

O comando constitucional é cristalino ao estabelecer a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória como decorrência de prejuízos causados ao erário. Tal condição tem como pilar basilar a dificuldade de apurar e ajuizar as ações no prazo prescricional ordinário,

assim como o objetivo de recomposição do erário, o qual é subvencionado por todos os cidadãos. Contudo, há divergência em relação à interpretação dada ao dispositivo constitucional. Seria esse o correto sentido dado pelo constituinte originário? Existe, no que tange à imprescritibilidade, flagrante afronta ao princípio da razoabilidade e segurança jurídica?

O tema é controverso tanto na doutrina quanto na jurisprudência e, por conseguinte, demanda especial concentração em virtude do impacto que o instituto da imprescritibilidade terá nas ações de ressarcimento ao erário, já que a imprescritibilidade é um instituto merecedor de tutela constitucional.

Desse modo, para contextualizar melhor o tema, ao conceituar a expressão “corrupção”, há o entendimento de que se consubstancia no fato de um funcionário público atuar contrariamente aos padrões de normatividade do sistema com a intenção de favorecer interesses individuais em detrimento da coletividade, recebendo uma recompensa em troca. Então, se deve criar e reforçar os instrumentos de controle da máquina administrativa, abarcados por ampla transparência, com foco na prestação de contas e no controle social. Dentro desse cenário, a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, por ato de improbidade, abrange a proteção do patrimônio público e, sendo modalidade de interesse difuso, pode ser tutelado por qualquer pessoa e a qualquer momento. Assim, a imprescritibilidade se torna um mecanismo de combate à corrupção.

O primeiro capítulo do trabalho alude sobre a interpretação pretoriana dada ao dispositivo da Carta Magna, com o escopo de sustentar se de fato a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário é constitucional. Por conta disso, analisa-se os efeitos da prática de atos de improbidade administrativa, demonstrando que são violados não apenas as normas de serviço interno e o direito de um indivíduo determinado, e sim o dever geral de probidade e o direito de toda a sociedade à higidez da administração pública, consubstanciada no bem comum. Assim, pondera-se se seria um mecanismo de tutela do interesse público ou restrito ao interesse particular.

Dito isso, no segundo capítulo, procura-se esmiuçar a aplicação da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória estatal e a possibilidade de vilipendiar o princípio da segurança jurídica, sendo este um corolário do Estado Democrático de Direito.

No terceiro capítulo, há a reflexão sobre o fato de a imprescritibilidade ser extensível a qualquer ato antijurídico, direta ou indiretamente atingido, em prejuízo genérico ao erário ou se está restrita às situações de dano ao erário, causados por ato de improbidade.

O desenvolvimento da pesquisa será por meio do método hipotético-dedutivo, pois o pesquisador tem o intuito de estabelecer um conjunto de conjecturas hipotéticas, as quais confia serem favoráveis à observação do propósito da pesquisa, com a intenção de se servir de argumentos para comprová-las ou rejeitá-las.

Diante disso, o intento dessa pesquisa jurídica será necessariamente de natureza qualitativa, visto que o pesquisador pretende se utilizar de bibliografia referente ao tema em análise – apreciada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – com o intuito de se tornar o pilar basilar de sua tese.

1. A CONTROVERSA HERMENÊUTICA ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À TESE PRESCRICIONAL DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO, SOB UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA

O Direito Constitucional, sob um aspecto contemporâneo, é eivado de um viés pós-positivista, o qual as normas constitucionais são representadas por princípios e regras. Dito isso, os princípios constitucionais se tornam diretrizes para a consubstanciação de valores primordiais à sociedade¹ e, por conseguinte, ao sopesá-los com as regras, o grau de relevância é mais elevado².

Com isso, o princípio da moralidade administrativa, presente no artigo 37, caput, da Carta Magna³, é proveniente do subprincípio da probidade e, por isso, transmuda-se em uma espécie de dever funcional basilar que deve ser seguido pelos agente públicos. Assim, ao violar tal princípio, resulta-se em ato de improbidade administrativa⁴, o qual, ao ser reiterado, desemboca em um fenômeno de corrupção sistêmica no serviço público. Dessa forma, com o escopo de aperfeiçoar instrumentos para combater tal vício, o legislador constituinte originário formulou a possibilidade de se responsabilizar e aplicar graves sanções àqueles que cometerem atos de improbidade administrativa, conforme preleciona o artigo 37, §4º, da Constituição da República Federativa do Brasil⁵.

¹BARROSO apud CUNHA, Márcio Felipe Lacombeda. Ação de Improbidade Administrativa e a Imprescritibilidade da Pretensão de Ressarcimento ao Erário. *Revista virtual da AGU*, ano 98, p. 1-6, mar. 2010.

²DWORKIN apud ibidem.p. 1-6.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

⁴CUNHA,op. cit., p. 1-6.

⁵BRASIL,op. cit., nota 3.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do RE nº 852475/SP⁶, sob a relatoria do eminente Ministro Alexandre de Moraes, adentrou à controvérsia relativa à imprescritibilidade da ação de ressarcimento por dano ao erário, por ato de improbidade administrativa. O deslinde do litígio foi por meio de decisão, por maioria, pela verificação da ocorrência da imprescritibilidade das ações de ressarcimento por ato ímprobo, diante de uma interpretação sistemática, do parágrafo quinto, do art. 37 da CRFB⁷.

Segundo a tese pretoriana perdedora, capitaneada pelo relator, a imprescritibilidade é um instrumento processual excepcional, o qual deve estar expressamente previsto no texto constitucional. Com isso, ao se deparar com a literalidade da parte final do §5º do art. 37 da CRFB⁸, não há como inferir uma interpretação acerca da imprescritibilidade, seja por conta de da prática de atos ilícitos, seja por meio de atos de improbidade administrativa. Além disso, de acordo com esse raciocínio, o constituinte originário reservou, de modo explícito, o instituto da imprescritibilidade para crimes de racismo e ação de grupos armados que atentem contra a ordem democrática constitucional⁹.

Ainda em congruência com tal perspectiva, o §4º do art. 37¹⁰ da Carta Política é uma norma de eficácia limitada em que somente a Lei nº 8429/1992¹¹ pode lhe conferir eficácia e esta, ao regulamentá-la, expressamente estabelece prazos prescricionais para a propositura de ações referentes à prática de atos de improbidade. Dito isso, a tese do Ministro Alexandre de Moraes¹² é:

[...] a pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos e terceiros pela prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado pela Lei 8429/1992 prescreve juntamente com as demais sanções do art. 12, nos termos do art. 23, ambos da referida lei, sendo que, na hipótese em que a conduta também for tipificada como crime, os prazos prescricionais são os estabelecidos na lei penal.”

Em se tratando da tese vitoriosa, capitaneada pelo eminente Ministro Edson Fachin¹³, conquanto é aceito o fato da prescrição ser corolário estabilizador das relações sociais e que o instituto da imprescritibilidade deve estar expresso no corpo constitucional, como ocorre nos

⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 852475/SP*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>> Acesso em: 08 abr. 2019.

⁷BRASIL, op. cit., nota 3.

⁸Ibidem.

⁹BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 3.

¹¹BRASIL. *Lei nº 8429, de 02 de junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 852475/SP*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>> Acesso em: 08 abr. 2019.

¹³BRASIL, op. cit., nota 6.

artigos 5º, incisos XLII, XLIV e 183, §3º, todos da CRFB¹⁴, referentes respectivamente à racismo, ação de grupos armados e imprescritibilidade dos bens públicos, as similitudes se encerram nesses pontos específicos.

Então, ao se deparar com o artigo 37,§5º, da Lei Maior, com o seguinte texto¹⁵ “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, vislumbra-se que na parte final do artigo, por meio de uma interpretação sistemática e dogmática, o constituinte originário separou os prazos das ações de recomposição do erário dos demais¹⁶.

Dessarte, corroborando com tal entendimento, o conhecido constitucionalista José Afonso da Silva¹⁷(curso de direito positivo) assevera, com perspicácia ímpar:

[...]A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral do direito.(...) É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. (...)Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada. [...]

Do mesmo modo, esta é a linha de pensamento do audaz doutrinador José dos Santos Carvalho Filho¹⁸ ao prelecionar que“conquanto a imprescritibilidade seja objeto de intensas críticas(...), justifica-se sua adoção quando se trata de recompor o erário, relevante componente do patrimônio público e tesouro da própria sociedade[...]”.

A partir dessa mesma vertente se extrai o entendimento da sublime doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁹ ao aduzir que “são, contudo, imprescritíveis, as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme o estabelece o artigo 37, § 5º, da Constituição [...]”.

Todavia, se por ventura entendimento diverso fosse acolhido, consistiria em grave vilipêndio à Carta Magna e, por conta disso, resultaria em tentativa de mitigar o princípio da

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁵Ibidem.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁷SILVA, José Afonso da.*Curso de direito constitucional positivo*. 37.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 682-683.

¹⁸CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1243 – 1244.

¹⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1835.

moralidade administrativa concomitantemente com o da proteção à coisa pública²⁰, o qual é bem jurídico basilar do sistema republicano, crucial para o correto desenvolvimento da sociedade como um todo.

Ademais, diante do fenômeno da constitucionalização do direito de cunho privatista, não se pode mais permitir que se interprete a prescrição sob o viés patrimonial, e sim, no caso em epígrafe, como uma imputação de ofensa ao erário. Por meio dessa ótica, demonstra-se que são violados não apenas as normas de serviço interno e o direito de um indivíduo determinado, como também o dever geral de probidade e o direito de toda a sociedade à higidez da administração pública, consubstanciada no bem comum, sendo essa a interpretação dada pelo constituinte originário ao prever a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa.

Diante disso, ao conferir proteção constitucional ao patrimônio público diante de interesses escusos de cunho privatista, consagra-se, por meio do instituto da imprescritibilidade presente na Magna Carta, a guarda aos cofres públicos com independência e autonomia²¹.

A partir desse contexto, percebe-se que foi uma escolha do poder constituinte originário tanto a elevação da boa gestão administrativa à um nível constitucional, quanto o entendimento de que o patrimônio público deve ser protegido por todos, mesmo que se dê por meio de um extenso transcorrer temporal²². Desse modo, com a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário por ato de improbidade, os indivíduos não mais terão suas condutas ímprobadas respaldadas pelo instituto da prescrição. Por essa razão, se o agente é o causador da lesão ao erário, o qual reflete o lado patrimonial da coletividade, torna-se necessário a guarda de documentos que constituem seu direito de defesa, pois, se fosse de forma diferente, não haveria mais sentido resguardar o princípio da proteção ao erário²³.

Portanto, a tese vencedora do julgamento do RE nº 852475/SP²⁴ é: “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa[...]”.

²⁰BRASIL. Procuradoria Geral da República. *Parecer nº159215/2016*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>> Acesso em: 08 abr. 2019.

²¹BRASIL, op. cit., nota 20.

²²BRASIL, op. cit., nota 3.

²³CARVALHO FILHO, op. cit., p. 1243-1244.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 3.

2. A IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA DO ESTADO E O POSSÍVEL VILIPÊNDIO À SEGURANÇA JURÍDICA ENQUANTO AXIOMA DO ORDENAMENTO PÁTRIO

O Direito Administrativo brasileiro não é marcado pela codificação. Por conta disso, as funções de sistematizar e unificar as leis, exercidas pelos códigos em outras ramificações do Direito, são cabíveis por meio dos princípios. Com isso, são regras gerais que condensam valores fundamentais de um sistema²⁵.

Assim, segundo o próspero autor Robert Alexy²⁶, princípios são normas que direcionam a realização de algo, da melhor forma possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas existentes em determinado momento. Dessa forma, os princípios consubstanciam-se em mandamentos de otimização, os quais podem ser satisfeitos de diversas formas.

A partir disso, há um processo lógico de extração de ideias centrais, a partir de normas específicas, que corroboram para todo um complexo de regras. Assim sendo, os princípios teriam funções de informar e enformar, uma vez que armazenam e comunicam o valor essencial do núcleo da ordem jurídica e concedem forma à determinado ramo do Direito.

Desse modo, o princípio da segurança jurídica cumpre a especial missão de ser um dos sustentáculos do ordenamento jurídico. Por conta disso, Direito e segurança jurídica se imiscuem em razão do ser humano buscar, de forma constante, uma base sólida para se sentir seguro. Então, trata-se da própria natureza humana, de sua essência e, por conseguinte, não se pode dela escapar, de modo que há um reflexo na disciplina jurídica, já que o Direito deriva da conduta humana, tornando-se um projeto de implantação da segurança²⁷.

A referida sistemática confere à ordem jurídica a constituição de uma prévia rede de segurança para a conduta dos indivíduos e, por isso, possui o escopo de afastar, sempre que possível, qualquer forma de imprevisto ou surpresa que possa advir. Posto isto, partindo do pressuposto de que o Direito é um projeto com o intuito de ajustar os comportamentos humanos e condicionar determinadas pautas, deve-se informar aos sujeitos de direito, como condição prévia lógica, quais condutas são socialmente aceitas ou afastadas. Dessa maneira, forma-se o conceito de segurança, que se encontra de forma implícita em qualquer norma jurídica.

²⁵MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 106.

²⁶ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 91.

²⁷VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 41.

Por conta de tal perspectiva, é natural que o princípio da segurança jurídica esteja sendo respeitado pelas esferas de atuação estatal, sendo preservado no limite do possível com o objetivo de impedir a desestabilização do quadro normativo e permitir a constante evolução da sociedade.

Perante o exposto, cumpre salientar que o princípio da segurança jurídica possui dois prismas, quais sejam, um sentido objetivo e outro subjetivo.

O aspecto subjetivo se consubstancia a partir da ótica do princípio da proteção da confiança legítima, sendo uma criação da jurisprudência alemã, no período da Segunda Guerra Mundial e tendo surgido como uma reação à atos e normas legais que surpreendiam de forma brusca seus respectivos destinatários. Com isso, percebeu-se a necessidade da exigência de uma atuação de lealdade e coerência do Estado com o objetivo de coibir atos administrativos incompatíveis. A partir disso, os cidadãos devem confiar que a Administração Pública adote comportamentos que preservem a paz social com o intuito de não ocorrer mudanças abruptas de postura²⁸.

Por outro lado, o sentido objetivo é pautado por um mecanismo que promove a estabilização da ordem jurídica para limitar a eficácia retroativa das leis e atos administrativos. Desse jeito, aplica-se à seara do direito intertemporal, sendo possível ser utilizado pelo particular ou pelo próprio Estado. Assim, a segurança jurídica atua como um mecanismo de autocorreção do Estado de Direito e, conseqüentemente, promove a proteção do próprio sistema em relação à conflitos e instabilidades que são gerados pelas normas presentes no ordenamento, tendo como exemplos os institutos da prescrição e decadência.²⁹

Com isso, o instituto da prescrição opera a favor da estabilidade das relações jurídicas por meio da eliminação do estado de potencial modificação que possa ocorrer sobre elas. Tal artifício busca impedir a inflação e instabilidade normativa, preservando a segurança jurídica como corolário basilar do Estado de Direito.

Tal entendimento é exposto pelo Ministro Dias Toffoli, em voto no julgamento do RE n° 669069/MG³⁰: “[...] a prescritibilidade das pretensões consiste em regra universal e foi adotada, no sistema jurídico brasileiro, como corolário dos princípios da segurança jurídica e da paz social, os quais estão entalhados na Carta da República”.

²⁸MAZZA, op. cit., p. 160.

²⁹Ibidem., p. 159-160.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE. n° 669069/MG*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4189164&numeroProcesso=669069&classeProcesso=RE&numeroTema=666>> Acesso em: 22 ago. 2019.

Diante dessa corrente, com a pretensão de assegurar a segurança das relações pessoais, o princípio da segurança jurídica atua como um instrumento normativo de proteção às relações interindividuais e entre os indivíduos e o Estado. Dito isso, estabelece-se um prazo para que o direito de ação seja exercido e, se for ultrapassado, acarreta a prescrição.

Isto posto, por ser um instituto jurídico que visa a proteção da previsibilidade das relações sociais, ao inexistir um prazo prescricional, há o vilipêndio do princípio da segurança jurídica. Seguindo essa mesma linha de raciocínio, o sábio autor Humberto Ávila³¹ reverbera:

Mesmo assim, pode-se verificar, em muitos estudos antigos, elementos direta ou indiretamente associados à segurança jurídica ou a um dos seus elementos parciais: no Direito Romano, o debate sobre o *iuscertum* sobre a *Pax Romanae* seus conceitos implicados de *pax, securitas e libertas*, embora não possam ser simplesmente transpostos para os dias atuais em razão do caráter casuístico daquele Direito e da ausência de instituições estatais só muito mais tarde consolidadas, revela um remoto embrião do estudo da certeza do Direito [...]

Todavia, segundo entendimento firmado no julgamento do RE nº 852475/SP³², para o Ministro Edson Fachin, diante de exceção constitucional que permite a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento do erário que forem ocasionadas por conta de atos ilícitos que a ele causaram prejuízos, não poderia haver restrição somente à um grupo específico de ilícitos, uma vez que, ao invés de permitir um favorecimento, atuaria contrariamente ao princípio da segurança jurídica.

Além disso, a norma constitucional, ao prever a imprescritibilidade no art. 37, §5º, da CRFB³³, proporcionou, de forma segura, o pressuposto republicano de que ninguém, mesmo que haja o transcurso do lapso temporal, terá sua conduta relevada, caso esta cause prejuízo ao erário e permita o locupletamento indevido do indivíduo em relação à coisa pública³⁴.

Assim, consoante à tal raciocínio, ao tomar ciência da imprescritibilidade constitucional, o objetivo não seria criar uma injustificada e eterna obrigação de guarda, pelo particular infrator, de elementos para comprovar a inexistência do dever de ressarcir, e sim assegurar a proteção da coisa pública, da qual ele titulariza.

Ainda compartilhando tal perspectiva, o agente público que, por meio de ato de improbidade administrativa, provocar dano ao erário, não se escusará da ação de ressarcimento apoiado pelo instituto prescricional. Por esse expoente, o constituinte originário,

³¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 41 - 42.

³² BRASIL, op. cit., nota 6.

³³ BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 6.

ao criar a exceção de imprescritibilidade do ressarcimento de danos causados ao patrimônio público, intuiu pela perpetuação do dever de restituir à moralidade administrativa e à ética pública³⁵.

Diante de tal cenário, percebe-se uma ponderação de valores consubstanciada pela análise do patrimônio público e moralidade administrativa, em contraposição com a segurança jurídica do agente ímprobo, em face da ação ressarcitória do Estado. Assim, compara-se a segurança jurídica do indivíduo e a segurança jurídica da coletividade.

Ao se ponderar tais valores, o constituinte originário não excluiu nenhum dos dois, e sim determinou a fixação de prazos prescricionais com o escopo de punir ilícitos e ressalvou as ações referentes ao ressarcimento. Dessa forma, a segurança jurídica estaria prestigiada, pois há prazos de lei atinentes à sanções decorridas da prática de ato de improbidade, enquanto que o patrimônio público e a moralidade foram preservados ao se estabelecer a imprescritibilidade de ações ressarcitórias.

Nesse caso, o conflito seria simplesmente aparente, visto que o Poder Constituinte preservou o princípio da segurança jurídica, reservando a titularidade da ação de ressarcimento ao erário à sociedade, e não ao particular, por perpetuar o dever de restituição ao indivíduo que vilipendiou a moralidade administrativa e a ética pública.

Portanto, o interesse público foi preservado em detrimento do interesse particular do agente que comete o ato ímprobo. Por isso, ao se ponderar a segurança jurídica do indivíduo e a segurança jurídica da coletividade, estabeleceu-se que esta poderia a qualquer momento recuperar o que foi subtraído de forma ímproba pelo agente. Dessa maneira, o constituinte originário optou por favorecer a sociedade³⁶.

3. É EXTENSÍVEL A IMPRESCRITIBILIDADE A QUALQUER ATO ANTIJURÍDICO OU ESTÁ RESTRITA ÀS SITUAÇÕES DE ATO DOLOSO QUE CAUSE DANO AO ERÁRIO?

A regra que persiste no ordenamento jurídico brasileiro é a preservação da prescricibilidade, ou seja, na maioria das situações, as pretensões indenizatórias se sujeitam à prazos prescricionais.

Todavia, necessário salientar que o comando constitucional é cristalino ao estabelecer a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória causada por prejuízos ao patrimônio público e,

³⁵BRASIL, op. cit., nota 20.

³⁶Ibidem.

por conseguinte, este segue sendo o entendimento majoritário. Tal condição tem como pressuposto basilar a dificuldade de apuração e ajuizamento de ações, dentro do prazo prescricional ordinário, assim como o escopo de recompor o erário, que por todos os cidadãos é custeado³⁷.

Diante disso, a controvérsia que se depreende é a extensão da imprescritibilidade para qualquer tipo de ato antijurídico, seja direta ou indiretamente realizado, em forma de prejuízo genérico ao patrimônio público, como, por exemplo, o não pagamento de um tributo. Nesses casos deve-se aplicar o prazo prescricional mais adequado.

De acordo com o entendimento dos autores André J. de Holanda Jr. e Ronny C. L. de Torres³⁸:

Em nossa opinião, a imprescritibilidade da ação de ressarcimento está restrita às situações de dano ao erário, causadas pelo ato de improbidade. Parece ter havido uma atecnia, na redação constitucional, que parece estabelecer, no §5º, uma regra estabelecida ao anterior §4º. Tecnicamente, deveria a redação ter previsto tal regra (do atual §5º) em forma de inciso, para deixar evidente a vinculação da regra prescricional específica, bem como a ressalva de imprescritibilidade, à improbidade administrativa indicada pelo §4º, a qual, não por coincidência, cita entre suas sanções, exatamente, o “ressarcimento ao erário.”

Assim sendo, ao se redigir o artigo 37, §5º, da Carta Política³⁹, estabeleceu-se que o prazo prescricional relacionado aos atos de improbidade seriam fixados por lei específica, contudo, no que diz respeito aos atos de improbidade, especificamente ligados à sanção de ressarcimento ao patrimônio público, um prazo prescricional particular não seria convencionado. A partir dessa interpretação, há um condicionamento para não admitir que, excepcionados os atos ilícitos caracterizados como atos de improbidade, quaisquer ações de ressarcimento, relacionadas a um dano ao erário genérico, possam ser abarcadas pela imprescritibilidade.

Em compreensão parcialmente congruente com o exposto acima, o Supremo Tribunal Federal⁴⁰ delimitou que não seria imprescritível a pretensão de danos decorrentes de ilícito civil. Nesse diapasão, é imprescritível condutas revestidas de grau de reprovabilidade mais acentuado, não sendo o caso de danos provenientes de ilícitos civis. Dessa maneira, a imprescritibilidade não abrangeria a improbidade, assim como atos que envolvam matéria criminal.

³⁷HOLANDA JR., André de; TORRES, Ronny Charles L. de. *Improbidade Administrativa* / coordenador Leonardo Medeiros de Garcia. 4.a ed. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 692.

³⁸Ibidem., p. 692 - 693.

³⁹BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 30.

Essa foi a linha de raciocínio desenvolvida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 669069/MG⁴¹:

[...] De acordo com o sistema constitucional, o qual reconhecera a prescritebilidade como princípio, se deveria atribuir um sentido estrito aos ilícitos previstos no §5º do art. 37 da CF. No caso concreto, a pretensão de ressarcimento estaria fundamentada em suposto ilícito civil que, embora tivesse causado prejuízo material ao patrimônio público, não revelaria conduta revestida de grau de reprovabilidade mais pronunciado, nem se mostraria especialmente atentatória aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública. Por essa razão, não seria admissível reconhecer a regra excepcional de imprescritebilidade. Seria necessário aplicar o prazo prescricional comum para as ações de indenização por responsabilidade civil em que a Fazenda figurasse como autora [...]

Dessa maneira, a discussão é concernente ao fato de o dano ao erário ser decorrente ou não de uma conduta que possa ser qualificada como improbidade administrativa. Diante disso, tal conduta é caracterizada dessa forma se abarcar enriquecimento ilícito do agente público, vilipêndio à princípios da Administração Pública ou prejuízo ao erário. Além disso, importante ressaltar que, na hipótese do art. 10 da Lei nº 8429/92⁴², há previsibilidade de improbidade culposa.

Por conta disso, o eminente Ministro Luís Barroso⁴³, no julgamento do RE nº 852475/SP, emitiu o seguinte entendimento “[...] Eu gostaria de cingir a imprescritebilidade do ressarcimento às hipóteses de dolo e excluir as hipóteses de culpa, em que, por uma falha humana, não intencional, se tenha eventualmente causado um prejuízo ao Erário”. Ao seguir tal perspectiva, a ação de ressarcimento de danos é imprescritevel caso seja cometida uma improbidade dolosa pelo agente público.

Ademais, necessário expor também outras hipóteses que excluem a incidência da parte final do art. 37, §5º, da CRFB⁴⁴, sendo essas prescriteveis.

A primeira seria em relação à prática de ato ilícito por terceiro, não agente público, que ocasiona danos ao erário. Nesse caso, a pretensão indenizatória do ente público se sujeita à prescrição, não sendo possível aplicar o comando constitucional. Assim, ao se tratar de reparação civil, o art. 206, §3º, V, do Código Civil⁴⁵ aplica o prazo de 3 anos.⁴⁶

A segunda situação seria direcionada à pessoa jurídica de direito privado da Administração Indireta, como entidade lesada, representada pelas empresas públicas e

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 30.

⁴²BRASIL, op. cit., nota 11.

⁴³BRASIL, op. cit., nota 6.

⁴⁴BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴⁵BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis_/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 06 set. 2019.

⁴⁶CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 289.

sociedade de economia mista, ou pessoa privada prestadora de serviços públicos, a qual não integraria a Administração, tais como os permissionários e concessionários de serviços públicos. Dito isso, assevera-se que esses entes não possuem erário e, por conseguinte, não poderiam sofrer a incidência do dispositivo constitucional. Com isso, se tais entidades sofrerem prejuízo por conduta ilícita, a pretensão ressarcitória dos danos estará sujeita à prescritibilidade.⁴⁷ Nesse aspecto, será aplicável o art. 1-C da Lei nº 9.494/1997⁴⁸, com o prazo fixado em 5 anos.

Portanto, a imprescritibilidade alcança apenas a pretensão ressarcitória do ente público, qual seja, a indenização a ser cobrada do agente público praticante do ilícito originador dos prejuízos. Assim, o ressarcimento é considerado um efeito sancionatório, sendo apenas esse o gerador da pretensão imprescritível do ente lesado. Outrossim, os demais efeitos sancionatórios do ato de improbidade não são imprescritíveis, mesmo proporcionando prejuízos ao erário, quais sejam, devolução de bens, suspensão de direitos políticos, perda de cargo, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público, entre outros.⁴⁹

CONCLUSÃO

A pesquisa em comento retratou de forma explícita a querela em torno da interpretação acerca da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa. A controvérsia se instaura por conta do viés conferido ao artigo 37, §5º, da Carta Magna, especificamente em sua parte final. O embate hermenêutico se depreende, principalmente, no decorrer do julgamento do RE nº 852475/SP.

Diante disso, a tese vencida, capitaneada pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, elencava argumentos no sentido de que a imprescritibilidade deve estar prevista, expressamente e de forma excepcional, no texto constitucional. Assim, de acordo com tal prisma, o constituinte originário especificou quais seriam os casos de incidência da imprescritibilidade, tais como, os crimes de racismo e ação de grupos armados com objetivos antidemocráticos.

Contudo, a tese prevalecente adota uma interpretação sistemática e dogmática, ao tratar da parte final do artigo 37, §5º, salientando que o constituinte originário dissociou o prazo referente às ações de recomposição do erário dos outros, de forma expressa. Assim, a

⁴⁷CARVALHO FILHO, op. cit., p. 289-290.

⁴⁸BRASIL. *Lei nº 9494*, de 10 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm> Acesso em: 06 set. 2019.

⁴⁹CARVALHO FILHO, op. cit., p. 291.

prescrição resultaria em uma mitigação do princípio da moralidade administrativa, assim como no impedimento de restituir ao patrimônio público e, por conseguinte, ao prevalecer a tese de imprescritibilidade, o bem jurídico probidade administrativa seria tutelado.

A partir dessa controvérsia interpretativa, relacionada ao primeiro capítulo, o entendimento do presente pesquisador encontra consonância com a tese predominante, uma vez que a imprescritibilidade seria um instituto adotado pelo constituinte originário com o escopo de preservar a honestidade daquele que exerce função pública e, assim, a moralidade e eticidade administrativa.

Em relação ao segundo capítulo, a divergência argumentativa incide na questão de que a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, por ato de improbidade administrativa, poderia violar o princípio da segurança jurídica. Com isso, a partir da intersubjetividade entre diferentes ramos do Direito, assim como em sede jurisprudencial, a perspectiva assumida no trabalho, no tocante à tal questão, seria que a imprescritibilidade não infringe o princípio basilar da segurança jurídica.

A partir dessa percepção, o pesquisador acredita que o princípio da segurança jurídica subsiste com o princípio da moralidade e lealdade da Administração Pública, materializado no bem jurídico probidade administrativa, logo a imprescritibilidade não a estaria transgredindo. Dessa forma, estaria sendo preservada a segurança jurídica da coletividade, pois esta poderia reaver o que lhe fora desviado a qualquer tempo. Portanto, percebe-se que tanto a segurança jurídica da coletividade quanto a probidade administrativa persistiriam com o advento da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário.

Além disso, a pesquisa demonstrou, por meio do terceiro capítulo, que a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado estaria atinente à atos de improbidade administrativa dolosos. A razão disso é que não seria imprescritível atos ilícitos civis que casem prejuízos meramente genéricos ao erário. Dessa maneira, a imprescritibilidade estaria reservada para atos dolosamente praticados e que causem um dano mais elevado, com maior repercussão na coletividade.

Dessarte, essa pesquisa pretende sustentar que a tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, por ato doloso de improbidade administrativa, tem como escopo a proteção do patrimônio público, o qual está capilarizado em todos os aspectos da Administração Pública. Esse amparo ao erário, por meio da prescrição, não interfere na segurança jurídica, uma vez que o interesse público de reaver o que lhe fora desonestamente retirado receberá guarida.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CUNHA, Márcio Felipe Lacombe da. Ação de Improbidade Administrativa e a Imprescritibilidade da Pretensão de Ressarcimento ao Erário. *Revista virtual da AGU*, ano 98, mar. 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Lei nº 9494, de 10 de setembro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm> Acesso em: 06 set. 2019.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 06 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 669069/MG*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4189164&numeroProcesso=669069&classeProcesso=RE&numeroTema=666>> Acesso em: 22 ago. 2019.

_____. Procuradoria Geral da República. *Parecer nº N° 159215/2016*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Lei nº 8429, de 02 de junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 852475/SP*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4670950>> Acesso em: 08 abr. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

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

HOLANDA JR., André de; TORRES, Ronny Charles L. de. *Improbidade Administrativa*. Coordenador Leonardo Medeiros de Garcia. 4.a ed. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.