



UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CAMPUS NATAL
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

LUCIANA CARVALHO DE ARAÚJO MASCARENHAS

**A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO
DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

NATAL
2014

LUCIANA CARVALHO DE ARAÚJO MASCARENHAS

**A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO
DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada como requisito obrigatório para obtenção do título de especialista em Direitos Difusos e Coletivos, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, Campus Avançado de Natal.

Orientador: Dra. Luciana Ribeiro Campos

NATAL/RN

2014

**Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Mascarenhas, Luciana Carvalho de Araújo.

A imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário decorrente de ato de improbidade administrativa. / Luciana Carvalho de Araújo Mascarenhas. – Natal, RN, 2014.

59 f.

Orientador(a): Profa. Dra. Luciana Ribeiro Campos

Monografia (especialização). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Especialização em direitos difusos e coletivos

1. Improbidade - Monografia. 2. Dano ao erário. 3. Ressarcimento. I. Campos, Luciana Ribeiro. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

UERN/ BC

CDD 340

LUCIANA CARVALHO DE ARAÚJO MASCARENHAS

**A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO
DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada como requisito obrigatório para obtenção do título de especialista em Direitos Difusos e Coletivos, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, Campus Avançado de Natal.

Aprovado em ___/___/___.

Banca Examinadora

Prof(a). e Orientador (a) Luciana Ribeiro Campos, Dra.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Prof(a). Mariana Vanucci Vasconcellos, M^a.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Prof(a). Emanuel Dhayan Bezerra de Almeida, Me.
Universidade Estácio de Sá

Dedico este trabalho ao meu esposo Leonardo, amor, amigo, incentivador e companheiro de todas as horas e à minha mãe Ana Lúcia, exemplo de dignidade e resignação, além de referência de ser humano.

AGRADECIMENTOS

Registro o meu eterno agradecimento a Deus por suas bênçãos e proteção constantes, ao meu pai (Jesuíno), minhas irmãs (Alessandra e Juliana), sobrinhos (José Ricardo e João Henrique) e sogros (Antônio e Ana Lúcia) pelo apoio incondicional.

Os meus sinceros agradecimentos aos mestres (professores e chefes) com quem tive o prazer de conviver ao longo da minha jornada como estudante e como profissional - pessoas essas de quem sempre levo, para toda a minha vida, os relevantes ensinamentos e as lembranças da boa convivência.

Deixo nessa oportunidade o registro, através das pessoas da Dra. Keiviany Sena e do Dr. Emanuel Dhayan, do meu reconhecimento, admiração e respeito pela equipe das Promotorias de Defesa do Patrimônio Público de Natal (aos membros e servidores). Sem dúvidas, trabalhar nesse ambiente frutífero ao debate e à troca de experiências me proporcionou um grande amadurecimento pessoal e profissional.

Agradeço aos bons e inesquecíveis amigos que fiz ao longo da pós-graduação e que tornaram amenos os finais de semana que passamos distantes das pessoas que amamos, bem como aos demais amigos pela compreensão pelas horas de convivência que nos foram restringidas em prol desse objetivo.

Por fim, não poderia deixar de agradecer a Dra. Luciana Ribeiro Campos pela disponibilidade e paciência na orientação do presente trabalho.

O que mais preocupa não é o grito dos violentos, nem dos corruptos, nem dos desonestos, nem dos sem ética. O que mais preocupa é o silêncio dos bons.

Martin Luther King

RESUMO

Pretende-se, com o presente estudo, analisar as possíveis interpretações conferidas ao art. 37, § 5º da Constituição Federal, a partir da exposição das diferentes manifestações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema. A importância de abordar esse assunto consiste no fato de o referido dispositivo da Constituição ter excepcionado as ações de ressarcimento em relação à regra geral da prescrição existente no ordenamento jurídico pátrio. Se, por um lado há quem defenda, com base no princípio da segurança jurídica, que tais ações de ressarcimento ao erário decorrentes de ato de improbidade administrativa são prescritíveis, por outro, há quem sustente, com fundamento na tutela do patrimônio público e na interpretação conforme o ordenamento jurídico, que essas são imprescritíveis. Então, a partir de um cotejo entre os argumentos defendidos por cada corrente, conclui-se que o legislador constituinte, quando da previsão à ressalva contida final do dispositivo citado, optou por diferenciar a pretensão de ressarcimento ao erário da regra geral da prescrição, declarando-a imprescritível. Desse modo, privilegiou-se a proteção do patrimônio público, por tal importar em um interesse da coletividade, bem como a moralidade e a probidade administrativa. Entende-se, ademais, que essa ressalva afasta qualquer margem de dúvida com relação a possíveis interpretações em sentido divergente, o que inclusive iria de encontro ao posicionamento que vem sendo firmemente adotado pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição em suas decisões.

Palavras-chave: Improbidade. Dano ao Erário. Pretensão. Ressarcimento. Imprescritibilidade.

ABSTRACT

The aim of the present study is to investigate the possible interpretations conferred to the art. 37, § 5 of the Federal Constitution, from the exhibition of the different manifestations of the doctrine and jurisprudence about the subject. The importance of addressing this issue is the fact that the referred article of the Constitution have excluded actions for compensation of the general rule of limitation in the existing national legal system. On one hand it is argued, based on the principle of legal certainty, that actions for reimbursement to the Treasury resulting from an act of administrative misconduct can prescribe, on the other hand there are those who support, based on the protection of public assets and in the consistent interpretation of the law, these are imprescriptible . So, from a comparison between the arguments espoused by each one, it is concluded that the constitutional legislator, when opted for the caveat at the end of the referred article, chose to differentiate the actions for compensation to the treasury of the general rule of limitation, stating they are imprescriptible. Thereby, favored the protection of public patrimony, which is an interest of the community as well as morality and administrative integrity. It is understood, moreover, that this exception removes any margin of doubt with regard to possible divergent interpretations, which would be contradictory to the positioning that has been firmly adopted by the Supreme Court, the guardian of the Constitution.

KEYWORDS: Improbability. Damage to the exchequer. Demand. Reparation. Imprescriptibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 HISTÓRICO CONSTITUCIONAL E LEGAL SOBRE A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL.....	12
2.1 NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	12
2.1.1 Constituição Imperial de 1824.....	13
2.1.2 Constituição de 1891.....	14
2.1.3 Constituição de 1934.....	15
2.1.4 Constituição de 1946.....	16
2.1.5 Constituição de 1967.....	16
2.1.6 Constituição de 1988.....	18
2.2 NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	19
3 O CONTEXTO ATUAL DA TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL – NO AMBITO CÍVEL.....	26
4. PRESCRIÇÃO.....	33
4.1 PRESCRIÇÃO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	36
4.2 TESES.....	38
4.2.1 Teses da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário.....	38
4.2.1.2 Prazos prescricionais aplicáveis às ações de ressarcimento ao erário, segundo seguidores da tese da prescritibilidade.....	42
4.2.2 Teses da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao.....	44
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
REFERÊNCIAS.....	54
ANEXOS	58

1 INTRODUÇÃO

O despertar para o estudo acerca da imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa surge a partir da recente decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal que, à unanimidade, reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário 669069/MG¹, admitindo a necessidade de se definir a correta interpretação do disposto no artigo 37, § 5º da Constituição Federal e de atentar para o princípio isonômico no tratamento em face da variada natureza da responsabilidade por danos ao erário, provocada pela variedade das formas e dos agentes causadores desses danos.

Nesse panorama, o presente trabalho discutirá justamente a interpretação do art. 37, § 5º da Constituição Federal e sua contextualização no ordenamento jurídico (a partir de uma perspectiva doutrinária e jurisprudencial), sobretudo frente à Lei de Improbidade Administrativa (que busca seu fundamento de validade na Lei Maior) e, notadamente, no que concerne ao fato do mencionado dispositivo da Carta Magna ter excepcionado as ações de ressarcimento em relação à regra geral da prescrição, o que deságua na imprescritibilidade de tais ações contra agentes públicos que, ilicitamente, ocasionam lesão ao patrimônio público.

Ao abordar essa temática, também será imprescindível uma análise acerca do conflito existente, na hipótese, entre o princípio constitucional implícito da supremacia do interesse público e o da segurança jurídica do particular (que confere estabilidade das relações constituídas no tempo, fundamento principal do instituto da prescrição) em face da ação punitiva do Estado.

Assim, tem-se em mente que tal estudo permitirá o alcance de resultados aptos a dirimir as questões que se impõem quando da abordagem que este estudo se propõe a fazer, quais sejam:

- A intenção da Constituição, ao fazer a ressalva constante na segunda parte do §5º do art. 37, é declarar que a pretensão ao ressarcimento ao erário é imprescritível ou apenas afastar a incidência da lei específica e determinar a pertinência de outro prazo?

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 669.069/MG**. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. DJe 26/08/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28669069%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/kqn2bd9>. Acesso em: 17 abr. 2014.

- Qual a melhor interpretação para tal dispositivo?

2 HISTÓRICO CONSTITUCIONAL E LEGAL SOBRE A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL

Considera-se patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico, turístico, cultural e ambiental. Tal definição se extrai do art. 1º, § 1º da Lei da Ação Popular – Lei nº 4.717/65, bem como do próprio texto constitucional (que alargou o rol de interesses elencados da referida lei) que, em seu art. 5º, inciso LXXIII, ao dispor sobre os direitos e garantias individuais, confere a qualquer cidadão ser parte legítima para propor a ação popular, com vistas a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, dentre outros interesses. Trata-se, pois, de um conceito não meramente doutrinário, mas sim de um conceito já definido na legislação vigente.

Não obstante a própria lei definir o conceito de patrimônio público, não se considera demasiado mencionar a lição de Gregório Assagra de Almeida² sobre a abrangência da expressão, no sentido de que o patrimônio público constitui uma espécie do gênero “Direito Coletivo”, um direito difuso que engloba todos os bens públicos, materiais ou até mesmo imateriais.

Adiante, segue uma breve evolução da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa no ordenamento jurídico pátrio, mediante a qual será possível observar a criação de instrumentos e meios para viabilizar essa proteção ao longo do tempo.

2.1 NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A notícia histórica da defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa remonta ao período colonial, pelo que se percebe que essa não é uma preocupação exclusiva dos legisladores atuais. Notadamente, o histórico de repressão de atos que violassem o dever de probidade com a administração pública estava fortemente previsto no âmbito penal, com a criminalização de condutas de

² ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 562.

agentes públicos que incorressem nessa prática.

Assim, tem-se que a primeira notícia de repressão a crimes dessa natureza reporta-se às Ordenações Filipinas (sistema jurídico que vigorou durante todo o período do Brasil-Colônia, até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830), pois no Livro V, Título LXXI³, havia previsão no sentido de proibir as autoridades públicas de receberem para si dádivas ou presentes de pessoa alguma. Do contrário, estariam passíveis de perder o ofício, além de terem que pagar o equivalente a “vinte e um” da quantia total auferida, sendo a metade a quem o acusar e a outra para a “Câmara” portuguesa. No mais, esse mesmo regramento igualmente se reportava ao crime que atualmente se tem no ordenamento pátrio como corrupção, sob a denominação de peita.

As Constituições brasileiras, ao se reportarem à temática em apreço, geralmente tratavam graves faltas funcionais como crime de responsabilidade praticado pelo Presidente da República e de altos funcionários do Estado, o que permite concluir que o legislador, ao longo do tempo, entendeu por bem conferir *status* constitucional ao dever de probidade.

2.1.1 Constituição Imperial de 1824

Especificamente com relação à Constituição Política do Império do Brasil, conhecida como Constituição de 1824⁴, observa-se a previsão no sentido de que Ministros de Estado poderiam ser responsabilizados nas circunstâncias elencadas no art. 133, senão vejamos:

- Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis
- I. Por traição.
 - II. Por peita, suborno, ou concussão.
 - III. Por abuso do Poder.
 - IV. Pela falta de observancia da Lei.
 - V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos.
 - VI. Por qualquer dissipação dos bens públicos.

A ordem constitucional de 1824 previu ação semelhante à chamada *Actio*

³ BRASIL. **Ordenações Filipinas.** Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1218.htm>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

⁴ BRASIL. **Constituição Federal (1824), art.133.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao24.htm>. Acesso em: 17 abr. 2014.

popularis, prevista pelos romanos com o intuito a controlar atos do pretor⁵. Assim, nos termos do art. 157, “Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei”.

Noutra oportunidade, o aludido texto constitucional se reporta à responsabilização dos empregados públicos quanto a abusos e omissões quando do exercício de suas funções:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

XXIX. Os Empregados Públicos são strictamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsáveis aos seus subalternos.

Em que pese tais previsões, a Carta Imperial contemplou, em seu artigo 99, a imunidade absoluta do imperador no que respeita a qualquer espécie de responsabilidade, nos seguintes termos: “A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”.

Note-se, pois, que apesar da previsão da total irresponsabilidade do imperador, essa Constituição permitiu responsabilizar pessoalmente homens públicos, o que seguiu vigente nos textos constitucionais subsequentes, o que permitiu concluir que a probidade administrativa tem proteção constitucional antiga.

2.1.2 Constituição de 1891

Trata-se da segunda Constituição do Brasil e a primeira do sistema republicano de governo. Pode-se dizer que essa Carta Política marcou a transição da monarquia para a república, bem como cuidou de prever como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentassem contra a probidade da administração, a guarda constitucional do dinheiro público e também contra as leis orçamentárias votadas pelo Congresso, senão vejamos o teor do

⁵ SIMÃO NETO, Calil. **Improbidade administrativa**: teoria e prática: de acordo com a Lei nº 12.846 de 01 de agosto de 2013, com a Lei complementar nº 135 de junho de 2010: Ficha Limpa. 2. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2014, p. 49.

artigo 54⁶:

Art. 54. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra:

- 1o) a existência política da União;
- 2o) a Constituição e a forma do governo federal;
- 3o) o livre exercício dos poderes políticos;
- 4o) o gozo, e exercício legal dos direitos políticos ou individuais;
- 5o) a segurança interna do País;
- 6o) a *probidade da administração*;
- 7o) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos;
- 8o) as leis orçamentárias votadas pelo Congresso.

§ 1o Esses delitos serão definidos em lei especial.

§ 2o Outra lei regulará a acusação, o processo e o julgamento.

§ 3o Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do Primeiro Congresso.

Outrossim, a referida Carta Política também permitiu a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados, nos termos do art.72, § 9º.

Sílvio Antônio Marques⁷ atribui a esse texto constitucional a primeira menção à expressão *probidade*, ao afirmar que “surgiu, assim, no âmbito constitucional, a expressão substantiva ‘*probidade*’, originária do latim *probitas* (ou *probus*) e designativa de retidão, integridade e honradez”.

2.1.3 Constituição de 1934

A Constituição de 1934, consequência direta da Revolução Constitucionalista de 1932, foi a que menos durou em toda a história brasileira. Ela praticamente veiculou as ideias tuteladas pela Lei Maior antes vigente no sentido de prever crimes de responsabilidade contra atos do Presidente da República que atentassem contra a *probidade da administração* etc., como bem reza seu artigo 57.

Da mesma forma previu a possibilidade de se representar, mediante petição, aos poderes com vistas a denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade, além de possibilitar a qualquer cidadão ser parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da

⁶ BRASIL. **Constituição Federal (1891)**, art. 54. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 17 abr. 2014.

⁷ MARQUES, Sílvio Antônio. **Improbidade Administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29.

União, Estados e Municípios, nos termos do art. 113⁸, item 10 e 38, consoante segue:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
10) É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade.
38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

Igualmente, havia previsão no sentido de responsabilizar civil ou criminalmente o Presidente da República e demais autoridades por eventuais abusos que porventura viessem a cometer, nos termos do art. 175, § 13⁹.

2.1.4 Constituição de 1946

A Carta de 1946 segue a mesma linha perfilhada pelas constituições anteriores no que respeita à ideia de crimes de responsabilidade e probidade administrativa, a despeito dos seus artigos 89, 141 §§ 37 e 38¹⁰.

Outrossim, essa Constituição determinou, em seu art. 141, § 31¹¹, a criação de legislação ordinária com vistas a dispor sobre sequestro e perdimento de bens em caso enriquecimento ilícito decorrente de abuso de cargo ou função pública, nos seguintes termos:

Art. 141. Omissis:
§ 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. **A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.** (grifos nossos)

2.1.5 Constituição de 1967

⁸ BRASIL. **Constituição Federal (1934), art. 113, item 10 e 38.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 17 abr. 2014.

⁹ BRASIL. **Constituição Federal (1834), art.175, §13.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 17 abr. 2014.

¹⁰ BRASIL. **Constituição Federal (1946), arts. 89, 141 §§ 37 e 38.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 17 abr. 2014.

¹¹ BRASIL. **Constituição Federal (1946), art. 141 § 31.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 17 abr. 2014.

Já no que tange à Constituição de 1967¹², vigente durante o período militar, observa-se que previsões encartadas nesse texto constitucional revelam uma preocupação com temas relacionados à probidade administrativa. Percebe-se, pois, que tal preocupação não está adstrita aos regimes democráticos.

Notadamente, nesse texto constitucional seguem mantidos alguns dispositivos já existentes nas constituições anteriores, relacionados a crimes de responsabilidade do Presidente da República (art. 84) e sobre direito de representação (art. 150, §30), bem como sobre a previsão de lei a dispor sobre perda de bens decorrentes de enriquecimento ilícito decorrente do exercício de função pública (art. 150).

Vale destacar, nesse contexto, que essa Constituição previu a possibilidade de qualquer cidadão ser parte legítima a propor ação popular que visasse anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

Ressalte-se, por oportuno, em que pese a Emenda Constitucional nº 01/69, levada a efeito durante o Regime Militar, ter implementado uma série de modificações no texto original da Constituição de 1967, manteve-se a previsão no sentido de haver o perdimento de bens em caso de enriquecimento ilícito de agente público no exercício da função.

Com a dita emenda, percebem-se algumas inovações no âmbito do direito eleitoral, notadamente no sentido de se reportar à criação de Lei Complementar estabelecendo casos de inexigibilidade com vistas a preservar a probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, nos termos do art. 151, incisos II e IV.

Em outra oportunidade, a Constituição prevê a suspensão de direitos de dois a dez anos em caso de abuso de direito ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, nos seguintes termos:

Art. 154. O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa¹³.

¹² BRASIL. **Constituição Federal (1967)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 17 abr. 2014.

¹³ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 01/69**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 17 abr. 2014.

Por fim, vale registrar a previsão no sentido de possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios em caso de serem praticados, pela administração municipal, atos subversivos ou de corrupção (art. 15, § 3º, alínea “e”).

2.1.6 Constituição de 1988

A Lei Maior vigente atualmente em nosso país manteve a tradição das Constituições anteriores no que respeita aos crimes de responsabilidade decorrente de atos do Presidente da República e dos Ministros de Estado que porventura afrontem a probidade da administração, a lei orçamentária, o cumprimento das leis em geral e das decisões judiciais, nos termos do art. 85, da CF.

Outrossim, a Constituição remete à lei complementar estabelecer, além dos casos expressamente elencados no seu próprio texto (art. 14, § 7º¹⁴), outras causas de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Além disso, em seu art. 5º, inciso LXXIII, também prever a possibilidade de qualquer cidadão ser parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, o meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

O texto constitucional inovou sobremaneira no que respeita aos sistemas de controle da moralidade administrativa. Isso porque foi inserido no ordenamento jurídico providências não exclusivamente penais ou ressarcitórias com vistas à proteção ao patrimônio público. O art. 37, §4º da CF, fez menção expressa à improbidade administrativa e às sanções correlatas, criando um novo sistema de controle, desta feita sob a perspectiva do direito administrativo. Nesse contexto,

¹⁴ Art. 14, § 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

cumpra trazer à lume a lição de Fábio Medina Osório¹⁵, no sentido de que a Constituição de 1988 põe termo a uma tradição linear das Constituições anteriores, que oscilavam entre a perspectiva penal e ressarcitória, criando um novo tratamento à improbidade administrativa, um modelo original e centralizador que parte do próprio texto constitucional e inaugura uma modalidade sancionadora inédita, qual seja, a dos ilícitos extrapenais.

Sílvio Marques¹⁶, ao discorrer sobre o complexo sistema de controle de atos administrativos trazidos pela Constituição Federal de 1988, com vistas a minimizar as ilegalidades cometidas por agentes estatais, elenca os três tipos de controle: controle interno (autocontrole, através de órgãos como comissões processantes, corregedorias, ouvidorias etc.); controle externo fiscalizatório: realizado pelos Tribunais de Contas, órgãos auxiliares do Poder Legislativo e também através das Comissões Parlamentares de Inquérito; e controle externo repressivo, exercido pelo Poder Judiciário. Esse último tipo, segundo o autor, tem duas vertentes importantes, sendo uma a repressão criminal e outra a repressão civil de atos ilegais.

Desse modo, tem-se que a Constituição de 1988 conferiu especial valor à preservação da probidade administrativa, com a previsão de sistemas de controle de atos administrativos e, sobretudo pela expressa previsão ao princípio da moralidade como norteador da atividade administrativa, à improbidade e a pretensão de sancioná-la. Assim, é possível dizer que a CF mudou o enfoque da improbidade administrativa, antes vista apenas sob uma perspectiva político-penal.

2.2 NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O sistema de controle e defesa da moralidade administrativa, até aproximadamente a década de 1960, estava adstrito ao regramento constitucional e à legislação penal.

O Código Criminal do Império do Brasil, sancionado em 1830¹⁷, já previa crimes que ofendiam o bom desempenho da Administração Pública, tais quais os de

¹⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.116-117.

¹⁶ MARQUES, Sílvio Antônio. *Op. cit.*, p. 37.

¹⁷ BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 26 maio 2014.

peita (corrupção ativa e passiva), suborno, concussão e peculato, como também alguns outros que tutelavam não propriamente a Administração, mas outros bem jurídicos como a fé pública e o patrimônio.

Após o advento da República, tem-se o Código Penal de 1890¹⁸, que previa crimes contra a boa ordem e a Administração Pública, além dos crimes de peita, suborno e peculato.

Já a Consolidação das Leis Penais, de 1932¹⁹, traz o disciplinamento de infrações penais semelhantes àquele previsto no Código de 1890, tais quais o de peita, suborno, peculato. Ressalte-se, nessa oportunidade, que a Consolidação das Leis Penais previa a punição para o autor do crime de peculato o funcionário público que concorresse com ato inerente ao seu ofício para que outrem subtraísse ou desviasse bens pertencentes à União, Estados e Municípios. Quanto ao crime de peculato, tal Consolidação também previu a possibilidade de coautoria, mesmo que o coautor ou partícipe não fosse funcionário público.

Por fim, o Código Penal de 1940, atualmente vigente em nosso país, continuou a criminalizar condutas como o peculato, como também vários outros crimes em desfavor da Administração. Vale ressaltar que esse diploma normativo passou a denominar os crimes anteriormente designados como peita ou suborno como corrupção passiva a ativa. Quando se tratasse de ação de funcionário público que solicitasse, aceitasse ou recebesse vantagem indevida em razão do ofício, ou aceitasse a respectiva promessa, restaria configurada a prática do crime de corrupção passiva (art. 317). Já a corrupção ativa restaria evidenciada quando se tratasse de particular que desse, oferecesse ou promettesse tal vantagem (art. 333).

Não obstante a relevância de criminalizar condutas dessa natureza, o ordenamento então vigente, adstrito a um enfoque da improbidade administrativa sob o prisma político-penal, prescindia de outros mecanismos que possibilitassem não somente a punição criminal do sujeito causador do dano, mas que viabilizassem a recomposição do prejuízo ocasionado. Nesse sentido, merece destaque o comentário de Miguel Seabra de Moura²⁰:

¹⁸ BRASIL. **Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890.** Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 26 maio 2014.

¹⁹ BRASIL. **Decreto n.º 22.213, de 14 de dezembro de 1932.** Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=27379&norma=42869>>. Acesso em: 26 maio 2014.

²⁰ MOURA, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 279.

O controle, exercido através do juízo criminal, não reveste a importância prática do controle que se exerce na ordem civil. Há muitos casos em que não é cabível, só tendo lugar, a propósito da violação dos direitos subjetivos ou da execução das obrigações públicas, o controle da jurisdição civil. Ainda nas espécies em que tenha cabimento, não resolve, por si só, os interesses postos em jogo pela atividade administrativa. O seu alcance é meramente punitivo. Não cancela nem repara os efeitos resultantes do procedimento administrativo ou da ação individual, o que somente pelo controle de ordem civil pode se obter.

No plano infraconstitucional, o Decreto-Lei nº 3.240/1941²¹ é tido como um importante marco na tutela repressiva de atos de improbidade, visto que, as condutas criminosas que acarretassem prejuízo à Fazenda Pública, previstas na Consolidação das Leis Penais vigente à época, previa o sequestro de bens daquele, em razão do crime praticado, se locupletasse ilicitamente em detrimento da Fazenda Pública. Vale salientar que o sequestro previsto no presente decreto tratava-se de medida de índole cautelar acessória à ação penal condenatória, a ser decretada pela autoridade judiciária competente.

Já no que diz respeito à Lei Pitombo- Godói Ilha²² (Lei nº 3.164/57), pode-se dizer que tal inaugura o sistema repressivo de controle da probidade e moralidade administrativa no âmbito civil, pois regulamentou o art. 141, § 31 da Constituição Federal de 1946, dispondo sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, mediante decisão judicial, a pedido o Ministério Público ou de qualquer pessoa do povo, sem prejuízo da responsabilidade criminal.

O referido diploma normativo igualmente cuidou em determinar o registro público obrigatório de valores e bens pertencentes ao patrimônio privado de pessoas que exerciam cargos ou funções públicas.

Por sua vez, a Lei nº 3.502/58, conhecida como Lei Bilac Pinto²³, nos termos do seu art. 1º, previa o sequestro e a perda de bens ou valores por parte de servidor público, dirigente, ou empregado de autarquia que, por influência ou abuso do cargo ou função, viessem a se beneficiar de enriquecimento ilícito.

²¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.240/57 de 08 de maio de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3240.htm>. Acesso em: 26 maio 2014.

²² BRASIL. **Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957**. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=3164&tipo_norma=LEI&data=19570601&link=s>. Acesso em: 26 maio 2014.

²³ BRASIL. **Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3502.htm>. Acesso em: 26 maio 2014.

Tal instrumento legislativo tratou de casos de enriquecimento ilícito de funcionários públicos no exercício das funções, bem como estendeu o alcance da expressão servidor público a todas as pessoas que exercessem na União, Estados, Territórios, Distrito Federal e Municípios quaisquer cargos, funções ou empregos, civis ou militares, quer sejam eletivos, quer de nomeação ou contrato, nos órgãos dos três Poderes. Sem tratar diretamente da improbidade, versou sobre casos de corrupção ao estabelecer tipos sancionadores, os quais, na lição de Fábio Medina Osório²⁴, constituem “a base da legislação que posteriormente tratou do tema da improbidade”.

Adiante, acrescenta Fábio Medina Osório, que Bilac Pinto, autor da lei que leva seu nome, inspirado em modelos de Códigos de Conduta do direito norte-americano, se valeu de cláusulas gerais para criar e institucionalizar um instrumento de combate à corrupção.

Ademais, o § 2º do art.5º da referida lei autorizava qualquer cidadão a ingressar com ação judicial destinada ao sequestro e perdimento de bens havidos por força de enriquecimento ilícito às custas do Erário Público, quando a própria entidade prejudicada não o houvesse feito, dentro do prazo de 90 (noventa) dias, contados do conhecimento da ocorrência do fato. Decerto, essa legitimidade conferida a qualquer cidadão foi determinante para o advento a Lei da Ação Popular.

Editado durante o período militar, o Ato Institucional nº 05/1968²⁵ estabeleceu uma série de medidas antidemocráticas, sendo uma delas a que concedeu poderes ao Presidente da República para decretar o confisco de bens de todos que tenham enriquecido ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive autarquia, empresas públicas e sociedade de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, sem a necessária apreciação pelo Poder Judiciário. Igualmente ao Presidente foi concedido poderes para suspender os direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de dez anos e cassar direitos políticos.

Em seguida, foi editado o AI nº 42/1969²⁶, com vistas a regulamentar a decretação e confisco de bens, apresentando um rol exemplificativo em casos de

²⁴ OSÓRIO, Fábio Medina, *Op. cit.*, p. 120.

²⁵ BRASIL. **Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 26 maio 2014.

²⁶ BRASIL. **Ato Complementar nº 42, de 27 de janeiro de 1969**. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=42&tipo_norma=ACP&data=19690127&link=s>. Acesso em: 26 maio 2014.

enriquecimento ilícito, oportunidade em que ampliou o confisco estabelecido pelo AI nº 05.

Em 29 de junho de 1965 foi sancionada a Lei nº 4.717, conhecida como Lei da Ação Popular, a qual figura como um importante marco no combate aos desvios de recursos públicos e às irregularidades administrativas posto que esta serve como instrumento a ser manejado, por qualquer cidadão, com a finalidade de se obter judicialmente a invalidação de atos e contratos administrativos lesivos à Administração Pública federal, estadual e municipal ou contrários à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio cultural e histórico.

José Antônio Lisboa Neiva²⁷, dentre outros aspectos da Lei nº 4.717/65, ao tecer comentários sobre a relevância do art. 18, destaca que o dispositivo constitui um marco da tutela coletiva e do Direito Processual brasileiro, servindo de fonte inspiradora de outros diplomas normativos, ao prever que a sentença tem eficácia de coisa julgada *erga omnes*, salvo nas hipóteses em que o pedido for julgado improcedente em razão da deficiência de provas, caso em que qualquer cidadão poderia intentar outra ação com o mesmo fundamento e com base em novas provas.

A origem constitucional da ação popular como mecanismo de proteção do patrimônio público remonta ao inciso 38 do art. 113 da Constituição de 1934. Já na Constituição de 1946 tal previsão da ação popular foi mantida com ampliação do seu alcance para incluir atos das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista, vindo a referida norma regulamentar o dispositivo constitucional encartado no § 38 do art. 141.

A atual Constituição Federal ampliou ainda mais o alcance da ação popular, ao possibilitar o controle do cidadão através desse instrumento, também no que respeita à tutela ambiental e à moralidade administrativa, nos termos do inciso LXXIII do art. 5º, nos seguintes termos:

Art. 5º. *Omissis*.

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

²⁷ NEIVA, José Antônio Lisboa. **Improbidade administrativa**: legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência. 5. ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 23.

A ação popular decorre do princípio republicano, por ser uma das formas de manifestação da soberania popular, e tem como finalidade a proteção da coisa pública, possibilitando ao cidadão, através do seu manejo, exercer de forma direta uma função fiscalizadora. Representa uma significativa forma de controle da improbidade administrativa no ordenamento pátrio.

Em seguida, disciplinada pela Lei nº 7.347/85²⁸, a Ação Civil Pública surge no ordenamento jurídico com o objetivo reprimir ou mesmo prevenir danos ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, ou à ordem urbanística, ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo, podendo ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Em linhas gerais, a ação civil pública é o instrumento processual, alçada a instituto constitucional pela Carta Magna de 1988, de que pode se valer o Ministério Público e outras entidades legitimadas para garantir inúmeros direitos fundamentais do cidadão. A Constituição coloca a sua propositura como função institucional do Ministério Público (art. 129, II e III da Constituição Federal), mas sem lhe conferir exclusividade (art. 129, § 1º, da Constituição Federal), tendo em vista que a sua legitimidade é concorrente com a dos demais colegitimados (Lei nº 7.347/85, art. 5º).

A referida norma significou um importante marco na formação de um microsistema de ações coletivas com vistas à proteção de relevantes interesses da sociedade (difusos, coletivos e individuais homogêneos), sobretudo no que respeita à proteção do patrimônio público, vez que é largamente utilizada em todo o país, significando um dos mais importantes instrumentos de controle da atividade administrativa e de combate à corrupção.

Saliente-se, por oportuno, que a Lei n.º 13.004/14 acrescentou de forma expressa à Lei da Ação Civil Pública a proteção ao patrimônio público e social, em que pese tal alteração legislativa não implicar em nenhuma modificação prática, tendo em vista que a própria Constituição é expressa no sentido de prever a utilização da ação civil pública para proteção do patrimônio público, nos termos do

²⁸ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 7.347/85**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 19 abr. 2014.

art.129, inciso III.

Por fim, importa destacar que ainda que não existisse lei específica, existia de qualquer forma para o servidor público o dever de ressarcir os danos ocasionados ao erário, em função da previsão normativa encartada no art. 159²⁹ do Código Civil de 1916, que veiculava a norma genérica da responsabilidade civil.

²⁹ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 3.071. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 abr. 2014.

3 O CONTEXTO ATUAL DA TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL NO ÂMBITO CÍVEL

A corrupção e a improbidade na Administração Pública são males que historicamente atingem não somente o nosso país, como muitos outros (trata-se de um fenômeno transnacional), e que demandam a criação de medidas e instrumentos eficazes no combate, sanção e recuperação dos desvios perpetrados pelos agentes públicos tidos por ímprobos.

Como bem frisa Calil Simão³⁰, a corrupção enfraquece as instituições e compromete os valores que permeiam a democracia, desvirtuando os padrões éticos em uma sociedade que, por sua vez, subverte a ideia de justiça e promove o empobrecimento moral e econômico dos cidadãos.

Muito embora não seja um comportamento exclusivo do nosso povo, não se pode negar que a corrupção é um traço fortemente marcante em nossa cultura.

Ao traçarem um histórico da corrupção em terras brasileiras, Emerson Garcia e Rogério Pacheco³¹ lembram que a democracia não é fruto tão somente de um ato normativo que a define, mas reflexo de uma lenta evolução cultural e amadurecimento da consciência popular. Partindo de tal consideração, reconhecem os autores que, no Brasil, os altos índices de corrupção são decorrentes de práticas nefastas que remontam à colonização, em todas as esferas de poder e pelo fato de, por poucas décadas, ter se convivido com práticas democráticas, não obstante decorridos cinco séculos do seu descobrimento.

Merece destaque, ainda, a observação dos referidos autores³² sobre o tema:

A corrupção, em verdade, é um fenômeno social que surge e se desenvolve em proporção semelhante ao aumento do meio circulante e à interpenetração de interesses entre os componentes do grupamento. Sob esta ótica, os desvios comportamentais que infringem a normatividade estatal ou os valores morais de determinado setor em troca de uma vantagem correlata, manifestar-se-ão como formas de degradação de padrões éticos-jurídicos que devem reger o comportamento individual nas esferas pública e privada.

³⁰ SIMÃO NETO, Calil. *Op.cit.*, p. 43.

³¹ GARCIA, Emerson; PACHECO, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 5. ed.. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 8.

³² GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 5.

À vista desse forte aspecto cultural, o legislador constituinte entendeu por bem fazer investidas no âmbito do texto da Carta Magna objetivando munir o ordenamento jurídico de meios de combatê-lo, notadamente de forma eficaz e efetiva, minimizando os efeitos da impunidade culturalmente arraigada em nosso país.

Talvez justamente por isso que o estudo histórico da evolução constitucional a respeito da probidade administrativa no Brasil leva a concluir que não por acaso o constituinte de 1988 considerou imperiosa a tutela da moralidade administrativa, a prestação proba do serviço público, como também a reparação dos danos ao erário.

Especificamente no que respeita ao princípio da moralidade administrativa, não se pode olvidar que este há muito se encontra consagrado do ordenamento jurídico pátrio, não obstante a sua ausência de previsão expressa nas Constituições anteriores à atual. Contudo, foi a Carta Magna de 1998 que entendeu por bem contemplar em seu texto tal princípio regente da atuação administrativa, especificamente no art. 37, *caput*.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.” (grifos nossos).

Ao consignar esse princípio, a Lei Maior evidencia o interesse na tutela da probidade administrativa, que deve nortear a intenção do agente público estritamente vinculada ao propósito de se alcançar a satisfação do bem comum, do interesse público.

Na realidade, a moralidade administrativa surge como precedente lógico de toda conduta administrativa, que deve ser pautada na honestidade, na boa-fé, na lealdade, com a finalidade precípua da boa administração, e não obstante tal expressão ser por diversas vezes citada no texto constitucional, há de se reconhecer que uma definição exata do que vem a ser esse instituto é tema ainda muito discutido na doutrina e jurisprudência pátria, haja vista se tratar de uma norma aberta, sem conceito determinado.

Ao discorrer sobre a temática, José Antônio Lisbôa Neiva³³ reconhece a dificuldade na delimitação de um conceito de moralidade administrativa, tendo em

³³ NEIVA, José Antônio Lisbôa. *Op. cit.*, p. 3.

vista que não existe uma definição precisa ou aceitação uniforme na doutrina. Contudo, há quem entenda que ao administrador público, com base nesse princípio, caberia agir com base em princípios éticos, lealdade e boa fé, dever de neutralidade, reserva em suas manifestações, de discricção, de sigilo profissional, além de denunciar fatos ilícitos de que tenha conhecimento em razão de suas funções. Por fim, pontua o dito autor que há ainda quem sustente que a ofensa à moral comum consiste em violação à moralidade administrativa.

Em que pese a dificuldade de se precisar o que realmente vem a ser esse princípio, dada a sua pouca densidade jurídica e a dificuldade teórica de se precisar seu conteúdo, percebe-se que da própria Constituição podem ser extraídos elementos para a sua densificação, bem como tal pode ser extraída do próprio caso concreto.

Gilmar Ferreira Mendes³⁴, por exemplo, entende que a tal princípio pode ser atribuído alguma densificação a partir de certos parâmetros, a outros princípios fundamentais que funcionem como diretriz para a atuação da Administração Pública, como o princípio da proporcionalidade e o da isonomia.

Nessa linha de ideias, interessante destacar o comentário produzido pelo renomado autor Uadi Lammêgo Bulos³⁵ no que toca ao princípio da moralidade, cujo teor cumpre transcrever:

Note-se que, ao incluir a moralidade administrativa entre os princípios cardais da Administração Pública, o constituinte prescreveu em linguagem lacônica, justamente porque o primado varia em *fundamento, grau, densidade e expansão*:

- fundamento – a moralidade administrativa equivale ao conjunto de preceitos tirados da estrutura interna da Administração, os quais têm em vista a moral profissional, isto é, a conduta honesta, proba e honrada do “bom administrador”;
- grau – a moralidade administrativa evidencia o comportamento zeloso, sério, dedicado, isento dos vícios e das mazelas humanas, as quais comprometem o espírito público do mandatário de uma coletividade;
- densidade – a moralidade administrativa, estritamente tomada, é algo que equivale à boa-fé e à lealdade, não como categorias que se confundam com ela, mas em oposição à astúcia, à malícia e à dissimulação e
- expansão – o administrador público é aquele que equaciona a receita e a despesa, tratando com lisura e decência as finanças públicas, sem desvirtuar os dinheiros do Estado, zelando pelo erário, em vez de causar-lhe danos, pela prática de atos eivados de improbidade.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 682.

³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 985.

Hugo Nigro Mazzilli³⁶, por sua vez, ao tratar sobre o princípio da moralidade a ser seguido pela Administração Pública, expõe o que verdadeiramente pretendeu a Constituição com a sua previsão. Na sua visão, deve o administrador observar a moralidade administrativa sem confundi-la com a moralidade filosófica ou jurídica. Assim, ele deve ficar se sujeitar a princípios ético-jurídicos existentes no ordenamento pátrio, dentre os quais menciona a honestidade, imparcialidade e lealdade.

Dessa forma, vislumbra-se como acertado que o entendimento acerca do princípio da moralidade administrativa deva ser aferido no caso concreto, e com base em parâmetros fixados na Lei Maior. Contudo, não seria forçoso concluir que o agente público que pauta a sua atuação nesse princípio deve exercer suas funções orientado por padrões de comportamento que tem como base a imparcialidade, honestidade, proporcionalidade, razoabilidade, probidade etc., sem que seja necessário se valer da Administração Pública com vistas a auferir vantagens indevidas para si ou para outrem, ao arrepio da lei.

Ao consagrar esse princípio, a Lei Maior evidencia o interesse na tutela da probidade administrativa, que deve nortear a intenção do agente público estritamente vinculada ao propósito de se alcançar a satisfação do bem comum, do interesse público.

Nesse contexto, é fato que não se pode falar em moralidade dissociada da probidade. Esses institutos estão intimamente ligados, recebendo ambos a proteção em nosso sistema constitucional. Há quem diga – a exemplo de Marcelo Figueiredo³⁷ – que “a probidade é espécie do gênero ‘moralidade administrativa’.” De outra borda, há quem defenda “ser o princípio da probidade mais amplo do que o da moralidade, já que abrangeria todos os demais princípios constitucionais da administração pública³⁸”.

A probidade da administração pública é essência da democracia, é predicado inerente ao Estado Democrático de Direito, constituindo-se em prerrogativa cuja titularidade não é meramente individual e sim coletiva, do povo, em prol de quem devem atuar os titulares das funções administrativas do Estado.

³⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 191.

³⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 1997, p.21.

³⁸ GARCIA; ALVES *apud* ALMEIDA, p. 561.

Gregório Assagra de Almeida³⁹, ao discorrer sobre a probidade administrativa, defende ser tal princípio constitucional decorrente do princípio democrático e do princípio constitucional da solidariedade coletiva, os quais impõem ao administrador o dever de obediência à Constituição e às leis as quais esteja sujeito, bem como o dever de honestidade e de lisura.

Na verdade, tal constitui um direito de cidadania e nada mais natural que a Constituição, ao dispor sobre a organização do Estado, dentre outras coisas, tenha estabelecido parâmetros e meios de controle da conduta e atos de seus agentes com vistas a tutelar o direito transindividual à probidade da Administração Pública. Não seria forçoso, nessa oportunidade, citar os dispositivos que se reportam à probidade, quais sejam, os art. 15, § 9⁴⁰ e 85, inciso V⁴¹.

Além disso, a Constituição em seu art. 15, V⁴², cuidou em prever a hipótese de suspensão e perda de direitos políticos em caso de prática de ato de improbidade.

De toda forma, em estando tais princípios diretamente imbricados, resta claro que o reconhecimento da vedação aos atos de improbidade é uma forma de concretização do princípio da moralidade administrativa contemplado na Constituição Federal em seu, art. 37, § 4^o e 5^o. Tais comandos, devidamente combinados à Lei 8.429/92, constituem seu arcabouço normativo.

Dentre os meios de controle desses atos, a Lei Maior prevê consequências para as condutas que importem em violação do dever de probidade, senão vejamos:

Art. 37. *Omissis*.

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

Observe-se, pois, que o legislador constituinte, apesar de não ter se preocupado em conceituar a expressão improbidade administrativa, inova

³⁹ ALMEIDA, *Op. cit.*, p. 561.

⁴⁰ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: § 9^o Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

⁴¹ Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: V - a probidade na administração.

⁴² Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4^o.

sobremaneira com a previsão dessas sanções/consequências em caso de restar configurado ato de improbidade administrativa, pois, diferentemente das Constituições anteriores, não se limitou a tutelar tão somente a preservação ou recomposição do patrimônio público ou os atos da administração, se propondo a punir os responsáveis por tais condutas. No mais, remeteu ao legislador infraconstitucional a sua regulamentação.

Válido pontuar que o dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 8.429/92, consoante relatado anteriormente, a qual instituiu a tipologia desses atos e suas respectivas sanções.

Decerto, essa previsão de regulamentação dos atos de improbidade aponta para a preocupação do constituinte com a proteção do patrimônio público e com o caráter normativo dos princípios e, sobretudo, com a efetiva observação dos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público.

No que concerne especificamente ao princípio implícito da supremacia do interesse público, tem-se como indiscutivelmente relevante para a harmonia e o convívio social, pois em um Estado Democrático de Direito tal qual se vive, toda atividade estatal deve buscar a consecução de uma finalidade pública, com estrita observância da sistemática legal.

A supremacia do interesse público em detrimento do particular é uma norma constitucional implícita, como dito anteriormente, e decorre dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, com a finalidade de nortear a atuação administrativa (supremacia do interesse público, juntamente com a legalidade constituem princípios que estabelecem as prerrogativas, privilégios e autorização para a Administração Pública). Nesse sentido, merece destaque os comentários tecidos pela renomada jurista Elody Nassar⁴³, quando esta defende que os princípios constitucionais insculpidos no art. 37 da Constituição representam manifestações da indisponibilidade do interesse público e delimitam a atividade administrativa aos comandos normativos genéricos que expressam as finalidades eleitas pela coletividade afastando, dessa forma, interesses particulares do administrador.

Em função desse princípio, dentre outros, é que o texto constitucional excepcionou a previsão legal de prescrição das ações com vistas a recompor danos

⁴³ NASSAR, Elody. **Prescrição na administração pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 358.

decorrentes de conduta lesiva ao erário, seja qual for a esfera de poder, nos termos do art. 37, § 5º, segundo o qual a lei deve estabelecer prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao Erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Observa-se, pois, nesse contexto, que emergem divergências acerca da incidência do instituto da prescrição em relação às ações de ressarcimento por danos causados ao erário por ato de improbidade administrativa. E, é justamente essa divergência de interpretação do artigo 37, §5º da Constituição, que separa a doutrina e a jurisprudência em duas perspectivas de interpretação: aqueles que sustentam a imprescritibilidade das referidas ações e os que afirmam serem elas prescritíveis.

Isso porque o referido dispositivo constitucional, na visão de alguns autores, dá margem a dúvidas, tendo em vista que a regra geral é a da prescritibilidade das ações, a qual encontra respaldo no princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas.

O princípio da segurança jurídica é fundamento de validade do instituto da prescrição, de grande relevância no ordenamento jurídico, e que igualmente afigura-se como determinante para a harmonia e o convívio social. Em qualquer área do Direito, é princípio de ordem pública e tem como objetivo estabilizar as relações jurídicas.

Nesse ponto, vislumbra-se a necessidade de compatibilização dos princípios constitucionais da supremacia do interesse público e o da segurança jurídica do particular em face da ação punitiva do Estado. Isso porque é justamente com esteio no princípio da segurança jurídica, em que se funda o instituto da prescrição e, conseqüentemente a crítica acerca da imprescritibilidade das ações de ressarcimento por dano ao erário.

Observe-se, pois, que não há como desenvolver o presente trabalho sem antes traçar alguns aspectos gerais acerca do instituto da prescrição, consoante segue.

4 PRESCRIÇÃO

O decurso do tempo é um relevante fator à compreensão dos fenômenos sociais, dentre os quais o Direito. Isso porque este, enquanto sistema de normas, estabelece critérios com vistas a disciplinar o tempo, como forma de criar parâmetros e estabilizar as relações jurídicas.

A propósito, destaque-se a lição de Elody Nassar⁴⁴:

No caso do Direito, as normas jurídicas, entre as quais as de natureza constitucional e infraconstitucional, atuam de modo a construir uma compreensão limitada do fenômeno temporal, sendo uma das formas pelas qual a realidade resulta estruturada, assumindo, primordialmente, a feição e a função de um instituto ou mecanismo voltado à ideia de ordem.

Essa interferência do Direito no tempo se dá por intermédio da atuação do legislador e a prescrição, dentre outros vários, constitui uma dessas formas jurídicas existentes no ordenamento pátrio. Trata-se de uma ficção legal em que se estabelece prazos para que o titular do direito violado exercite sua pretensão com vistas a protegê-lo. Desse modo, esse instituto de ordem pública, estritamente ligado à noção de segurança jurídica, cuja pretensão é justamente estabilizar as relações sociais, elimina incertezas geradas pela inércia do titular de um direito violado ao longo do tempo. Em um Estado Democrático de Direito, tal se mostra imprescindível à preservação da ordem jurídica ao estabelecer limites e assegurar um sistema mínimo de garantias.

Ao traçar aspectos gerais sobre a prescrição, Elody Nassar⁴⁵ leciona:

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

Há divergências na doutrina no que respeita à definição de prescrição, dividindo-se os autores em três correntes. A primeira delas segue a linha de que a

⁴⁴ NASSAR, Elody. *Op. cit.*, p. 4.

⁴⁵ NASSAR Elody. *Op. cit.*, p. 12.

prescrição atinge o direito subjetivo. Já a segunda, entende que esta ocasiona a perda do direito de ação e, por fim, há os que defendem que a consumação da prescrição culmina na perda da pretensão. Esta última é a linha adotada pelo Código Civil – Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que, em seu art. 189, reza: “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”.

Em seu artigo 205, o atual Código Civil estabeleceu a prescrição ordinária, em 10 anos, não mais distinguindo as ações reais das ações pessoais e, no art. 206, os prazos especiais, que variam de 01 a 05 anos.

Assim, a prescrição é um instituto que objetiva regular a perda da pretensão de exigir judicialmente um direito violado, devido ao decurso de determinado período de tempo.

Leonardo Carneiro da Cunha⁴⁶ é um dos autores que defendem essa última linha de entendimento acerca da prescrição, de que tal importaria no “encobrimento da pretensão” e não na perda ou extinção do direito de ação.

O Código Civil tem substancial influência na construção dos institutos do Direito Administrativo. Os princípios gerais constantes do Código Civil, norteadores do instituto da prescrição são de extrema valia para a sua compreensão no âmbito do Direito Administrativo.

Normalmente, tratando-se de Administração Pública, a prescrição, resta fixada em 05 (cinco) anos. Decerto, há exceções, mas sem dúvidas, é recorrentemente visto na legislação a chamada de prescrição quinquenal.

Inicialmente, pode-se mencionar o Decreto nº 20.910/32, que estabeleceu em 5 (cinco) anos a prescrição administrativa com relação à Fazenda federal, estadual e municipal, nos termos do art. 1º, segundo o qual:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

⁴⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro. **A fazenda pública em juízo**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 71.

Por sua vez, o Decreto-Lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942, estendeu o conceito de Fazenda Pública às autarquias e fundações públicas para beneficiá-las com a prescrição quinquenal, senão vejamos:

Art. 2º O Decreto n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos.

Tratando-se de créditos tributários, o prazo fixado é de cinco anos para a respectiva ação de cobrança, a teor do art. 174 do Código Tributário Nacional.

A Lei nº 8.112/90, em seu art. 110, estabelece 05 (cinco) anos para questionar atos de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade. Já a Lei nº 9.636/98 estabeleceu em 05 (cinco) anos a prescrição de débitos com a Fazenda Pública (art. 47).

Igualmente, há expressa menção ao prazo de 05 (cinco) anos para propositura de ação cuja finalidade é requerer indenização por danos causados por pessoa de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviços públicos, nos termos do art. 1º C da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, como também no art. 54 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que disciplina o processo administrativo no âmbito federal (em casos em que não houve comprovada má-fé).

Como se pode ver, o regime dos prazos prescricionais, na verdade, é previsto em diversos diplomas legais, sobretudo aqueles que integram o microsistema do direito coletivo, tais quais relativos à ação popular e à Lei de Improbidade Administrativa.

O prazo de 05 (cinco) anos também é o que o cidadão dispõe para propor ações populares, nos termos do art. 21 da Lei nº 4.717, de 26 de junho de 1965.

Saliente-se que, nesse contexto, a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1965, Lei da Ação Civil Pública, não alude a nenhum prazo prescricional, entendendo alguns autores que a tal se aplicaria o prazo previsto para a ação popular.

Por fim, esse prazo de 05 (cinco) anos também previsto na Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa, nos termos do art. 23, inciso I, em que pese haver outros regramentos acerca da prescrição, consoante será disposto a seguir.

4.1 PRESCRIÇÃO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Consoante disposto em momento anterior, o dispositivo constitucional encartado no artigo 37, § 4º foi regulamentado pela Lei nº 8.429/92, a qual instituiu a tipologia desses atos e suas respectivas sanções, delimitando uma significativa diferença no que respeita à ação popular e à ação civil pública, haja vista o seu caráter eminentemente repressivo.

Em linhas gerais, a Lei nº 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa é uma lei de caráter nacional que veicula a classificação das condutas ímprobas em três grandes tipos sancionadores, quais sejam, nos casos de enriquecimento ilícito, as que ocasionam dano ao erário e as que importam em lesão aos princípios que regem a Administração Pública, todas no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. Dentre várias outras coisas, a LIA igualmente cuidou em prever e graduar as sanções aos atos ímprobos (perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios), bem como os prazos prescricionais das ações destinadas a levá-los a efeito, notadamente em seu art. 23, cuja transcrição segue:

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

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

O dispositivo legal acima citado estabelece diferentes regras para a prescrição, a depender do vínculo do agente com o Poder Público. Em linhas gerais, tratando-se de vínculo temporário, previsto no inciso I, o lapso prescricional será de 05 (cinco) anos, o qual começará a fluir a partir da dissolução do vínculo, ou seja, do término do exercício do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança. Já no caso do servidor ímprobo ser ocupante de cargo efetivo, consignou o legislador no inciso II que tais ações sejam propostas dentro do prazo

prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

Cumprido ressaltar que, segundo boa parte da doutrina e jurisprudência pátrias, esse dispositivo legal é inaplicável às hipóteses de ressarcimento do dano. Isso porque a ele deve ser dada a interpretação conforme a Constituição, que em seu art. 37, § 5º, a seguir transcrito:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.** (grifos nossos)

Observe-se, pois, que pela interpretação literal, o dispositivo constitucional confere o caráter da imprescritibilidade às pretensões a serem ajuizadas em desfavor do agente ímprobo visando o ressarcimento dos danos por ele ocasionados ao erário. No mais, somente as outras sanções previstas no art. 12 da lei em questão poderiam ser atingidas pela prescrição.

Se contrapondo a esse entendimento, há aqueles que enxergam os ditames constitucionais sob uma outra perspectiva, ou seja, pelo entendimento de que tais são prescritíveis, sob pena de mácula ao ordenamento, notadamente ao princípio da segurança jurídica, haja vista impor uma perpetuidade em eventual condenação de natureza patrimonial.

Em oportunidade anterior, foi mencionado que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário 669069, admitindo a necessidade de se definir a correta interpretação do disposto no artigo 37, § 5º da Constituição Federal.

Segundo o relator do Recurso Extraordinário 669069, ministro Teori Zavascki, o que se questiona é o sentido e o alcance a ser dado à ressalva final do art. 37, §5 da Constituição, pelo que reconhece:

A questão suscitada no referido recurso “transcende os limites subjetivos da causa, havendo, no plano doutrinário e jurisprudencial, acirrada divergência de entendimentos, fundamentados, basicamente, em três linhas interpretativas: (a) a imprescritibilidade aludida no dispositivo constitucional alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário; (b) a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa; (c) o dispositivo não contém norma apta a consagrar imprescritibilidade alguma.

Saliente-se, por oportuno, que os adeptos da tese a favor da prescrição da ação visando recompor dano ocasionado ao erário, se subdividem em diversas outras correntes, a depender do diferente prazo prescricional aplicável.

O ponto alto da pesquisa cinge-se à abordagem do problema central do presente estudo, que é justamente essa dialeticidade existente entre as várias correntes doutrinárias e jurisprudenciais que se voltam, ora no sentido de proclamar a inexistência de prescrição das ações de ressarcimento ao erário, ora no de defender a tese da prescritibilidade.

4.2 TESES

4.2.1 Teses da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário

Minoria na doutrina tem comungado do entendimento de que da interpretação literal do §5º do art. 37 da Constituição Federal não se extrai a conclusão da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário. Isso porque, muito embora a Lei Maior tenha excluído as ações de ressarcimento ao erário do prazo prescricional a ser estabelecido por lei, não afirmou expressamente que estas seriam imprescritíveis. Note-se que o mesmo fator de interpretação literal da lei suscitado pelos defensores da imprescritibilidade também é elemento essencial dessa tese.

Para os que defendem essa corrente, embora haja uma ressalva constitucional, não há menção à imprescritibilidade e, para que haja exceção a uma regra geral, como a da prescrição, tal deveria estar expressamente firmada. Assim, a dita ressalva encartada no dispositivo constitucional em comento deve ser interpretada de forma ao constituinte ter concedido uma faculdade e não um dever ao legislador infraconstitucional regulamentar o prazo prescricional para as respectivas ações de ressarcimento.

Além disso, afirmam os partidários desse entendimento que admitir a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário violaria o princípio da segurança jurídica, bem como demais princípios gerais do direito que regem o instituto da prescrição. Isso porque em sendo a prescritibilidade das pretensões

(sobretudo as de natureza punitiva) regra geral do direito brasileiro, as pretensões de ressarcimento ao erário igualmente estariam sujeitas ao fenômeno extintivo.

Argumento dessa ordem encontra guarida no magistério de Elody Nassar⁴⁷, já que a autora entende que a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, ainda que em defesa do princípio da indisponibilidade do patrimônio público, carece de melhor sustentação, isso porque, direitos patrimoniais são prescritíveis e o estabelecimento de limites temporais, nesse caso, é uma questão de ordem pública.

Calil Simão Neto⁴⁸ reproduz esse mesmo entendimento, ao argumentar que a tese da imprescritibilidade implícita geraria uma insegurança jurídica eterna, estendendo-se os efeitos de uma eventual condenação do causador do dano ao erário aos descendentes, de forma infinita.

Um outro raciocínio defendido por autores como Elody Nassar consiste no fato de que a imprescritibilidade configura situação excepcional, tendo a Constituição expressamente admitido duas hipóteses, sendo elas previstas nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º. O primeiro se refere a crime de racismo, enquanto o segundo trata da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Ademais, em se tratando de exceção, a imprescritibilidade deve comportar uma exegese restritiva. Com efeito, na atual Lei de Introdução ao Código Civil, esse princípio permanece vigente, “vedando a interpretação extensiva e a analogia de normas excepcionais”.

Há também quem tenha suscitado o fato de que, se o próprio ordenamento jurídico prevê a prescrição de crimes como o de homicídio, de natureza grave, em vinte anos, por que não haveria a prescrição de interesse de cunho patrimonial?

Basicamente são esses os fundamentos trazidos por Rita Tourinho⁴⁹ para corroborar o entendimento acerca da prescritibilidade das ações em comento. A respeitável autora arremata seu raciocínio nos seguintes termos:

Militamos no sentido de ser dada plena eficácia a Lei de Improbidade, concordamos que agentes públicos ímprobos devem ser extirpados do

⁴⁷ NASSAR, Elody, *Op. cit.*, p. 375.

⁴⁸ SIMÃO NETO, Calil Simão. *Op. cit.*, p. 907.

⁴⁹ TOURINHO, Rita. **A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, outubro/novembro/dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-12-OUTUBRO-2007-RITA%20TOURINHO.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2014.

quadro da Administração Pública, devendo, também, reparar todo e qualquer dano causado ao patrimônio público. Porém, não concordamos com a interpretação extensiva que se vem atribuindo ao artigo 37, § 5º da Constituição Federal, pois tal interpretação viola o princípio da segurança jurídica, podendo ser mais lesiva ao interesse público do que o próprio dano material ou moral proveniente do ato de improbidade, diante das instabilidades que poderão rondar as relações jurídicas.

Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover⁵⁰, em respeitável artigo escrito sobre a temática, seguindo a linha da prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, pauta-se, em breve síntese, nos seguintes argumentos: a) a ocorrência da extinção da legitimação extraordinária do Ministério Público pelo decurso do prazo decadencial ou prescricional previsto no art. 23 da Lei nº 8.429/92, b) a ocorrência de prazos decadenciais, no entender da autora não sujeitos à interrupção e à suspensão, e de prazos prescricionais nos casos de condenação em multa e danos morais, ainda que falasse em imprescritibilidade do ressarcimento ao erário; c) a infelicidade da regra constitucional frente à necessidade ética de prazos extintivos dos direitos; d) a interpretação gramatical e teleológica do dispositivo constitucional – que deveria ser anotado como exceção à regra do direito administrativo, não como vedação à regra própria; e) o caráter penal e aflitivo da medida, ponderando inclusive que o próprio homicídio seria prescritível, e que a ausência de prazo prescricional gera intolerável insegurança jurídica; f) a jurisprudência, mesmo que assumidamente de forma direta ou indireta (prescritibilidade da ACP). Por fim, a autora traça um paralelo entre a ação de improbidade e a ação popular, para tanto aplicando o prazo prescricional de cinco anos do art. 21 da LAP à Ação de Improbidade. Em arremate, a autora afirma que a pretensão de ressarcimento ao erário está sujeita ao prazo prescricional previsto na legislação infraconstitucional, vez que a regra constante do parágrafo 5º do art. 37 da Constituição Federal não estabelece uma taxativa imprescritibilidade.

Adepto dessa tese, Marino Pazzaglini Filho⁵¹ pontua que a imprescritibilidade, por ser exceção ao princípio da segurança nas relações jurídicas, vem, em *numerus clausus*, expressamente consignada no Texto Maior (a exemplo do art. 5º, XLII e art. 5º, XLIV). Além disso, a ação civil de ressarcimento de danos causados ao Erário

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de Improbidade administrativa: decadência e prescrição. In: JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ALVIM, Eduardo Arruda.(Coord.). **Temas de improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p.1-35.

⁵¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.232/233.

sujeita-se aos prazos prescricionais fixados no plano infraconstitucional, visto que a prescrição atinge todas as ações patrimoniais, as quais não podem ficar indefinidas e instáveis no tempo.

Pertinente, neste momento, é trazer à baila o registro levado a efeito pelo respeitável doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo⁵², que antes comungava do entendimento no sentido da imprescritibilidade das ações em comento, mas que passou a enxergar a prescricibilidade como sendo a tese mais adequada, nos seguintes termos:

Até a 26ª edição deste Curso admitimos que, por força do § 5º do art. 37, de acordo com o qual os prazos de prescrição para ilícitos causados ao erário serão estabelecidos por lei, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, estas últimas seriam imprescritíveis. É certo que aderíamos a tal entendimento com evidente desconforto, por ser óbvio o desacerto de tal solução normativa. Com efeito, em tal caso, os herdeiros de quem estivesse incurso na hipótese poderiam ser acionados pelo Estado mesmo decorridas algumas gerações, o que geraria a mais radical insegurança jurídica. Simplesmente parecia-nos não haver como fugir de tal disparate, ante o teor desatado da linguagem constitucional.

Já não mais aderimos a tal descabida inteligência. Convencemo-nos de sua erronia ao ouvir a exposição feita no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, pelo jovem e brilhante professor Emerson Garbado, o qual aportou um argumento, ao nosso ver, irresponsável, em desfavor da imprescritibilidade, a saber: o de que com ela restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo. De fato, o Poder Público pode manter em seus arquivos, por período de tempo longuíssimo, elementos prestantes para brandir suas increpações contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições desfavoráveis que se lhes fizessem.

Não é crível que a Constituição possa abonar resultados tão radicalmente adversos aos princípios que adota no que concerne ao direito de defesa. Dessarte, se a isto se agrega que quando quis estabelecer a imprescritibilidade a Constituição o fez expressamente como no art. 5º, incs. LII e LXIV (crimes de racismo e ação armada contra a ordem constitucional) – e sempre em matéria penal que, bem por isto, não se eterniza, pois não ultrapassa uma vida –, ainda mais robustece a tese adversa à imprescritibilidade. Eis, pois, que reformamos nosso anterior entendimento na matéria.

Como explicar, então, o alcance do art. 37, §º? Pensamos que o que se há de extrair dele é a intenção manifesta, ainda que mal expressada, isto é, de separar os prazos de prescrição do ilícito propriamente, isto é, penal, ou administrativo, dos prazos das ações de responsabilidade, que não terão porque obrigatoriamente coincidir. Assim, a ressalva para as ações de ressarcimento significa que terão prazos autônomos em relação aos que a lei estabelecer para as responsabilidades administrativa e penal.

Qual seria, então, o prazo prescricional a vigorar nos casos de dano ao erário?

Pensamos que os prazos prescricionais serão os mesmos acima apontados

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 1064-1065.

para a decretação de invalidade dos atos viciados. Cinco anos, quando não houver má-fé e dez anos, no caso de má-fé – sempre contados a partir do término do mandato do governante em cujo período foi praticado o ato danoso.

Em resumo, entendem tais autores que as ações de ressarcimento, ditas como imprescritíveis, sem limites temporais, ainda que em defesa do princípio da indisponibilidade do patrimônio público, estão a merecer maior sustentação por parte da doutrina e da jurisprudência, haja vista que a prescrição é um fenômeno inerente à existência e validade do direito.

4.2.1.2 Prazos prescricionais aplicáveis às ações de ressarcimento ao erário, segundo seguidores da tese da prescritibilidade.

Nesse contexto, cumpre mencionar que a tese da prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, em que pese seu caráter minoritário, chegou a encontrar eco na jurisprudência do STJ – Superior Tribunal de Justiça.

Inafastavelmente, em sendo rechaçado o entendimento acerca da imprescritibilidade, é reconhecida a necessidade de fixação de prazo para que se possa exercer a pretensão de ressarcimento pelos danos ocasionados ao erário. É sob esse prisma que se pode dizer que os seguidores dessa corrente doutrinária se dividem, não seguem uníssonos. Isso porque, de um lado, há os que se filiam à tese de que às ações de ressarcimento ao erário aplicar-se-ia o prazo prescricional estabelecido na legislação civil, enquanto outros comungam do entendimento de que a tais ações se aplicaria, por analogia, o prazo prescricional previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular, ou até mesmo o prazo quinquenal disposto na própria Lei de Improbidade Administrativa.

Sob a ótica da legislação civil, a prescrição adotada era, inicialmente, vintenária. Seu fundamento estava nos arts. 177 e 179 do Código Civil então vigente, que estabelecia o prazo prescricional genérico para as ações pessoais. Em momento posterior, essa corrente passou a defender a prescrição decenal (quando a lei não fixar prazo menor) com base no art. 205 do atual CC e na regra de transição do art.2.028. São adeptos da incidência desse prazo prescricional Calil Simão⁵³,

⁵³ SIMÃO NETO, Calil. *Op. cit.*,p. 908.

Marino Pazzaglini Filho⁵⁴, bem como Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery⁵⁵.

Paralelamente, há os que defendem a incidência do prazo prescricional quinquenal previsto na Lei nº 4.717/65. Em que pese alguns autores⁵⁶ entenderem que o artigo 21 da Lei da Ação Popular ter sido revogado com o advento da Constituição de 1988, trata-se, pois, de uma visão que chegou a reverberar em precedentes do STJ, sendo importante destacar o Resp 406.545⁵⁷/SP (Anexo 1), de 09/12/2002, oportunidade na qual o Ministro Luiz Fux relatou o Acórdão com voto favorável ao reconhecimento da prescrição quinquenal da ACP de ressarcimento ao erário, por analogia ao prazo prescricional previsto para Ação Popular.

Entretanto, não se pode comungar do entendimento exarado no citado acórdão, justamente porque a invocação de regras do microsistema não pode ocorrer para proteger de forma deficiente os interesses tutelados pela denominada jurisdição civil coletiva.

Ademais, o acórdão é isolado e não reflete o entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, Corte esta com competência constitucional para apreciação do comando do art. 37, §5º, da Constituição Federal.

Note-se, pois, que o próprio relator do arresto acima, o respeitável Ministro Luiz Fux e atual membro do Supremo Tribunal Federal, bem como outros integrantes do Superior Tribunal de Justiça, acabaram orientando-se no sentido da desnecessidade de regulamentação dos prazos prescricionais das ações de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade administrativa, firmando posicionamento pela imprescritibilidade, veja-se excerto pinçado de julgado específico sobre a matéria em foco⁵⁸:

⁵⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civil, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal, legislação e jurisprudência atualizadas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 234.

⁵⁵ NERY JÚNIOR; NERY *apud* NASSAR, *Op. cit.*, p. 263.

⁵⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 338, comenta: "O art. 21 da Lei Federal nº 4.717/65 não se aplica, portanto, às hipóteses de improbidade administrativa lesiva ao erário e até mesmo à ação popular constitucional, porque, cotejado com a norma constitucional, exsurge evidente incompatibilidade, estando, por isso, revogado".

⁵⁷ STJ. **Resp. nº 406.545/SP**, 1ª Turma, Rel. Luiz Fux, DJ 09/12/2002, p.292, RSTJ Vol. 169, p. 214. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28406545%29+E+%28%22LUIZ+FUX%22%29.min.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 13 maio 2014.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ED no Resp. 716991**, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Dje

In casu, o fato de a Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa veicular apenas pedido de ressarcimento ao erário coadjuvado pelo novel entendimento desta Corte, no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, conduz ao desprovimento da pretensão recursal quanto à ocorrência da prescrição para a propositura da ação *ab origine*.

Em sentido convergente, veja-se excerto pinçado de aresto do STJ, específico sobre a matéria em foco⁵⁹:

ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPRESCRITIBILIDADE. CONTRATO. NULIDADE APÓS EXAME FÁTICO. REVISÃO PELO STJ.IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. **A Primeira Seção do STJ firmou entendimento no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos causados ao Erário por atos de improbidade administrativa.**

2. A Corte a quo, ao confirmar a sentença, concluiu, após analisar o contexto fático-probatório dos autos, pela nulidade do contrato. Não há como o STJ rever esse entendimento, sob pena de esbarrar no óbice de sua Súmula 7.

3. Agravo Regimental não provido.

Observa-se, dessa forma, que os julgados acima refletem o posicionamento dominante no Tribunal da Cidadania, que albergou a tese da imprescritibilidade, temática esta que será minudentemente exposta a seguir.

4.2.2 Teses da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário.

Tratando-se de ações de ressarcimento por danos causados à Administração Pública decorrentes de atos de improbidade administrativa, a corrente majoritária, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria, sustenta a tese da imprescritibilidade, notadamente por enxergar que tal entendimento é fruto da ressalva constitucional encartada na segunda parte do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 37. *Omissis*. §5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que

23/06/2010.

Disponível

em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=716991&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 09 maio 2014.

⁵⁹

STJ. AgRg nos AREsp n.º 348417/DF, 2ª Turma, Rel. Herman Benjamin, DJe 04/10/2013.

Disponível

em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=improbidade+imprescritibilidade+dano&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 13 maio 2014.

causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento**” (grifos acrescidos).

Essa linha de raciocínio encontra guarida na abalizada doutrina de Pedro Roberto Decomain⁶⁰. O renomado autor reza que o dispositivo mencionado veicula dois comandos dirigidos ao legislador ordinário, sendo que o primeiro deles impõe a regra geral, que é a de estabelecer o prazo de prescrição para as punições aplicáveis aos agentes públicos por atos que importem em prejuízo ao erário, enquanto o segundo impõe que não se estabeleça prazo para prescrição da pretensão de ressarcimento de danos impostos ao erário. Para concluir o raciocínio, arremata que a ressalva não teria o menor sentido em constar no dito dispositivo se o legislador tivesse a intensão de reputar prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário (do contrário, teria se limitado à primeira parte do parágrafo em comento). Dessa forma, acaso tivesse sido redigido sem a ressalva, não restaria qualquer controvérsia.

Outrossim, é sob essa perspectiva da imprescritibilidade que os consagrados autores Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁶¹ enxergam⁶² a dicção do art. 37, § 5º da CF:

É voz corrente que o artigo 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. 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.

Fábio Medina Osório⁶³, mesmo tendo ousado modificar o entendimento antes

⁶⁰ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 392-393.

⁶¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Op. cit.*, p. 644.

⁶² Igualmente, compartilham do mesmo entendimento, os seguintes autores: MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 207: “Em suma, é, pois, imprescritível a ação civil pública para recomposição do patrimônio público, não se lhe aplicando as regras de prescrição do Direito Privado”; NEIVA, José Antônio Lisboa. *Op. cit.*, p.372: “Por sua vez, em relação ao ressarcimento dos danos decorrentes de ato ilícito, a pretensão é imprescritível, nos termos da parte final do §5º do art. 37 da Constituição Federal, expresso no sentido de que 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”; MARQUES, Silvio Antônio. *Op. cit.*, p. 133: “Por força do art. 37, § 5º da CF, a lei deve estabelecer ‘os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento’. Entende-se, por isso, que a ação de responsabilidade por atos de improbidade administrativa está sujeita ao prazo prescricional do art. 23 da Lei nº 8.429/92, mas as ações referentes aos prejuízos provocados ao patrimônio público são imprescritíveis, cabendo a propositura da ação civil pública ou outras ações a cargo do órgão ou entidade pública”.

aventado aceitando, desta feita, a tese da prescritibilidade, reconhece a força do comando normativo consignado no art. 37, § 5º, dele extraíndo a seguinte conclusão:

Sustentei, anteriormente, em outra obra, a ideia da imprescritibilidade dessas ações, defendendo-a sob um ponto de vista ideológico. Melhor refletindo sobre o assunto, parece-me que, ideologicamente, se mostra inaceitável tal tese, embora, pelo ângulo dogmático, não haja alternativa hermenêutica. Até mesmo um crime de homicídio (art. 121, *caput*, CP) sujeita-se a prazo prescricional, por que uma ação por danos materiais ao erário escaparia desse tratamento? Dir-se-á que essa medida não constitui uma “sanção”, eis a resposta. Sem embargo, tal medida ostenta efeitos importantes e um caráter nitidamente “afetivo” de um ponto de vista prático. Ademais, gera uma intolerável insegurança jurídica a ausência de qualquer prazo prescricional. A melhor solução talvez fosse fixar um prazo (elevado) mínimo de prescrição para essas demandas, jamais proibir, expressamente, a configuração legislativa de prazos prescricionais para os casos de ressarcimento. De qualquer modo, já se disse que a reparação do dano não é uma sanção, motivo pelo qual fica de fora do Direito Administrativo Sancionador. O constituinte de 1988 mandou que o legislador ressalvasse, sempre, as ações de ressarcimento, deixando-as de fora dos prazos prescricionais que deveriam ser estabelecidos nas hipóteses de ilícitos contra a Administração Pública. **Trata-se de norma constitucional, que não está, por óbvio, sujeita a um juízo de inconstitucionalidade, sequer em face de princípios superiores, v.g., segurança jurídica. Não há “normas constitucionais inconstitucionais”, como se sabe. Nada impede, todavia, sob o ângulo doutrinário, uma crítica a essa espécie de postura. Aos operadores jurídicos, de qualquer sorte, cumpre respeitar a soberana decisão, ajuizando e julgando as ações cabíveis.** (grifos acrescentados)

Note-se, pois que, Fábio Osório, em que pese no campo doutrinário defender a tese da prescritibilidade, reconhece que a Constituição atual preferiu a imprescritibilidade do ressarcimento dos danos ao erário.

Resulta inarredável, pois, a conclusão de que à norma constitucional deve ser atribuído o sentido de máxima efetividade, o que ainda pode ser combinado com o princípio da força normativa da constituição⁶⁴, do qual se infere que entre as interpretações possíveis deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.

Isso implica reconhecer que a fixação do prazo prescricional para o exercício da pretensão condenatória de ressarcimento ao erário não está submetida à

⁶³ Osório *apud* Nassar. *Op. cit.*, p. 353.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 96. “De alguma forma contido no princípio da máxima efetividade, fala-se no princípio da força normativa da Constituição. Com este, propõe-se seja conferida prevalência aos pontos de vista que tornem a norma constitucional mais afeita aos condicionamentos históricos do momento, garantindo-lhe interesse atual, e, com isso, obtendo-se 'máxima eficácia, sob as circunstâncias de cada caso'”.

regulamentação legal, na medida em que o próprio legislador constituinte originário ressalvou expressamente a imprescritibilidade de tal pretensão.

Oportunas, nesse contexto, são as observações de José Antonio Lisboa Neiva⁶⁵, quando destaca que a ressalva constante do §5 do artigo 37 da CF é clara no que respeita à imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, sendo tal conclusão extraída da própria Constituição, independentemente de qualquer regulamentação infraconstitucional. Ademais, entende que descabe ao intérprete substituir a vontade do Poder Constituinte originário para restringir o direito à recomposição do dano decorrente de atos ilícitos.

Deve-se consignar, nessa oportunidade, que os que comungam dessa tese não ficam adstritos à literalidade do texto constitucional, mas utilizam também como fundamento o princípio supremacia e da indisponibilidade do interesse público, os anseios de proteção ao patrimônio público, bem como em função da opção do constituinte pela imprescritibilidade diante da dificuldade de apuração dos danos causados ao erário.

Com efeito, trata-se o dispositivo em comento de uma norma almejada pelo poder constituinte, que cria uma situação excepcional em razão do que representa para o país o problema da lesão ao patrimônio público, sobretudo em decorrência da corrupção.

Enfim, a interpretação há de ser, forçosamente, sistemática e teleológica, permeada pelos valores explícitos e implícitos na Constituição Federal, com especial destaque para a supremacia do interesse público sobre o particular, sendo, portanto, inconstitucional qualquer interpretação que prescindida da importância dada pela Constituição Federal à defesa do patrimônio público.

Rodolfo de Camargo Mancuso e Fernanda Tartuce⁶⁶ defendem que, se a Constituição Federal excluiu a possibilidade de lei ordinária de versar sobre a fixação de prazo prescricional nas hipóteses das ações de ressarcimento ao erário decorrente de ilícitos, optou pela imprescritibilidade de tal pretensão, mesmo que não tenha feito de forma expressa. Pelo menos é o que se depreende da análise sistemática e teleológica do ordenamento jurídico.

⁶⁵ NEIVA, José Antônio Lisboa. *Op. cit.*, p. 375.

⁶⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo; TARTUCE, Fernanda. Prescreve a pretensão ao ressarcimento por improbidade administrativa. In: JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.). **Temas de improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 446.

Ademais, há quem sustente que a reparação do dano não é uma sanção, motivo pelo qual fica de fora do Direito Administrativo Sancionador, não se sujeitando, portanto, à prescrição.

Independentemente de ser considerada ou não uma sanção, tem-se como sendo de extrema relevância a questão da reparação do dano, pois como bem frisa o renomado autor Fredie Didier⁶⁷, além da dimensão difusa da defesa do patrimônio público, tal apresenta aspectos até mesmo transgeracionais, tendo em vista que a defesa desses direitos assegura às gerações futuras um Estado mais hígido.

A questão da imprescritibilidade das ações de ressarcimento dos danos ao erário foi levada à discussão no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Mandado de Segurança n.º 26.210⁶⁸. Não obstante terem sido aventadas, na oportunidade, distintas teses pelos ministros, a tese da imprescritibilidade foi a acatada na decisão do Tribunal. Cumpre salientar que esse julgado se tornou um importante *leading case*, tendo influenciado posicionamentos mais uniformes, reverberando nos demais órgãos do Poder Judiciário. Estes, por sua vez, acabaram acatando a tese da imprescritibilidade em observância à interpretação constitucional levada a efeito pelo Supremo.

O precedente, inclusive, tem sido replicado em diversas decisões monocráticas no STF, consolidando o entendimento do Tribunal. O Ministro Ricardo Lewandowski, em voto proferido nesse julgamento, invocando a lição do ilustre doutrinador José Afonso da Silva, sustentou a tese da imprescritibilidade da ação, nos seguintes termos:

[...] No que tange à alegada ocorrência de prescrição, incide, na espécie, o disposto no art. 37, § 5o, da Constituição de 1988, segundo o qual:
“§ 5o – A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” [grifos nossos].
Considerando ser a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendo aplicável ao caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional.
Nesse sentido e a lição do Professor Jose Afonso da Silva:
“A prescrição, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral do direito. Não será, pois, de

⁶⁷ DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 375. v. 4.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS n. 26.210/DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julg. em 4.9.2008, *DJe* de 10 out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553769>>. Acesso em: 15 maio 2014.

Resta saber, a despeito da Repercussão Geral nº 669069, de relatoria do Ministro Teoria Albino Zavaski, anteriormente referida, se a posição do Supremo será mantida nesses termos, tendo em vista a considerável renovação dos ministros da Corte.

O que se sabe é que o próprio Ministro Teori Albino Zavaski⁷⁰ já se posicionou pela imprescritibilidade quando ainda integrava os quadros do Superior Tribunal de Justiça, mas defende uma interpretação restritiva desse entendimento, como por exemplo, no caso de danos decorrentes de atos culposos, senão vejamos trecho do voto exarado no REsp 764.278/SP:

Se a prescritebilidade das ações e pretensões é a regra - pode-se até dizer, o princípio -, a imprescritebilidade é a exceção, e, por isso mesmo, a norma que a contempla deve ser interpretada restritivamente. Nessa linha de entendimento, merece interpretação restritiva a excepcional hipótese de imprescritebilidade prevista no citado § 5º do art. 37 da Constituição Federal. O alcance desse dispositivo deve ser buscado mediante a sua associação com o do parágrafo anterior, que trata das sanções por ato de improbidade administrativa. Ambos estão se referindo a um mesmo conjunto de bens e valores jurídicos, que são os da preservação da idoneidade da gestão pública e da penalização dos agentes administrativos ímprobos. Assim, ao ressaltar da prescritebilidade "as respectivas ações de ressarcimento", o dispositivo constitucional certamente está se referindo, não a qualquer ação, mas apenas às que busquem ressarcir danos decorrentes de atos de improbidade administrativa de que trata o § 4º do mesmo art. 37. Interpretação que não seja a estrita levaria a resultados incompatíveis com o sistema, como seria o de considerar imprescriteíveis ações de ressarcimento fundadas em danos causados por seus agentes por simples atos culposos.

Igualmente, o Ministro Luiz Fux – hoje também no Supremo Tribunal Federal – possui entendimento firme e diverso do antes firmado (consoante julgado colacionado em item anterior), reconhecendo a imprescritebilidade do ressarcimento de danos ao erário, no bojo do AI 848482/RS (Anexo 2). Não seria forçoso transcrevermos ementa do acórdão⁷¹ prolatado em 27/11/2012:

[nyurl.com/czham5j](http://tinyurl.com/czham5j)>. Acesso em: 15 maio 2014.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 764278/SP**. Min. Teori Albino Zavaski. Primeira Turma. Dje 28/05/2008.. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28prescri%E7%E3o+improbidade%29+E+%28%22TEORI+ALBINO+ZAVASCKI%22%29.min.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15 maio 2014.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 848482/RS**. Rel. Min. Luiz Fux. Dje 22/02/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28848482%28ENUME%2E+OU+848482%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c3zhp7l>>. Acesso em: 16 maio 2014.

Subsiste, portanto, expectativas a propósito de a postura a ser adotada pelo STF, intérprete maior e guarda da Constituição, no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 669069.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitos doutrinadores entendem que toda e qualquer pretensão punitiva deva estar submetida a limites temporais para seu exercício, sob pena de violação à segurança jurídica. Esse princípio tutelado pela Constituição Federal e inerente ao Estado de Direito é fundamento de validade da prescrição, que representa um instituto imprescindível à estabilidade das relações jurídicas.

Igualmente albergados pela Lei Maior, os princípios da indisponibilidade do interesse público e da moralidade administrativa estão intrinsecamente relacionados à tutela do patrimônio público, bem como servem de fundamento à tese que defende a possibilidade de ressarcimento de danos ocasionados ao erário a qualquer tempo.

Nesse panorama, resta configurada uma antinomia entre normas constitucionais, a qual foi ponderada e dirimida pelo próprio legislador constituinte, ao privilegiar a tutela do patrimônio público e em detrimento da segurança jurídica do particular, quando da previsão à ressalva contida final do § 5º, do art. 37 da Constituição Federal, por tal importar em um interesse da coletividade. Inclusive, entende-se que justamente essa ressalva afasta qualquer margem de dúvida com relação a possíveis interpretações em sentido divergente, o que inclusive iria de encontro ao posicionamento que vem sendo firmemente adotado pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição em suas decisões.

Nesse caso, a Carta Magna de 1988 promoveu um novo compromisso social ao privilegiar a tutela do patrimônio público mitigando, via de consequência, o caráter geral da prescrição. Decerto, a impunidade e o histórico de lesão ao patrimônio público, notadamente em decorrência de corrupção, sempre colocaram em xeque a proteção de direitos fundamentais que refletem na qualidade de vida das pessoas, sobretudo no que se refere à concretização de direitos sociais. Isso porque, a destinação das verbas públicas tem um inegável relevo social e a busca pelo ressarcimento de danos ocasionados ao erário implica justamente na concretização desses direitos. Relevante novamente mencionar, nessa ordem de ideias, que a defesa do patrimônio público apresenta aspectos até mesmo “transgeracionais”, tendo em vista que confere às futuras gerações um Estado mais hígido, numa sociedade mais decente, livre e justa.

É cediço que o combate à corrupção está não somente entre uma das principais metas do país, como também da agenda internacional, pois constitui um

fato que põe em risco o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais da pessoa, por impedir não somente uma gestão igualmente democrática e transformadora das relações sociais, como também o exercício da cidadania plena.

A Lei de Improbidade Administrativa afigura-se como um importante instrumento de combate a esses métodos espúrios de lidar com a coisa pública ao prevê sanções com vistas a coibir atos dessa natureza e, dessa forma, assegurar o direito de todos a uma administração proba e pautada na moralidade. Tal norma também estabelece prazos de prescrição para ilícitos praticados por agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, regulamentando a previsão encartada na primeira parte do § 5º do art. 37 da Constituição. Note-se, pois, que não obstante a regra geral ser a da prescrição das ações em que se busca a sanção dos ilícitos administrativos, esta não possui caráter absoluto, exatamente porque a própria Constituição ressalva as ações de ressarcimento.

Nesse contexto, pode-se dizer que a exceção da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorre do princípio da supremacia do interesse público e busca tutelar o inafastável dever do agente público pautar a sua atuação em princípios como o da moralidade e da probidade, dentre outros albergados pela Constituição. O Estado não pode prescindir da recomposição desses recursos, por mais percalços que encontre nessa busca, pois eles são destinados a dar concretude (mediante a efetivação de direitos fundamentais e sociais), à tão falada dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Do contrário, essas verbas ficarão comprometidas e as consequências serão sentidas pelos administrados, pois inevitavelmente repercutirão na qualidade de vida de muitos deles.

De mais a mais, para além, pode-se observar que o ressarcimento do dano ao erário não se trata propriamente de uma sanção a incidir sobre a conduta do administrador ímprobo, corrupto ou coisa que o valha, mas de um restabelecimento de um estado de coisas antes existente, de inegável relevo social e que poderia ser utilizado não em detrimento de poucos, mas em prol do bem comum.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1218.htm>>. Acesso em 17 de abr. de 2014.

BRASIL. **Constituição Federal (1824), art.133**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 17 de abr. de 2014.

BRASIL. **Constituição Federal (1891), art. 54**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 17 de abr. de 2014.

BRASIL. **Constituição Federal (1934), art. 113, item 10 e 38**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 17 de abr. de 2014.

BRASIL. **Constituição Federal (1834), art.175, §13**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 17 de abril de 2014.

BRASIL. **Constituição Federal (1946), arts. 89, 141 §§ 37 e 38**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 17 de abr. de 2014.

BRASIL. **Constituição Federal (1946), art. 141 § 31**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 17 de abr. de 2014.

BRASIL. **Constituição Federal (1967)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 17 de abr. de 2014.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 01/69**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 17 de abr. de 2014.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em 26 de mai. de 2014.

BRASIL. **Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 26 de mai. de 2014.

BRASIL. **Decreto n.º 22.213, de 14 de dezembro de 1932.** Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=27379&norma=42869>>. Acesso em 26 de mai. de 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.240/57 de 08 de maio de 1941.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De13240.htm>. Acesso em 26 de mai. de 2014.

BRASIL. **Lei n.º 3.164, de 1º de junho de 1957.** Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=3164&tipo_norma=LEI&data=19570601&link=s>. Acesso em 26 de mai. de 2014.

BRASIL. **Lei n.º 3.502, de 21 de dezembro de 1958.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3502.htm>. Acesso em 26 de mai. de 2014.

BRASIL. **Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em 26 de mai. de 2014.

BRASIL. **Ato Complementar nº 42, de 27 de janeiro de 1969.** Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=42&tipo_norma=ACP&data=19690127&link=s>. Acesso em 26 de mai. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 669.069/MG.** Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. DJe 26/08/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28669069%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/kqn2bd9>. Acesso em: 17 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS n. 26.210/DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julg. em 4.9.2008, DJe de 10 out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553769>>. Acesso em 15 de mai. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 712435/SP.** Relatora Mini. Ellen Gracie. DJe 02/08/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28712435%2ENUME%2E+OU+712435%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/czham5j>>. Acesso em 15 de mai. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 848482/RS.** Rel. Min. Luiz Fux. DJe 22/02/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28848482%2ENUME%2E+OU+848482%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c3zhp7l>>. Acesso em 16 de mai. de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 764278/SP**. Min. Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Dje 28/05/2008.. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28prescri%27%2E30+improbidade%29+E+%28%22TEORI+ALBINO+ZAVASCKI%22%29.min.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 15 de mai. de 2014.

BRASIL, STJ. **Resp. n.º 406.545/SP**, 1ª Turma, Rel. Luiz Fux, DJ 09/12/2002, p.292, RSTJ Vol. 169, p. 214. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28406545%29+E+%28%22LUIZ+FUX%22%29.min.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 13 de mai. de 2014.

BRASIL. STJ. **ED no Resp. 716991**, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 23/06/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=716991&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 09 de mai. de 2014.

BRASIL STJ. **AgRg nos AREsp n.º 348417/DF**, 2ª Turma, Rel. Herman Benjamin, DJe 04/10/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=improbidade+imprescritibilidade+dano&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 13 de mai. de 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev e atual de acordo com a Ementa Constitucional n.º 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. Vol. 4. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 5ªed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

GRINOVER. Ada Pellegrini. Ação de Improbidade Administrativa: Decadência e Prescrição. In: JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ALVIM, Eduardo Arruda.(Coords). **Temas de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.

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

MANCUSO, Rodolfo de Camargo; TARTUCE, Fernanda. Prescreve a pretensão ao ressarcimento por improbidade administrativa. In: JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ALVIM, Eduardo Arruda.(Coords). **Temas de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 22ª ed.rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed, rev. E atual. Até a EC 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOURA, Miguel Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7ªed.atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro:Forense, 2005.

NASSAR, Elody. **Prescrição na Administração Pública**. 2ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed, rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEIVA, José Antônio Lisboa Neiva. **Improbidade Administrativa**. Legislação Comentada Artigo por Artigo. 3 ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 336.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SIMÃO NETO, Calil. **Improbidade Administrativa: teoria e prática: de acordo com a Lei n.º 12.846 de 01 de agosto de 2013, com a Lei complementar n.º 135 de junho de 2010: Ficha Limpa**. 2. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2014.

TOURINHO, Rita. **A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, outubro/novembro/dezembro de 2007. Disponível em:< <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-12-OUTUBRO-2007-RITA%20TOURINHO.pdf>>. Acesso em: 03 de jan. de 2014.

ANEXO A

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. PRESCRIÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA.

1. O Ministério Público é parte legítima para promover Ação Civil Pública visando ao ressarcimento de dano ao erário público.
2. O Ministério Público, por força do art. 129, III, da CF/88, é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social, não se limitando à ação de reparação de danos. Destarte, nas hipóteses em que não atua na condição de autor, deve intervir como custos legis (LACP, art. 5º, § 1º; CDC, art. 92; ECA, art. 202 e LAP, art. 9º).
3. A carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.
4. Em conseqüência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade).
5. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.
6. A Ação Civil Pública não veicula bem jurídico mais relevante para a coletividade do que a Ação Popular. Aliás, a bem da verdade, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microssistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. **Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio.**

7. O STJ sedimentou o entendimento no sentido de que o julgamento antecipado da lide (art. 330, I, CPC), não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória.

8. Recursos Especiais providos para acolher a prescrição quinquenal da ação civil pública. Recurso Especial da empresa à que se nega provimento.

(Grifos Acrescidos)

ANEXO B

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPRESCRITIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 26.210, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 10.10.08, fixou entendimento no sentido da imprescritibilidade da ação de ressarcimento de dano ao erário. 3. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “AGRAVO. DECISÃO PROFERIDA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRETENSÃO RESSARCITÓRIA. IMPRESCRITIBILIDADE. 1. Matéria possível de ser julgada por meio de decisão monocrática, na forma do art. 557 do Código de Processo Civil, haja vista a manifesta improcedência da pretensão recursal. 2. A pretensão ressarcitória é imprescritível, nos termos do que dispõe o art. 37, §5º, da constituição federal. Precedentes dos tribunais. RECURSO DESPROVIDO.’ 4. Agravo regimental desprovido.