



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VINÍCIUS COUTO PASCHOAL

**AS CONTROVÉRSIAS ACERCA DA
(IM)PRESCRITIBILIDADE DO DANO AO ERÁRIO:
AS OFENSAS AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Salvador

2019

VINÍCIUS COUTO PASCHOAL

**AS CONTROVÉRSIAS ACERCA DA
(IM)PRESCRITIBILIDADE DO DANO AO ERÁRIO:
AS OFENSAS AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Ms. Felipe Jacques

Salvador

2019

VINÍCIUS COUTO PASCHOAL

**AS CONTROVÉRSIAS ACERCA DA
(IM)PRESCRITIBILIDADE DO DANO AO ERÁRIO: AS
OFENSAS AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Salvador, 10 de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Felipe Jacques Silva – Orientador
Mestre pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Fabio Periandro de Almeida Hirsch
Doutor pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins
Doutor pela Universidade de Lisboa/Portugal
Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e força para superar e concluir essa etapa da minha vida, apesar de todas as dificuldades.

A Universidade Federal da Bahia que me proporcionou o ensino público, gratuito e de qualidade, possibilitando o convívio com docentes de distinta sabedoria, o que oportunizou a expansão do meu horizonte.

Aos meus pais, minhas irmãs e minha namorada, pelo suporte e incentivos, apesar das distâncias.

Aos meus amigos, que assim como eu estão concluindo o curso e trilhando seus caminhos, porém, não deixaram de me prestar o devido apoio.

Ao meu orientador, Ms. Felipe Jacques Silva, por todo suporte oferecido no tempo que lhe coube.

Ao Justrote por possibilitar momentos de diversão durante um cenário acadêmico bastante complicado.

E a todos os demais que de alguma forma fizeram parte desse pedaço da minha vida, o meu muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar a incompatibilidade da (im)prescritibilidade das pretensões ressarcitórias do Estado decorrentes das lesões ocasionadas ao erário com o ordenamento pátrio. Nesse sentido, coube demonstrar a importância do instituto da prescrição para o nosso ordenamento, o seu surgimento, bem como a sua atual aplicação na legislação brasileira. Ato contínuo, buscou-se apresentar a lesão ao erário, mostrando as suas características, mais especificamente os seus elementos, algumas condutas danosas aos cofres públicos e o posicionamento adotados pela Administração Pública quando está diante do ato lesivo, para assim chegar ao cerne principal do presente trabalho, qual seja, as controvérsias causadas diante da ininteligência do Art. 37, §5º, da Constituição Federal que possibilitou os tribunais decidissem em prol da imprescritibilidade em determinadas situações, de maneira que se procurou analisar o posicionamento doutrinário acerca do tema, observando os pontos de vistas de cada lado, além do enfoque que as cortes deram ao assunto, selecionando três julgados mais recentes que ganharam bastante relevância - o MS 26.210/2008, o RE 669.069/2016 e o RE 852.475/2018 - para assim construir uma análise crítica e bem fundamentada acerca do tema.

Palavras-chave: Dano ao erário; Ressarcimento aos cofres públicos; Administração Pública; Imprescritibilidade; Segurança jurídica.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the incompatibility of the imprescriptibility of the State's compensation claims resulting from the injuries caused to the treasury with the homeland order. In this sense, it is up to us to demonstrate the importance of the prescription institute for our organization, its emergence, as well as its current application in the Brazilian legislation. Next, we seek to present the injury to the treasury, showing its characteristics, more specifically, its elements, some harmful conduct to public coffers and the position adopted by the Public Administration when facing the injurious act, in order to reach the main core of the present work, namely, the controversies caused by the unintelligence of Art. 37, §5, which allows the courts to decide in favor of imprescriptibility. We also seek to analyze the doctrinal position on the subject, observing the points of view on each side, in addition to the focus the courts have given to the issue, selecting three recent judges that have gained considerable relevance - MS 26.210/2008, RE 669.069/2016 and RE 852.475/2018 - to build a well-grounded critical analysis of the matter.

Keywords: Injuries caused to the treasury; Reimbursement to the public coffers; Public Administration; Imprescribibility; Legal certainty.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
AgRg no AREsp	Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial
Art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNPq	Conselho Nacional de Pesquisa
CP	Código Penal
LAP	Lei de Ação Popular
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
Min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
TCE	Tomada de Contas Especial
TCU	Tribunal de Contas da União
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	8
2.	O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO NO BRASIL.....	10
2.1	A RAZÃO DE SER DO PRAZO PRESCRICIONAL.....	10
2.2	HISTÓRICO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO.....	11
2.3	O ATUAL PANORAMA DA PRESCRIÇÃO NO BRASIL	14
3.	A PRESCRIÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO E A LESÃO AO ERÁRIO.....	20
3.1	ELEMENTOS, CARACTERÍSTICAS E MEIOS REPARATÓRIOS DO DANO AO ERÁRIO.....	23
3.1.1	O ressarcimento por meio das vias judiciais.....	25
3.1.2	O ressarcimento por meio das vias administrativas.....	35
3.2	A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA PELO DANO AO ERÁRIO.....	40
3.3	HIPÓTESES DE DANO AO ERÁRIO.....	43
4.	A (IM) PRESCRITIBILIDADE DO DANO AO ERÁRIO.....	48
4.1	A DEFESA DA IMPRESCRITIBILIDADE DO DANO AO ERÁRIO.....	49
4.2	A DEFESA DA PRESCRITIBILIDADE DO DANO AO ERÁRIO.....	52
4.3	A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ACERCA DA (IM) PRESCRITIBILIDADE.....	55
4.3.1	Análise do Mandado de Segurança 26.210.....	56
4.3.2	Análise do Recurso Extraordinário 669.069.....	58
4.3.3	Análise do Recurso Extraordinário 852.475.....	61
5.	CONCLUSÃO.....	66
6.	REFERÊNCIAS.....	68

1. INTRODUÇÃO

A proteção das finanças públicas e uso correto das receitas é fator fundamental para que a Administração Pública exerça suas atividades em prol dos interesses de toda a coletividade de maneira eficiente, pensando nisso que o legislador permitiu ao Estado se valer de inúmeras formas de controle com vistas a combater energicamente a prática de irregularidades na utilização das verbas públicas, de modo que, caso verificada a inadequação, ensejara na responsabilização daquele que deu causa através das sanções cabíveis além do dever de ressarcir integralmente aquilo que foi subtraído.

A proteção ao erário ganhou respaldo constitucional com a edição do Art. 37, §5º, que, em seu fragmento inicial, outorgou a legislação infraconstitucional o dever de disciplinar os prazos prescricionais das penas cabíveis para aquele que incorresse contra as finanças públicas. Contudo, o fragmento final da norma constitucional deu ensejo a uma das controvérsias mais presentes no debate jurídico atual. Assim, a ininteligência do referido dispositivo permitiu ao aplicador do direito em algumas situações afastar a incidência dos prazos prescricionais nas pretensões ressarcitórias do Estado, mitigando, assim, determinados princípios constitucionais.

Nesse sentido que o segundo capítulo do presente trabalho vai procurar discorrer um pouco sobre o instituto da prescrição, demonstrando a sua real finalidade, seu primeiro registro no mundo e os primeiros aparecimentos no direito brasileiro, além de demonstrar como se dá sua aplicação na atualidade no que tange ao ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente nos ramos do direito civil e penal.

Ato contínuo, o capítulo terceiro terá como escopo apresentar a incidência da prescrição no campo do direito administrativo, em que se começa a traçar um paralelo entre este instituto do direito e a lesão causada aos cofres públicos que faz nascer a pretensão punitiva e ressarcitória do Estado. Assim sendo, entende-se importante trazer alguns elementos necessários a caracterização do dano e os meios que a legislação trouxe como forma de reaver os prejuízos que lhe foram causados.

Além disso, o referido capítulo busca demonstrar a responsabilização administrativa ensejada em razão da prática do ato danoso praticado em face do erário, seja ele de autoria de pessoa física ou jurídica, e, por fim, destrinchar algumas hipóteses lesivas que são cometidas com bastante frequência em face das finanças públicas.

Sendo assim, os capítulos seguintes mergulharão a fundo nas controvérsias trazidas pelo fragmento final do Art. 37, §5º, da Constituição Federal de 1988, presentes tanto na doutrina quanto na jurisprudência, demonstrando os posicionamentos defendidos por cada lado, e suas

próprias divergências internas, além dos entendimentos proferidos pelos tribunais ao julgar a matéria, dando enfoque a três casos recentes que ganharam bastante relevância - o MS 26.210/2008, o RE 669.069/2019 e o RE 852.475/2018, o que possibilita, assim, chegar em uma conclusão que se julga a mais adequada ao referido caso.

Por fim, o trabalho apresentará a técnica de pesquisa bibliográfica, a qual possibilitará a fundamentação do tema abordado de maneira relevante e de maneira que possa justificar o objeto em estudo e desenvolver coesão entre doutrinas, trabalhos científicos e precedentes judiciais.

2. O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO NO BRASIL

Ante ao tema que será o objeto de discursão da presente monografia, conforme demonstrado no capítulo anterior, imprescindível é o debate acerca do instituto da prescrição no direito brasileiro, tema bastante controvertido, seja na doutrina, seja na jurisprudência, a fim de melhor entender a sua aplicação nas hipóteses envolvendo relações firmadas frente à Administração Pública, mais especificamente no que toca ao ressarcimento dos danos causados ao erário decorrente da prática de atos ilícitos.

Sendo assim, diante da complexidade do referido instituto, serão abordados inicialmente os fundamentos que procuram justificar a incidência dos prazos prescricionais no direito, a sua relação com a busca da pacificação social, e a concretização da segurança jurídica e estabilidade das relações firmadas. Ato contínuo, será feita uma abordagem histórica acerca da incidência do instituto no mundo e suas primeiras aparições no direito brasileiro. Por fim, o presente capítulo terá desfecho com o debate acerca do atual panorama da prescrição no Brasil, apresentando suas características, discorrendo acerca da sua aplicação em algumas áreas do direito, tendo em vista a necessidade de fixar premissas a fim de discutir acerca da sua aplicação no Direito Administrativo.

2.1 A RAZÃO DE SER DO PRAZO PRESCRICIONAL.

É indiscutível os efeitos que o tempo pode provocar nas relações jurídicas, sendo requisito principal para a incidência dos institutos da prescrição e decadência. Com a evolução da sociedade ao longo dos anos, foi se percebendo que a perpetuidade das relações firmadas entre as pessoas acarretava na instabilidade social, não sendo razoável que o indivíduo pudesse, à luz do seu próprio arbítrio, exigir de outrem o cumprimento de uma certa prestação sem que houvesse limitação temporal.

Com isso, o decurso temporal deve funcionar como forma de estabilizar as relações firmadas entre os indivíduos a fim de garantir a paz social e a tranquilidade na ordem jurídica, restando apenas ao titular que deixou de exercer o seu direito sofrer com as consequências de sua própria inércia, não podendo se beneficiar da sua própria desídia, pois, como já dizia o antigo brocardo latim *dormientibus non succurrit jus*, ou seja, o direito não socorre aqueles que dormem.

Nesse intelecto, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, analisando os fundamentos sociais que buscam justificar a limitação temporal de direitos e pretensões, aponta

que o exercício de direitos é uma consequência e garantia de uma consciência de cidadania, não podendo funcionar como uma ameaça eterna aos indivíduos sujeitos ao cumprimento de uma determinada obrigação, que não devem ficar submetidos eternamente a uma espada de Dâmocles sobre as suas cabeças. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Logo, a perpetuação das relações estabelecidas não guarda harmonia com a ideia de segurança jurídica, o que impossibilitaria aos indivíduos um mínimo necessário de confiança. Sendo assim, é inegável a influência que o referido princípio exerce sobre o nosso ordenamento sendo responsável por ensejar o mínimo de certeza nas relações travadas. Sobre o tema, Mello (2009, p. 124) destaca que “Esta segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano [...]”. Assim sendo, referido autor coloca o instituto da prescrição dentre as expressões concretas do nosso ordenamento que releva esta aspiração do homem pela estabilidade e segurança.

Diante das trágicas consequências que a perpetuidade das relações poderia ocasionar ao convívio social, coube ao ordenamento jurídico adotar de inúmeros institutos, dentre eles o da prescrição, como forma de trazer aos indivíduos o mínimo de tranquilidade necessária, permitindo, assim, o melhor convívio social.

Contudo, essa nem sempre foi a realidade, eis que, a imprescritibilidade como regra esteve em vigor por longínquo período de tempo, o que possibilitou as mais diversas arbitrariedades. Assim sendo, para melhor desenvolvimento do presente trabalho, é imprescindível o estudo do surgimento do instituto da prescrição no mundo, suas primeiras aparições no ordenamento pátrio, até a sua recente aplicação no direito brasileiro, como forma de melhor entender o assunto.

2.2 O HISTÓRICO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

O estudo do instituto da prescrição nos remete à Roma antiga, ao período pré-clássico, mais especificamente a primeira fase da evolução processualística do direito romano, onde se encontrava vigente o sistema *legis actiones*, caracterizado principalmente pela oralidade e extrema formalidade, em que imperava a praxe da perpetuidade das ações sem à extinção da sua pretensão em razão do decurso temporal, ou seja, o indivíduo poderia exigir a qualquer tempo de outrem o cumprimento de uma obrigação. Tal prática se estendia à maioria das ações civis, tendo como exceção as ações pretorianas, já que nestas, em regra, prescrevia com um ano

útil. Sobre o tema, preleciona Savigny (1879, p. 181 e 185 apud FILHO, 1960, 744) “[...] durante muito tempo a prescrição foi um instituto completamente estranho ao direito romano, mas, ao surgir o direito pretoriano, passou a constituir uma exceção à antiga regra da duração perpétua das ações”.

Com o decorrer do tempo, a partir do período pós-clássico do império, na medida em que o Direito Romano passou a exigir segurança nas relações jurídicas estabelecidas, a prescritibilidade que até então era tida como exceção, passou a funcionar como regra. Sendo assim, ações que eram tidas até então como perpétuas passaram a obedecer a prazos extintivos do direito.

Nesse sentido, com a evolução da sistemática processualística romana, houve a decadência do *legis actiones*, dando-se início ao sistema formulário (*per formulas*), em que os pretores, magistrados romanos à época, preenchiam um documento, o *iudicium*, apontando os pontos litigiosos do caso concreto tomando como base a fórmula, que era um modelo em abstrato. Assim, após análise do referido documento, cabia ao pretor proferir a sentença.

Desta forma, com a chegada dessa nova sistemática, os pretores passaram a ter uma participação muito maior no conflito, diferentemente do que acontecia no sistema *legis actiones*, onde as participações restringiam-se a obrigação de observar às formalidades impostas pelo ordenamento.

Nesse processo formulário, conforme aponta José Carlos Moreira Alves, criou-se o hábito de por parte dos juristas romanos à época em sistematizar os elementos que compunham a fórmula, diferenciando-os em partes: as principais (*partes formulae*) e as acessórias (*aiectones*). A primeira era composta pelo *intentio*, *demonstratio*, *adiudicatio* e a *condemnatio*, já a segunda pelo *praescriptio*, a *exceptio* e a *replicatio*, a *duplicatio*, a *triplicatio*. Essa segunda parte dependia exclusivamente do pedido de um dos indivíduos envolvidos na lide para se inserirem na fórmula, ficando tal pedido refém da concretização de determinada circunstância. (ALVES, 2018).

O *intentio*, nos ensinamentos de Alves (2018), nada mais era que a parte da fórmula em que o indivíduo apresentava a sua pretensão, podendo ele ser certo ou incerto. Era certo quanto o indivíduo conseguia demonstrar exatamente o que se buscava. No mais, era incerto no caso contrário. Nessas hipóteses, o pretor necessitava de elementos fornecidos pela parte que lhe permitissem condenar o réu, elementos estes conhecidos como *demonstratio*.

Assim, o *praescriptio*, apontado por grande parte da doutrina como sendo a origem do instituto da prescrição como conhecemos hoje, era a parte acessória que, quando compunha a fórmula, era colocado anteriormente as partes principais, de modo que, ao ser analisada pelo

pretor, poderia impedir o conhecimento das partes principais, notadamente ao *intetio* e ao *demonstatio*, limitando o direito subjetivo pleiteado pela parte.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, exercendo comentários acerca da obra do civilista argentino Ricardo D. Rabinovich, expõe que o referido autor, ao realizar análise etimológica do instituto da Roma antiga *praescriptio*, extraiu do vocábulo o significado “escrever antes”, explicando que o *praescriptio* tinha como fulcro limitar o pleito por determinados direitos subjetivos, eis que alguns prazos para a propositura de certa demanda colocados com anterioridades. (RABINOVICH-BERMAN, 2004, p. 397 apud ROSENVALD; FARIAS, 2015, p. 222).

Diante disso, pode-se concluir que, de maneira análoga ao emprego do instituto da prescrição nos dias atuais, o magistrado romano realizava análise preliminar da *praescriptio* antes mesmo de adentrar ao mérito da causa e, caso caracterizado o descumprimento dos prazos preestabelecidos, o indivíduo poderia sofrer limitações na satisfação do direito pleiteado. Ora, salta-se aos olhos que, desde o seu surgimento na Roma antiga, resta evidente que tal instituto buscou relacionar o decurso temporal com os efeitos causados ao direito subjetivo das pessoas.

No que toca ao direito brasileiro, dentre as primeiras aparições deste instituto no ordenamento pátrio, o Código Comercial de 25 de junho de 1850, nos termos do seu art. 442, estabelecia o prazo prescricional de vinte anos para as ações fundadas sobre obrigações comerciais contraídas por escritura pública ou particular, sendo tal dispositivo revogado posteriormente pelo Código Civil de 2002.

De igual forma, a Lei 1.939, de 28 de agosto de 1908, notadamente em seu Art. 9º, tinha como previsão o prazo de cinco anos para a aplicação de todo e qualquer direito de ação que alguém tinha contra a Fazenda Federal, prazo esse que tinha início a data do ato ou fato que deu origem ao referido direito ou ação. Já as dívidas ativas, conforme consta nos ensinamentos de Oliveira Santos, a União dotava de um prazo de quarenta anos para exercer a sua pretensão. (SANTOS, 1918).

Logo em seguida, o Código Civil de 1916, nos termos do seu art. 177, assim como o Código Comercial, apontava como regra geral a prescrição vintenária em ações pessoais, contadas a partir da data em que poderiam ter sido propostas. Diante do longínquo prazo da legislação civil, com o intuito de privilegiar a Administração Pública frente ao administrado, foi promulgado o Decreto nº 20.910/32, vigente até os dias atuais, estabelecendo o prazo de cinco anos para se pleitear dívidas e obrigações em face da União, Estados e Municípios, sendo tal benefício, posteriormente, transferido para as autarquias e órgãos paraestatais através do Decreto-lei nº 4.597/1942.

Tecendo críticas a prescrição vintenária adotada tanto pelo Código Comercial quanto pelo Código Civil de 1916, Pontes de Miranda (2001, p. 136) entendia àquela época que tais prazos “[...] correspondem a concepção da vida já ultrapassada [...], já que, para o autor, o prazo prescricional deveria ter “duração, tolerada, da eficácia pretensional, ou simplesmente acional, cada momento da civilização o determina”,

Além disso, a legislação civil de 1916 não diferenciava os institutos da prescrição e da decadência, além de ter adotado a teoria clássica da pretensão da ação, esta última bastante criticada. Sendo assim, conforme veremos em seguida, com o advento do Código Civil de 2002, novos prazos prescricionais passaram a ser adotados.

2.3 O ATUAL PANORAMA DA PRESCRIÇÃO NO BRASIL

Na conjuntura pátria, durante muito tempo, procura-se debater acerca da diferenciação entre a prescrição e da decadência, eis que, muito embora tratem de institutos extremamente semelhantes, tendo em vista que ambos se relacionam com os efeitos que o decurso temporal pode causar aos direitos subjetivos dos indivíduos, chegou-se a um consenso doutrinário que ambos se distinguem. Tal posicionamento, contudo, por muito tempo foi negado, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, inclusive, o próprio Código Civil de 1916 não realizou tal diferenciação. Sobre o tema, próprio Beviláqua (1929, p. 367), responsável por elaborar o referido código afirmava que “a doutrina ainda não é firme e clara neste domínio”.

Nesse sentido, Antonio Luiz da Câmara Leal foi um dos autores que mais buscou se aprofundar no assunto, tendo em vista que considerava tal distinção como “um dos problemas mais árdus da Teoria Geral do Direito Civil” (CÂMARA LEAL, 1939, p. 133). Assim, ficou responsável pela criação de um dos critérios de maior aceitação na doutrina durante muitos anos. Conforme aponta o referido autor, o prazo decadencial era aquele previsto em lei, ou por contrato, unilateral ou bilateral, prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. Já o prazo prescricional, quando fixado, não tem escopo para o exercício do direito, como nos casos da decadência, mas sim para exercer a ação que o protege. (CÂMARA LEAL, 1939).

Diante disso, Câmara Leal (1939) nos ensina que nas ocasiões em que o direito deve ser exercido através da ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure prescrição.

Em que pese à utilidade prática do critério criado por Câmara Leal, Agnelo Amorim Filho entende que tal teoria carecia de base científica, deixando lacunas, de maneira que o autor não fixou uma norma que fosse capaz de identificar as situações em que o direito nasce, ou não, concomitantemente com a ação, além de não ter fornecido elementos para se denominar as ações tidas como imprescritíveis. Assim sendo, Filho (1960), através de celebre artigo publicado, cria o critério científico com o intuito de diferenciar a prescrição da decadência e com vistas a identificar as ações imprescritíveis, tomando como base a classificação dos direitos subjetivos desenvolvida por Giuseppe Chiovenda, separando-os em dois grupos: os direitos a uma prestação e os denominados direitos potestativos.

Desta maneira, o referido autor parte de bases científicas, de fácil aplicação, como forma de resolver as inconsistências apontadas nas teorias pretéritas, chegando a seguinte conclusão:

1ª) - Estão sujeitas a prescrição (indiretamente, isto é, em virtude da prescrição da pretensão a que correspondem): - todas as ações condenatórias, e somente elas;

2ª) - Estão sujeitas a decadência (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito potestativo a que correspondem): - as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei;

3ª) - São perpétuas (imprescritíveis): - a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as ações declaratórias. (FILHO, 1960, p. 132).

Assim, o referido critério possibilita identificar a decadência como sendo instituto que se relaciona com os direitos potestativos, que são aqueles exercidos pela própria vontade do titular, independentemente da submissão de terceiros. Nesse aspecto, a decadência consiste na extinção do direito potestativo em razão do transcurso temporal em que o titular se manteve inerte. Já a prescrição, conforme será visto logo em frente, atrela-se aos direitos subjetivos diante do nascimento de uma pretensão.

Desta forma, muito embora seja inegável à contribuição de Antonio Luiz da Câmara Leal para o desenvolvimento de tais institutos, o critério criado por Agnelo Amorim Filho agrada a maior parte da doutrina justamente por conseguir preencher as lacunas deixadas pelos anteriores, além de ser aquele que mais se próxima do Código Civil de 2002.

No campo do Direito Civil, o instituto da prescrição, é compreendido com base em uma dualidade de conceitos, quais sejam: a prescrição aquisitiva e a prescrição extintiva. A primeira, no direito brasileiro recebeu o nomen juris de usucapião, que se encontra disciplinado nos artigos 1.238 e ss. do Código de Civil de 2002. A usucapião consiste na aquisição do direito

real diante do decurso temporal. Em comentário ao tema, Venosa (2013, p. 573) aponta que “[...] Tal direito é conferido em favor daquele que possuir, com ânimo de dono, o exercício de fato das faculdades inerentes ao domínio ou a outro direito real, no tocante a coisas móveis e imóveis, pelo período de tempo que é fixado pelo legislador”. Já a prescrição extintiva é aquela que a legislação deu o nome de “prescrição”.

Para melhor entender este instituto e assim chegarmos ao seu conceito mais atual, aquele adotado pelo Código Civil de 2002, nos ensinamentos de Filho (2019), ao tecer comentários acerca da prescrição no direito civil, necessário se faz ter como ponto de partida três elementos fundamentais, quais sejam: o direito subjetivo, a pretensão e a ação.

Ora, o direito subjetivo nada mais é que o poder atribuído ao titular de agir conforme a norma utilizando em seu favor. Por sua vez, Carvalho Filho (2019) ainda aponta que esse poder conferido ao indivíduo gera a faculdade de agir, sendo um direito estático, não se tratando de conduta obrigatória. Sendo assim, diante desse direito subjetivo, nasce ao titular o poder de exigir, em face do outrem, independentemente de sua vontade, o cumprimento de uma obrigação. Logo, tal poder que surge em razão da violação da norma é conhecido como pretensão.

Por fim, a ação consiste no agir, no comportamento positivo por parte do indivíduo, buscando a satisfação do seu direito, a reparação do direito violado, independentemente da vontade do devedor. Remetendo, ainda, a Carvalho Filho (2019, p. 12) “[...] Tal ação – é bom sublinhar – é de direito material e não se confunde com o direito de ação processual. A aceção, no caso, é a de providência, diligência do titular para concretizar a satisfação de sua pretensão. A ação no sentido processual reflete o direito abstrato de invocar a prestação jurisdicional. [...]”.

Nesse sentido, nosso ordenamento jurídico tomou como ponto de partida a teoria da prescrição da pretensão firmando entendimento da prescrição como perda da pretensão do indivíduo, titular de um determinado direito, em razão da sua inércia, após decorrido um certo lapso temporal. Tal conceito é de fácil percepção quando realizada leitura do Art. 189 do Código Civil de 2002: “[...] violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos [...]”.

Em contrassenso à teoria da prescrição da pretensão, ora mencionada, a teoria clássica, que foi adotada pelo Código Civil de 1916, considerava como prescrição a perda da ação do titular do direito em decorrência do decurso temporal. Conforme apontam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, à época da elaboração do código anterior, tomou-se como base a já superada Teoria Imanentista do Direito Romano em que se confundiam a ação judicial com o próprio direito subjetivo do titular. (GAGLIANO; FILHO, 2014).

Contudo, a teoria clássica adotada pelo Código Civil de 1916 encontra-se totalmente superada, não mais vigente em nosso ordenamento, eis que, o direito à ação, que é perpétuo, não pode mais ser confundido com a pretensão do indivíduo nascida em decorrência da violação de um direito material, este último submetendo-se aos prazos extintivos constante nas diversas legislações vigentes.

Trata-se de diferenciação fundamental para a melhor aplicação do direito, com grande impacto na vida real. Nesse diapasão, faz-se referência mais uma vez a Cristiano Chaves e Nelson Rosendal que, ao diferenciarem ambas as teorias, ponderam que “ [...] bastaria lembrar a possibilidade de pagamento de uma dívida prescrita. O direito subjetivo, portanto, se mantém. Apenas haverá uma neutralização da pretensão reconhecida ao titular desse direito subjetivo patrimonial”. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 619). Ora, cumpre salientar que o direito de agir, ou seja, a ação, encontra-se imune à incidência dos prazos prescricionais, estando assegurada no texto constitucional o livre acesso ao Poder Judiciário, tratando-se de uma das garantias fundamentais resguardadas aos indivíduos (art. 5º, inciso XXXV).

No mais, ainda com base nos ensinamentos de Agnelo Amorim Filho, importante o registro que nem todo direito material discutido se submete aos prazos prescricionais, como é o caso dos direitos personalíssimos, apenas sujeitando-se os direitos subjetivos patrimoniais, ou seja, aqueles em que o titular pode exigir em face de o cumprimento de uma de uma prestação auferida economicamente. No mesmo sentido, a prescrição incide apenas nas ações condenatórias, sendo aquelas que tem como finalidade de condenar o réu ao cumprimento de uma sanção de cunho obrigacional. (AMORIM FILHO, 1960).

Outrossim, vale frisar que a legislação pátria ainda prevê a possibilidade de renúncia a prescrição, além do impedimento, a suspensão, e a interrupção dos seus prazos. Ora, diferentemente do que ocorre com a decadência, esta irrenunciável, o Código Civil, nos termos do seu artigo 191, permitiu que o devedor pudesse renunciar da prescrição, tácita ou expressamente, após esta consumada, desde que não implicasse em prejuízo a terceiros. Desta maneira, o devedor abdica do direito de alegar a incidência do prazo prescricional como forma de defesa as investidas do credor. A renúncia expressa é aquela que se caracteriza pela manifestação de vontade externada ao mundo pelo devedor. Será tácita, quando aquele que seria beneficiado com a prescrição pratica atos incompatíveis com este instituto.

Com o intuito de dar clareza ao tema, mais especificamente no que se refere a renúncia expressa ou tácita, Gagliano e Pamplona Filho (2014) apontam que caso o devedor tenha anunciado o adimplemento, e o tenha executado, renunciou expressamente a prescrição. Já nas ocasiões em que, mesmo não tendo agido expressamente, mas tenha praticado ato incompatível

com a prescrição, como ter constituído procurados, providenciado as guias bancárias para depósito, o devedor acaba renunciando tacitamente.

O impedimento, assim como a suspensão, são meios de paralisar a contagem do prazo prescricional. Este (suspensão), implica na paralização temporária imediata decorrente de uma determinada causa após o início da contagem, logo, findado o motivo que gerou a suspensão, volta a correr o prazo de onde parou. Aquele (impedimento), evita que a contagem se inicie diante de um certo fator impeditivo previsto na legislação. Já a interrupção, nas palavras de Rodrigues (2007, p. 336) “[...] tem por efeito interromper o curso da prescrição. Interrompido, o prazo da prescrição começa a correr novamente, ficando sem efeito o período até então transcorrido. [...]”. Logo, resta inutilizado o prazo que esteve em curso.

Sendo assim, extrai-se que se faz necessário a presença de alguns requisitos essenciais para compor a estrutura da prescrição, sendo eles: a) a violação do direito subjetivo de cunho patrimonial, com o nascimento da pretensão; b) a inércia do titular; c) o decurso do tempo fixado em lei para aquele determinado caso; e d) a ausência de algum fato ou ato que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional.

Ademais, em que pese ter suas origens no direito civil, o instituto da prescrição se irradiou para diversos ramos do direito.

No Direito Penal, conforme aponta Filho (2019), o instituto da prescrição apresenta alguns dos pressupostos de incidência na área cível: o decurso do tempo e a inércia do titular do direito em exercer sua pretensão, tendo, contudo, que ser levado em consideração algumas particularidades da área penal, dentre elas, conforme aponta o autor: a pena e a extinção da punibilidade. Ora, para melhor entender estes elementos, necessários se faz expor algumas considerações iniciais acerca do Direito Penal e sua finalidade.

Conforme os ensinamentos de Bitencourt (2018), o Direito Penal funciona como meio de controle social altamente formalizado, exercido sob o monopólio do Estado, a fim de regular as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade. Tal área do direito é conhecida por seu caráter fragmentário, pois representa a *ultima ratio* do sistema para a proteção dos bens jurídicos de maiores importâncias para o indivíduo e sociedade.

Assim, o estado, na sua condição de pessoa exclusiva ao exercício do Direito Penal, quando se depara com uma conduta ilícita, antijurídica e culpável, nasce o *ius puniendi*, ou seja, a legitimidade do Estado em aplicar o direito penal, utilizando-se da pena, que é a sanção penal imposta, com o intuito de retribuir ao infrator o dano causado por ele e, a partir da sua aplicação, que sirva de exemplo para outras pessoas a fim de prevenir o cometimento de outros delitos.

Diante disso, o instituto da prescrição no Direito Penal enquadra-se como uma das causas extintiva de punibilidade, nos termos do artigo 107, inciso IV do Código Penal, afetando a aplicação da pena, não podendo esta ser executada. Nesse sentido, consiste na perda da pretensão punitiva pelo Estado, em razão de decurso temporal, diante da sua própria inércia, dentro do prazo previamente fixado em lei, que podem variar de maneira proporcional a gravidade da conduta delituosa praticada.

Diferentemente do que acontece na área civil, conforme nos ensina Bitencourt, tal instituto tem como particularidade o fato de abranger duas modalidades extintivas, quais sejam: a da pretensão punitiva, em que a prescrição se consuma anteriormente a sentença transitada em julgado, e a da pretensão executória, aquela que só acontece em momento posterior a sentença. (BITENCOURT, 2018).

Ademais, além do direito civil e penal, o instituto em debate abrange diversos ramos do direito, porém, para o presente trabalho, a fim de consolidar o tema, é de extrema importância o conhecimento mais aprofundado acerca da prescrição no Direito Administrativo, mais especificamente no que toca as controvérsias instauradas no que se refere a sua incidência (ou não) nas pretensões ressarcitórias ao erário diante das lesões ocasionadas mediante a prática de atos ilícitos.

3. A PRESCRIÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO E A LESÃO AO ERÁRIO

Em que pese a Administração Pública goze de cláusulas que exorbitem as relações travadas à luz do direito privado, o instituto da prescrição também se encontra presente neste ramo do direito, eis que, nem o próprio Estado pode se beneficiar da sua inércia, de modo que, conforme mencionado no capítulo anterior, se faz necessário o respeito à segurança jurídica e a estabilização das relações jurídicas travadas.

Porém, as divergências acerca do instituto da prescrição neste ramo do direito são mais acentuadas em comparação a outras áreas em razão de diversas particularidades presentes nesse campo, encontrando-se entendimentos distintos acerca da matéria, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Dentre estes fatores que dão motivos a tantas desavenças, José dos Santos Carvalho Filho aponta como fator bastante influente a existência de uma variedade de diplomas legais que regulam tal instituto na esfera administrativa, em divergência a outros ramos do direito que, em regra, tem como característica a concentração normativa em um único diploma legal. (CARVALHO FILHO, 2019).

No mesmo sentido, o mencionado autor pontua, ainda, como ponto de grande turbulência, a duplicidade de vias em que o titular do direito pode apresentar suas pretensões ou exercer seu direito potestativo, de modo que, se faz necessário a observância tanto dos prazos extintivos referentes aos processos instaurados pelo próprio estado, por meio das vias administrativas, quanto no que toca aos prazos aplicados aos litígios no âmbito judicial.

Diante disso, em razão da duplicidade de vias, vislumbra-se à importância de apontar a diferença entre a incidência do instituto da prescrição no que se refere: (i) as pretensões exauríveis no âmbito da Administração Pública; e (ii) as pretensões exauríveis por meio das vias judiciais.

Na primeira hipótese, conforme aponta Filho (2019), trata-se da incidência prescricional nas situações jurídicas internas, deduzidas e solucionadas na própria Administração Pública. Nesses casos, utiliza-se como prazo extintivo às pretensões do Estado aqueles disciplinados na própria legislação específica por regular a matéria. Assim sendo, nas situações em que a legislação quedar-se omissa, utiliza-se das regras gerais do Direito Administrativo.

É o caso do art. 142 da Lei nº 8.112/1990, que disciplina a prescrição nas ações disciplinares contra servidores públicos, de modo que, assim como no Direito Penal, o prazo é proporcional a gravidade da conduta praticada e consequente sanção, tendo cinco anos como

prazo máximo, quando se tratar de infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão.

Na mesma esteira, o direito à reclamação administrativa referente aos atos administrativos de autoria dos órgãos ou entidades públicas, nas situações que não tiver prazo fixado em disposição de lei específica, prescreverá em um ano a contar da data do ato ou fato do qual a mesma se originar, nos termos do Art. 6º do Decreto nº 20.910/32.

Já na segunda hipótese, tratam-se dos casos que tem ligação com a relações jurídicas externas, em que há o conflito de interesses entre as partes, sendo compulsoriamente conduzidas por um dos órgãos do Poder Judiciário. Nessas hipóteses, assim como nas pretensões exauríveis por meio das vias administrativas, é vasta a legislação que regula a matéria, colocando o administrado frente a uma diversidade de casos.

Nas situações em que o administrado pleiteia judicialmente dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem como qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, não importando a natureza, o artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932 estabeleceu o prazo de cinco anos para a incidência da prescrição da pretensão, contando-se da data do ato ou fato do qual se originaram.

No mesmo sentido, o Art. 2º do Decreto-lei nº 4.597/1942 determinou que a prescrição quinquenal regulamentada pelo Decreto nº 20.910/1932, ora mencionada, abrange, também, 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.

Além disso, a Medida provisória nº 2.180-35, de 2001, inseriu a Lei nº 9.494/97, que disciplina a aplicação de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que, por meio do seu Art. 1º-C dispôs que “prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”.

Ademias, com a superveniência da criação do Código Civil de 2002 e sua respectiva vigência, instaurou-se controvérsia na doutrina e na jurisprudência questionando a aplicação da prescrição quinquenal estabelecida pelo Decreto nº 20.910/1932, eis que, o novo código teria revogado tacitamente a referida norma, em razão dos novos prazos trazidos pela legislação civil, constantes ao seu art. 206, mais especificamente em seu §3º, IV e V que prevê a prescrição em três anos da pretensão de ressarcimento decorrente do enriquecimento sem causa e da pretensão de reparação civil.

Em comentário ao tema, Di Pietro (2019) pontua que dentre os argumentos mais utilizados como forma de justificar a revogação parcial do referido decreto, aponta-se que o instituto é inteiramente disciplinado pelo Código Civil, sendo a prescrição quinquenal, até o surgimento a criação no novo código, um privilégio da Fazenda Pública. Sendo assim, com a vigência do novo código, não haveria justificativa em razão dos novos prazos trazidos na legislação civil. Tal posicionamento é veementemente criticado pela autora por entender que, no referido caso, resta clara a aplicação do artigo 2º, §2º, da Lei de Introdução às Normas Gerais do Direito, estando o novo conteúdo trazido pela legislação civil a par do que foi regulamentado pelo Decreto nº 20.910/1932.

Já no que toca as pretensões da Fazenda Pública contra o administrado, não há um prazo prescricional fixado genericamente como no caso contrário, sendo firmado entendimento que, nas hipóteses de inexistência de legislação específica que disponha de maneira diversa, o prazo estabelecido para a Administração exercer sua pretensão contra o administrado é de cinco anos. Nessa linha de raciocínio, ao comentar sobre o tema, Celso Antonio Bandeira de Mello acredita que a prescrição quinquenal é uma constante nas regras de Direito Público, não havendo fundamentação plausível que justificasse a distinção entre Administração Pública e administrados no que se refere a incidência dos prazos prescricionais. (MELLO, 2009).

Contudo, em contramão a toda uma praxe jurídica consolidada ao longo do tempo, qual seja, o respeito aos princípios da segurança jurídica e estabilidade nas relações firmadas, a Constituição Federal, por força do art. 37, §5º, para grande parte dos juristas, deu a entender que, impôs a imprescritibilidade da pretensão do Estado nas ações ressarcitórias decorrentes de ilícitos causados ao erário. Nesse intelecto o Estado pode, a qualquer tempo, demandar em face daquele que lesionou de maneira ilícita os cofres públicos.

Sendo assim, tal dispositivo foi responsável por instaurar controvérsia acerca do tema, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o que deu margem para as mais diversas interpretações sobre o assunto. Todavia, antes mesmo de adentrar as divergências de posicionamentos que o texto constitucional causou, importante se faz conhecer as particularidades e elementos acerca do dano ao erário, as formas que o ordenamento jurídico encontrou de recompô-lo e suas características, as condutas postas pela legislação como nocivas as finanças públicas, bem como a responsabilidade no âmbito da Administração Pública daqueles que derem causa à lesão.

3.1 ELEMENTOS, CARACTERÍSTICAS E MEIOS REPARATÓRIOS DO DANO AO ERÁRIO

Inicialmente, cumpre registrar que a noção de erário não se confunde com a definição de patrimônio público conforme aparenta. Enquanto este se apresenta de maneira mais abrangente como sendo o complexo de bens e direitos públicos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico pertencentes ao Estado, aquele consiste como parte do patrimônio público de conteúdo econômico-financeiro, limitando-se aos bens e direitos de valor econômico, ou seja, os recursos financeiros do Estado. (PAZZAGLINI FILHO, 2018). No mesmo sentido, Arnaldo Rizzardo aponta que o erário equivale ao fisco, a receita e os depósitos em dinheiro. (RIZZARDO, 2012).

Assim sendo, quando o artigo 35, §5º, da Constituição Federal de 1988 dispõe 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”, aparentemente restringiu o benefício da imprescritibilidade, quem assim entende, as pretensões ressarcitórias decorrente de danos causados ao erário, não estendendo ao restante do patrimônio público.

Inobstante, cabe o registro que muito embora o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1.120.117 – AC, Segunda Turma, Min. Rel. Eliana Calmon, Dje de 10.11.2009, tenha firmado entendimento no sentido de considerar imprescritível as pretensões reparatórias decorrentes de danos ocasionados ao meio ambiente, sendo este patrimônio público de uso coletivo, nos termos do artigo 2º, inciso I da Lei nº 6.938/81¹, o *ratio decidendi* do julgado em questão se deu por razões a par do Art. 37, §5º, da Constituição Federal².

Ora, pensando na importância do patrimônio público que a Lei 8.429 de 02 de junho de 1992, denominada Lei de Improbidade Administrativa, por meio do seu artigo 5º dispôs que “ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”. Nesse aspecto, em que pese a LIA tenha um raio de abrangência limitado, o dever de ressarcimento cabe a todos aqueles que de alguma forma lhe ocasionaram prejuízos, não se resumindo apenas a tal diploma legal. Ao comentar acerca do referido artigo, Wallace Paiva Martins Júnior logrou êxito ao pontuar que “tal

¹ Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

² O STJ entendeu o dano ambiental inclui-se entre os direitos indisponíveis e em razão disso está dentre os acobertados pelo manto da imprescritibilidade.

dispositivo tem caráter autônomo e deriva do artigo 159 do Código Civil, sendo aplicado não apenas nas hipóteses de improbidade, mas em toda situação que a refletir” (MARTINS JUNIOR, 2009, p. 248).

É cediço que o ordenamento jurídico é enérgico ao dispor que os danos causados ao patrimônio público são passíveis de reparação, o que inegavelmente engloba as lesões ao erário, contudo, tendo em vista que o presente trabalho busca analisar as controvérsias acerca da não incidência dos prazos prescricionais nas pretensões ressarcitórias, nos restringiremos em utilizar a expressão “erário”, conforme está disposto no dispositivo constitucional (Art. 37, §5º) bem como na tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 852.475/SP.

A lesão ao erário consiste em danos ilícitos, praticados em face dos bens e finanças do Estado, decorrentes de uma série de condutas, comissivas ou omissivas, sejam elas praticadas por agentes públicos, por terceiros envolvidos, ou até por particulares não possuem qualquer vínculo jurídico com a Administração Pública.

Sobre o tema, conforme apontam Emerson Gabardo e Lucas Saikali em brilhante artigo escrito, o prejuízo ao erário pode vir ocorrer mediante quatro hipóteses de ilícitos causadores: os ilícitos administrativos, os civis comuns, os penais e civis de improbidade administrativa (GABARDO; SAIKALI, 2018, p. 522).

Com efeito, a mesma conduta praticada pelo agente que deu causa ao dano pode acabar se enquadrando como ilícitos de diversas naturezas, não impedindo a apuração e processamento em cada esfera, o que pode ensejar na responsabilidade administrativa, civil e penal por seus atos à luz do caso concreto. Nesse sentido, como guisa de exemplo, o próprio ³Art. 37, §4º da Constituição Federal de 1988 – que versa das sanções decorrentes da prática dos atos caracterizados como improbidade administrativa – em seu fragmento final, deixa claro que as penalidades previstas na referida lei não acarretarão em prejuízo da ação penal cabível.

Na mesma seara, ao comentar acerca da responsabilização cabível aos servidores públicos que ilicitamente comentem condutas prejudiciais ao erário, Marcelo Figueiredo nos aponta que:

Sinteticamente, podemos dizer que a responsabilidade penal decorre da prática de crimes funcionais previstos no Código Penal. A responsabilidade civil decorre da prática ou omissão, dolosa ou culposa, de atos de servidores causadores de um dano patrimonial à Administração. Vide art. 186 do CC. Por fim, a responsabilidade administrativa advém do descumprimento de regras da administração, da violação de

³ § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

normas funcionais, do irregular desempenho da função pública. (FIGUEIREDO, 2009, p. 62).

Destarte, o resguardo das finanças públicas consubstancia-se em princípios norteadores da Administração Pública, dentre outros, o princípio da supremacia do interesse público ao privado, o princípio da moralidade administrativa, o princípio da proteção ao patrimônio público, os quais buscam submeter todos os administradores, bem como os terceiros que não possuem qualquer vínculo jurídico com o Estado, para que ajam de boa-fé e com lisura no trato com a coisa pública. Num raciocínio parecido que Arnaldo Rizzardo afirma que “procura-se que os funcionários públicos e, de regra, os cidadãos em geral, ajam dentro de objetivos cívicos, da moralidade, da probidade e da honestidade, isto é, da ordem constitucional e do direito positivo, que tratam da coisa pública”. (RIZZARDO, 2012, p. 353).

Ora, lamentavelmente, incontáveis são aqueles que buscam locupletar-se às custas do Estado o que, em algumas ocasiões, acaba gerando prejuízos inestimáveis a toda a coletividade e conseqüentemente afetando a atuação da Administração Pública na busca pelo interesse público. Em razão disso, cabe ao Estado, além de sancionar, nos termos da lei, aquele que, de forma ilícita, lhe cause danos, perquirir o ressarcimento daquilo que foi subtraído do seu patrimônio e lesionou os cofres públicos.

Desta maneira, diante da lesão ocasionada, alternativas não restam quanto aos legitimados a não ser perquirir a restituição dos valores subtraídos por meio de mecanismos postos por lei, seja na via administrativa ou judicial, a fim de buscar o devido ressarcimento integral dos valores subtraídos do tesouro público.

3.1.1. O ressarcimento através das vias judiciais

Constatado o prejuízo ao erário, o ordenamento pátrio, pensando nas aspirações de toda a coletividade, possibilitou a uma série de legitimados se valerem de uma diversidade de instrumentos previstos em lei como forma de reaver o *quantum* subtraído dos cofres públicos por meio das vias judiciais.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, através do seu art. 5º, inciso LXXIII, legitimou qualquer cidadão a propor ação popular com o intuito de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, praticados em face da moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Tal remédio tem como característica a defesa dos interesses da coletividade, ou seja, aquele que propõe a ação popular

não buscar tutelar direitos próprios, mas sim o benefício de um direito pertencente ao povo. Nessa linha de intelecção, que acertadamente Meirelles (2016, p. 859) pondera que “a ação popular é um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros, no gozo de seus direitos cívicos e políticos. Por ela não se amparam direitos próprios mas, sim, interesses da comunidade [...]”.

O referido meio de controle judicial encontra-se regulado pela Lei 4.717/65 – Lei de Ação Popular - tendo como objetivo principal a prevenção ou anulação do ato lesivo. Porém, conforme depreende-se do seu art. 11, caso julgado procedente a ação popular e constatada a ofensa ao patrimônio público, o qual se inclui o erário, condenará os responsáveis ao pagamento integral dos danos causado. Sendo assim, é inquestionável o fato da ação popular funcionar como um dos meios possíveis de se reparar os prejuízos sofrido pelos cofres públicos.

Nessa linha de intelecção que se manifesta José dos Santos Carvalho Filho:

“[...] permitimo-nos, contudo, distinguir: se a lesão não for aferida pecuniariamente, a decisão limitar-se-á à anulação do ato; caso possível essa aferição, aí sim, a sentença, além do conteúdo anulatório, terá também conteúdo condenatório, em ordem a responsabilizar os agentes e terceiros que deram ensejo à lesão, o que é expressamente autorizado pelo art. 11, da Lei nº 4.717/1965”. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1039).

Além disso, muito embora se admita em determinadas situações a anulação do ato administrativo com base da lesão presumida, diante da comprovada ocorrência da hipótese fática descrita em lei, em que se dispensa necessidade de demonstrar a nocividade do ato praticado, nas situações em que se busca a condenação dos réus a reparação do erário, conforme nos ensina Neves (2013), deve-se comprovar, em quaisquer casos, a efetiva existência de danos, ou seja, mesmo nos casos da chamada lesividade presumida, será indispensável a prova de nocividade do ato.

Nos moldes do art. 14, *caput* da Lei 4.717/65, constatado a ofensa ao erário, o valor da lesão, se ficar provado na causa, será indicado na sentença, caso contrário, pendente de avaliação ou perícia, será apurado na execução. Além disso, antes mesmo de iniciar-se a fase executória, são cabíveis medidas cautelares como forma de garantir a sua eficácia, nos termos do art. 14, §4º da LAP, sendo elas: o sequestro e a penhora.

No que tange ao poder de exigir o exercício do direito pleiteado, o artigo 21 da Lei de Ação Popular prevê na sua literalidade “A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos”, todavia, tendo em vista que a ação popular, tem pretensão dual, qual seja, a desconstituição do ato lesivo e condenação ao reparo auferido e, considerado também que se trata de dualidade

dependente, eis que a condenação ao ressarcimento depende da anterior desconstituição do ato lesivo, o prazo descrito no mencionado dispositivo pode ser decadencial ou prescricional.

Ademais, o prazo de cinco anos trazido pela LAP é questionado quando confrontado com o Art. 37, §5º da Constituição Federal, que versa acerca da imprescritibilidade da pretensão ressarcitórias aos cofres públicos. Sendo assim, Neves (2013) aponta que, quando a demanda popular tiver pedidos condenatórios que não visem a recomposição ao erário, aplica-se o prazo de cinco anos fixado pelo Art. 21 da LAP, já quando as ações se fundarem apenas em ofensa ao erário, admite-se o pedido condenatório se perpetue no tempo.

Importante também o registro de que, diante da pretensão dual da ação popular, bem como da sua dualidade dependente, os tribunais pátrios vêm entendendo pela incidência do prazo prescricional de cinco anos nesse tipo de ação quando esta é proposta com intuito reparatório sem antes ter sido apurado a existência do dano ao erário e a pretensão que busca anular o ato já estiver decaído.

Sobre o tema, cabe trazer parte do voto do Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho ao muito recentemente julgar o REsp Nº 1.811.825 - MG (2015/0021750-5) interposto por Deputado Federal e ex-prefeita do Município de São Sebastião do Paraíso/MG em face de acórdão que decidiu, sob o fundamento da imprescritibilidade do ressarcimento constante no Art. 37, §5º, no sentido de retomar o normal trâmite da demanda popular mesmo que já houvesse incidido a prescrição quinquenal.

Bem por isso, a conclusão do julgado das Alterosas afronta o indicado julgamento da Corte Suprema, pois, se já não é mais possível apurar, para então desconstituir, o fato supostamente ilegal e lesivo ao Erário (o Tribunal *a quo* reconheceu a decadência do pedido de anulação contratual), não há lugar para a existência de pretensão de ressarcimento dos cofres públicos, uma vez que essa postulação condenatória depende, como pressuposto lógico, da declaração constitutiva negativa do ato, o que já não é mais alcançável, pois o pedido anulatório, como visto, decaiu. A sentença extintiva da Ação Popular deve ser restaurada. (REsp 1.811.825, Terceira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe. 25.06.2019).

Ademais, com o intuito de ampliar a proteção aos interesses supraindividuais, a Lei 7.347/85 trouxe a ação civil pública como instrumento processual adequado para a “defesa de valores e interesses gerais e comuns da generalidade das pessoas físicas e jurídicas, bem como à defesa da Administração Pública [...]”. (RIZZARDO; 2012, nota introdutória). Tal apetrecho foi respaldado pela Constituição Federal de 1988, por meio do seu art. 129, I, conferindo legitimidade ao Ministério Público, na sua condição de fiscal e guardião da ordem jurídica, se

valer de tal instrumento buscando resguarda: o patrimônio público e social; o meio ambiente; e outros interesses difusos e coletivos.

Muito embora os objetos de alcance da ação civil pública guardem similitude com aqueles tutelados pela ação popular, o artigo 1º da Lei 7.347/87 deu abrangência ainda maior ao primeiro, de modo que este buscou amparar também os consumidores, a ordem econômica, a ordem urbanística, a honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, sem contar o nível de abstração deixado pelo dispositivo legal ao permitir que se utilize da ação civil pública como forma de tutelar qualquer outros interesses difusos e coletivos.

No mesmo sentido, além do Ministério Público, o artigo 5º da Lei 7.347/87 trouxe os demais legitimados a propositura da ação civil pública, sendo eles: a Defensoria Pública; os entes da administração direta e indireta; além das associações, estas últimas desde que cumpram os requisitos estabelecidos no supracitado diploma legal.

Inobstante, a Lei de Ação Civil Pública tenha trazido um grande rol de legitimados para atuar em tal demanda, Mazzilli (2012) aponta que os interesses referentes à noção de patrimônio público podem ser defendidos pelo Estado, em que terá legitimação ordinária para proteger os seus próprios interesses, o cidadão, através da legitimidade em propor a Ação Popular, conforme visto anteriormente, e o Ministério Público, na condição de fiscal da lei e da ordem jurídica quando o faça sob legitimação extraordinária.

Já no que se refere ao seu polo passivo, há uma abrangência maior quando comparada com a demanda popular, de modo que, além das entidades da Administração Pública direta e indireta, a ação civil pública também pode ser proposta em face de qualquer pessoa, física ou jurídica, que atente contra os objetos tutelados pela lei específica.

Destarte, diante da abrangência dada a ação civil pública pela Lei 7.347/85, é claramente possível que tal instrumento cumule inúmeros pedidos: a prevenção do ato lesivo através de medida cautelar (art. 4º), a remoção do dano quando possível por meio da obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º), bem como a condenação ao ressarcimento de valores por danos já causados (art. 3º). No que toca ao pleito ressarcitório dos prejuízos causados aos cofres públicos por meio da ação civil pública, a doutrina e a jurisprudência⁴ há muito tempo já firmaram entendimento positivo nesse sentido.

A Lei de Ação Civil Pública quedou-se inerte quanto aos seus prazos prescricionais, de modo que, restou ao Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.084.916-RS, Min. Rel. Francisco Falcão, fixar entendimento no sentido de aplicar a analogia *legis* decidindo pela

⁴ REsp 164.649/MG, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJe de 18/12/98.

incidência da prescrição quinquenal assim como ocorre na Ação Popular, diante da similitude da matéria objeto de ambas as demandas. Porém, nas hipóteses em que a ACP for proposta por ato de improbidade administrativa, utilizando-se da fundamentação constante à lei 8.429/92, aplica-se os termos estabelecidos constantes do Art. 23 do referido diploma legal.

Nessa seara, em que pese as matérias se encontrem reguladas por diplomas legais distintos, a maior parte da doutrina entende que o art. 129, inciso III da Constituição Federal de 1988, ao trazer a ação civil pública como atribuição do Ministério Público a fim de proteger o patrimônio público, englobou também a ideia de ação de improbidade administrativa em razão da amplitude do termo.

É nessa linha de raciocínio que pondera Rizzardo (2012), o referido autor acredita que diante da cominação do dever de tutelar o patrimônio público e social através da ação civil pública, e procedendo-se a defesa mediante ação de improbidade administrativa, silogisticamente se conclui que esta última como pública, devendo-se utilizar de todas as prerrogativas e os instrumentos próprios constantes na Lei nº 7.347/85.

Tal entendimento também foi consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, que vê como compatível o ajuizamento de ação civil pública com o intuito de apurar atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92.

Seguindo caminhos contrários a doutrina e a jurisprudência, a saudosa Professora Ada Pellegrini Grinover sustenta que a ação de improbidade administrativa é incorretamente rotulada de ação civil pública, eis que não tem como escopo defender interesses ou direitos de grupos, categorias ou classes de pessoas (GRINOVER, 2005).

Já Daniel Amorim e Rafael Carvalho, em que pese não apresentem críticas em sentido contrário aos entendimentos ora apresentados, afirmam que discutir se a ação de improbidade administrativa é espécie da ação civil pública não tem repercussão prática, na medida em que remete à época imamentista do processo, em que não conseguia separar o direito material do direito processual. Sendo assim, os mencionados autores ressaltam que o que realmente importa é conhecer as especialidades de cada ação, devendo ser levado em conta as particularidades procedimentais previstas na Lei 8.429/92, tendo que se atentar, apenas, aos pedidos formulados na petição inicial. (NEVES; OLIVEIRA, 2018).

A Lei de Improbidade Administrativa - nº 8.429/92 - surgiu como forma de regulamentar o artigo 37, §4º da Constituição Federal de 1988 que já fazia menção as sanções cabíveis a aqueles que praticassem atos de improbidade administrativa. Assim, sendo, ao buscar distinguir ação de improbidade administrativa com ação civil pública, Ada Pellegrini buscou

definir aquela como sendo “uma nova espécie de ação popular, com legitimação ativa conferida ao Ministério Público. ”.

Em aparato histórico acerca do tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que antes de promulgada a LIA, as legislações pretéritas restringiam-se a punir por improbidade administrativa os agentes políticos, sendo que os demais responderiam pela prática de enriquecimento ilícito, sujeitando-os ao sequestro e perda de bens em favor da Fazenda Pública. (DI PIETRO, 2019). Desta forma, com o surgimento do novo diploma, os seus efeitos ganharam abrangência muito maior, sendo o enriquecimento ilícito apenas uma das hipóteses de improbidade.

Além disso, o texto constitucional de 1988 incluiu a moralidade administrativa como um dos princípios norteadores da Administração Pública visando a honestidade no trato dos cidadãos em geral com a coisa pública. Desta forma, com a promulgação da Lei 8.429/92, diante da importância que o texto constitucional deu aos princípios, a sua inobservância passou a ser tratada com mais rigor, enquadrando-se como ilícito de improbidade sancionável.

Nesse sentido, quando se fala em improbidade administrativa como ato ilícito, a LIA definiu quatro hipóteses que podem ser enquadradas como tal, sendo elas: atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); atos que causam prejuízo ao erário (art. 10); atos de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário relativo ao ISS (art. 10-A); e os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

As sanções para aqueles que praticam ato de improbidade administrativa encontram-se previstas no art. 37, §4º da Constituição Federal que dispõe “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”.

Conforme muito bem colocado meu Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do RE 852.475/SP, “a lei definiu os atos de improbidade administrativa como aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem diretamente ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da Administração Pública, independentemente de enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário”.

Tal diploma legal foi responsável por traçar seu raio de abrangência, delimitando como sujeito ativo dos atos de improbidade administrativa os agentes públicos (art. 2º) e os terceiros (art. 3º). Inobstante, é importante ressaltar que, para efeitos de incidência da LIA, o conceito de agente público é o mais amplo possível, enquadrando nele os servidores públicos (estatutários ou celetistas) pertencentes à Administração Pública Direta e Indireta, os agentes

autônomos, os agentes políticos, além dos particulares contratados que exercem atividades de interesse público

É nesse sentido que Pazzaglini nos ensina:

Com efeito, contempla todas as pessoas físicas que, de qualquer modo, com ou sem vínculo empregatício, definitiva ou transitoriamente, exerçam alguma função pública ou de interesse público, remunerada ou não, nos órgãos e entidades das administrações direta e indireta do Poder Executivo dos órgãos e entidades das administrações direta e indireta do Poder Executivo dos entes da Federação; nos Poderes Judiciário e Legislativo nas esferas de sua atuação; nos Ministérios Públicos Federais, Estaduais e Distritais; nos Tribunais de Contas da União, Estados e Municípios; nas empresas incorporadas ao patrimônio público; nas empresas privadas dependentes de controle direto ou indireto do Poder Público; e nas entidades privadas de interesse Público. (PAZZAGLINI FILHO, 2019, p. 10).

De igual forma, conforme determinado pelo art. 3º, também se sujeitam à aplicação da LIA, no que couber, os terceiros, pessoa física ou jurídica, que de alguma maneira induziram ou concorreram para a prática do ato ímprobo ou dele se beneficiou sob qualquer forma direta ou indireta. Com efeito, registra-se que a ressalva feita pelo supracitado dispositivo tem como o intuito afastar dos particulares aquelas sanções incompatíveis com a sua condição, por exemplo: não seria possível aplicar a sanção de perda de função pública no indivíduo que sequer está investido da condição de agente público.

Sendo assim, seguindo os ensinamentos de Emerson Garcia, induzir significa despertar no agente público o interesse em praticar o ato de improbidade, concorrer consiste na divisão de tarefas com o agente público ou na mera prestação de auxílio material, e por fim, o benefício, em que o terceiro não exerce nenhuma influência sobre a vontade do agente ou presta qualquer contribuição à prática de improbidade, limitando-se apenas a receber proveitos. (GARCIA, 2011).

Em regra, para o ato praticado ser caracterizado como ímprobo, exige-se a presença do aspecto subjetivo dolo, ou seja, a vontade livre e consciente do agente de querer praticar a conduta enquadrada na legislação, contudo, se tratando de ato lesivo ao erário, basta a presença do elemento culpa para que seja definido como improbidade administrativa, nos termos do art. 10 da Lei nº 8.429/92.

Tal imposição legal também é objeto de controvérsia no próprio Superior Tribunal de Justiça. Em recente decisão monocrática proferida em sede de AgRg no AREsp nº 628.173/SC, o ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho teceu críticas à responsabilização do indivíduo por improbidade administrativa por mera conduta culposa.

Em face dessa situação, não se deve admitir que a conduta apenas culposa renda ensejo à responsabilização do Servidor ou Administrador por improbidade administrativa; com efeito, a negligência, a imprudência ou a imperícia, embora possam ser consideradas condutas irregulares e, portanto, passíveis de sanção, não são suficientes para ensejar a punição por improbidade administrativa. O elemento culpabilidade, no interior do ato de improbidade, se apurará sempre a título de dolo, embora o art. 10 da Lei 8.429/92 aluda efetivamente à sua ocorrência de forma culposa; parece certo que tal alusão tendeu apenas a fechar por completo a sancionabilidade das ações ímprobas dos agentes públicos, mas se mostra mesmo impossível, qualquer das condutas descritas nesse item normativo, na qual não esteja presente o dolo. (AgRg no AREsp nº 628.173/SC, Primeira Turma, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 15.08.2019).

Com efeito, é cediço que o debate acerca dos atos ímprobos é complexo e a cada dia que se passa fica mais caloroso, contudo, tendo em vista que o trabalho busca discutir acerca da lesão ao erário e seus aspectos, buscaremos concentrar esforços para aprofundar no referido tema.

O dano ao erário na Lei de Improbidade Administrativa, conforme já demonstrado acima, está disciplinado através do seu art. 10 que tenta defini-lo como sendo “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei”.

Depreende-se do mencionado dispositivo que o bem jurídico em debate em razão da sua abrangência fica suscetível a uma série de atos que visam lhe diminuir. Sendo assim, buscando esmiuçar cada ponto apresentado, a brilhante professora de Direito Administrativo Rita Tourinho nos ensina que:

Perda é o extravio de uma coisa que se possuía. O desvio é o destino ou aplicação errada. A apropriação caracteriza-se pelo apoderamento, inversão de posse, permitindo que outrem transforme em seu, bem que não lhe pertence. Malbaratamento, por sua vez, seria o emprego ou aplicação indevido, ou seja, o gato de forma inconveniente, com prejuízo. Por fim, a dilapidação é reconhecida como esbanjamento, desperdício. (TOURINHO, 2009, p. 211).

Outro ponto fundamental para a caracterização dessa modalidade de improbidade administrativa é a ilicitude na conduta de quem a pratica. Logo é imprescindível que haja a antijuridicidade, ou seja, a violação ao direito. Caso contrário, não há que se falar em improbidade e, por consequência, na obrigatoriedade ressarcitória. Sobre tal ponto, ensina Marino Pazzaglini Filho ensina que o indivíduo que causou o prejuízo ao Erário agindo *secundum legem*, em conformidade com a lei, não cabe falar em ato de improbidade administrativa, tampouco em mera responsabilidade civil, que também tem por requisito necessário uma ação ou omissão ilegítima. (PAZZAGLINI FILHO, 2019).

Num raciocínio parecido pontuaram Emerson Garcia e Rogerio Pacheco Alves:

A distinção assume grande relevância no que concerne aos atos dos agentes políticos, especialmente em relação àqueles que resultam do exercício do poder discricionário, pois, não raras vezes, a implementação de políticas públicas, por maior que seja o zelo e a dedicação do agente, não permite a formulação de um juízo de certeza quanto aos resultados pretendidos. Em casos tais, não haverá que se falar em improbidade se fatores externos concorrerem para a causação de dano ao erário, ou mesmo se a ocorrência deste transcendeu a esfera de previsibilidade do agente, o qual, apesar de ter valorado adequadamente todas as circunstâncias presentes por ocasião da prática do ato, não pode evitar o resultado danoso. Inexistindo dolo ou culpa, não haverá que se falar na incidência do art. 10 da Lei de Improbidade. (GARCIA; ALVES, 2011, p. 305)

Nesse sentido, para a configuração da prática lesiva ao erário como improbidade administrativa e conseqüente pleito ressarcitório, é necessário a confirmação do dano efetivo, ou seja, “o ressarcimento somente é exigível, por ato de improbidade administrativa, com a ocorrência de dano real (e não hipotético) de natureza econômica, com o efetivo desfalque do Erário” (FILHO, 2019, p. 115-116). Tal entendimento, inclusive, por muito tempo restou pacificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, contudo, recentemente, a corte vem proferindo alguns julgados admitindo o dano ao erário *in re ipsa*, aquele que é presumido.

Na ocasião, o STJ, ao julgar o REsp 1.376.524-RJ, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 2/9/2014, fixou entendimento que nos casos de improbidade administrativa consistente na dispensa legal de procedimento licitatório (art. 10, VII, da lei 8.429/92) não há como concluir pela inexistência do dano, pois o prejuízo ao erário é inerente (*in re ipsa*) à conduta ímproba, tendo em vista que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta em razão das condutas de administradores. Ora, tal posicionamento restou estampado no Informativo de Jurisprudência nº 549 publicado em 05 de novembro de 2014.

Irresignado, o professor de Direito Administrativo, Luciano Ferraz, questiona o entendimento fixado, afirmando que a corte superior incorreu em grave violação ao princípio da legalidade, eis que, para o autor, admitir a configuração dos tipos infracionais do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, baseando-se na mera presunção de dano ao erário, criaria uma nova hipótese de improbidade administrativa, a qual deu o nome de “dos atos lesivos por presunção e puníveis com dolo ou culpa”. (FERRAZ, 2017).

No mesmo sentido, antes mesmo do STJ fixar entendimento, Rita Tourinho pontuava que dificilmente a prática de uma das hipóteses exemplificativas elencadas como possíveis causadoras de prejuízo ao erário, não ocasionará tal dano, de modo que é necessário a indicação da lesão, inclusive nas hipóteses de dispensa licitatória, não havendo que se falar em dano

presumido. No mais, na hipótese de não constatado o real dano ao erário, a autora sugere que haja a substituição da improbidade na modalidade do art. 11, qual sejam, os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública. (TOURINHO, 2009).

Assim, pode ocorrer a dispensa indevida do processo licitatório e o contrato firmado, decorrente desta dispensa, não acarreta qualquer prejuízo ao erário. Nesta hipótese, incidirá o art. 11, *caput* da Lei, pela violação aos princípios administrativos da legalidade, impessoalidade e moralidade, e não o art. 10, VIII. (TOURINHO, 2009, p. 211-212).

Cumprido ressaltar que, previamente a propositura da ação judicial, a legislação prevê a instauração de procedimento administrativo investigatório através de inquérito civil, com elucidar os fatos. Desta maneira, diante do ato lesivo ao erário, a autoridade administrativa responsável pelo procedimento apuratório deverá representar junto ao Ministério Público pedido cautelar para que se busque a indisponibilidade dos bens do indiciado com o intuito de assegurar o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

No que tange à extinção da pretensão punitiva dos atos ímprobos, o Art. 23 da Lei nº 8.429/92 trouxe algumas variáveis. Quando se tratar de agente público em exercício de mandato, cargo em comissão ou de função de confiança, o prazo prescricional será de cinco anos e começará a contar a partir do término do mandato do cargo ou da função. Aquele dotado de cargo efetivo, o prazo prescricional coincidirá com aquele previsto em seu estatuto para as infrações de demissão a bem do serviço público. Para as entidades privadas que o dinheiro público não chega a 50% (cinquenta por cento) do patrimônio, previstas no parágrafo único do referido diploma legal, o prazo será de cinco anos a partir da data de apresentação à Administração Pública da prestação de contas.

Assim como acontece na demanda popular, a ressalva feita pelo Art. 37, §5º, da Constituição Federal estabelece que a pretensão reparatória decorrente de danos causados ao erário não será passível de prazo prescricional. Com efeito, conforme será amplamente debatido, tal comando vem sendo mitigado pelo Supremo Tribunal Federal, encontrando-se vigente o entendimento fixado no julgamento do RE 852.485, Rel. Min. Alexandre de Moraes: “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

A professora Rita Tourinho entende que a ação que visa apenas o ressarcimento de danos consequentes de ato de improbidade, não estará sujeito ao rito especial da Lei nº 8.429/92 quando já houver incidido os prazos do Art. 23 do referido diploma legal para as demais sanções

previstas no Art. 12, eis que não mais estaremos diante de uma ação de improbidade administrativo, já prescrita, e sim, perante uma ação civil de ressarcimento de danos. (TOURINHO; 2019, p. 281-282).

Além disso, o dever reparatório cabe aqueles que indistintamente cometem danos aos cofres públicos, sendo assim, quando a infração lesiva não for enquadrada como ato de improbidade administrativa, como nas hipóteses de prejuízos causados por terceiros não enquadrados nos requisitos impostos pelo Art. 3º da Lei 8.429/92, a restituição pode ser pleiteada por um dos legitimados através de ação ordinária de ressarcimento ao erário nos moldes do Art. 319 do Código de Processo Civil.

No mesmo sentido, cabe ao Ministério Público à luz da Súmula 329/STJ propor a Ação Civil Pública com o intuito de reparar danos ao patrimônio público. Inobstante, rememora-se que a ACP possui abrangência maior que a ação de improbidade administrativa, de modo que, diferente desta que só pode ser proposta em face de agentes públicos ou terceiros de induzam, concorram ou se beneficiem, a propositura da ACP também se justifica aos particulares desde que tenham transgredido o Art. 1º da Lei 7.347/85.

No mais, em todas as ocasiões a pretensão ressarcitória só se justificarão com a presença de alguns elementos: a) a conduta lesiva for enquadrada como ilícita, ou seja, deve existir a violação a norma preexistente; b) a existência do aspecto subjetivo culpa *latu sensu*; c) a existência do dano efetivo ao erário, ressalvado o entendimento fixado pelo STJ na hipótese prevista no inciso VIII do Art. 10 da LIA.

Contudo, independentemente da presença dos mencionados elementos, após constatada a existência do ato danoso, a Administração Pública não pode se quedar inerte frente a sua presença, devendo imediatamente instaurar o procedimento cabível a fim de obter autoria e materialidade a fim de perquirir a restituição do *quantum* subtraído, sem prejudicar nas sanções administrativas, penais ou civis nos moldes da lei.

3.1.2. O ressarcimento através das vias administrativas.

Muito embora as vias administrativas em regra sejam utilizadas com intuito investigatório a fim de obter materialidade e autoria do ilícito para posterior propositura de ação judicial cabível, nada impede que o administrador possa se valer dos caminhos ofertados pela própria Administração Pública como forma de reaver os prejuízos ocasionados aos cofres públicos independentemente da tomada de providências pelas vias judiciais.

Nesse aspecto, é possível que a Administração Pública instaure por conta própria, ou mediante a provocação de terceiros, processo administrativo de reparação ao erário por danos causados por agentes público, administrado ou qualquer pessoa jurídica, regido pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, permitindo que o indivíduo, apontado como causador do dano, utilize-se dos meios e recursos permitidos em direito, nos moldes estabelecido pela Lei nº 9.784/99 – Lei de Processo Administrativo Federal.

Os processos administrativos regem-se à luz do princípio do informalismo, de modo que não há exigência que o administrador siga formas rígidas, salvo quando a legislação prevê vinculação a determinados procedimentos. Ao comentar sobre o assunto Di Pietro (2016, p. 775) nos ensina que “A necessidade de maior formalismo existe nos processos que envolvem interesses dos particulares, como é o caso dos processos de licitação, disciplinar e tributário [...]”, todavia, nos casos de ressarcimento ao erário no âmbito da Administração Pública Federal, muito embora envolva aspirações de particulares, a legislação federal quedou-se inerte quanto aos ritos específicos a serem seguidos pelo processos administrativos de reparação ao erário.

Com efeito, à luz do princípio da oficialidade⁵ que rege os processos administrativos, o Estado pode impulsionar por conta própria os autos que tramitam nas vias administrativas, cabendo ao órgão ou entidade competente realizar a apuração do efetivo dano as finanças públicas.

Assim sendo, verificada a possível lesão, cabe a Administração Pública instaurar processo administrativo, realizar a devida instrução probatória e emitir decisão administrativa por autoridade competente. Diante disso, averiguado o efetivo dano, promove-se a devida cobrança, sempre observando o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Nas hipóteses de inadimplemento, poderá haver a inscrição do débito em Dívida Ativa, nos moldes do Art. 39, *caput* c/c §1º da Lei nº 4.320/64, sendo executado na forma da lei.

Além do processo administrativo de reparação de danos *strictu sensu*, o artigo 71 da Constituição Federal deu ao Tribunal de Contas a competência de julgar a Tomada de Contas Especial. Trata-se de processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação de danos, identificação dos responsáveis e obtenção do respectivo ressarcimento, conforme nos ensina o Art. 2º da Instrução Normativa – TCU nº 71, de 18 de novembro de 2012.

⁵ A Lei 9.784/99 estabelece que a Administração Pública realizará a impulsão de ofício do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados.

O dano ao erário nesses casos pode resultar da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação dos recursos repassados pela União mediante convênio, contrato de repasse, ou instrumento congêneres, da ocorrência de desfalque, alcance, desvio ou desaparecimento de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte no seu prejuízo, nos termos do Art. 8º da Lei nº 8.443/92 c/c Art. 3º da IN-TCU nº 71/2012.

Com efeito, traz à baila que, muito embora a Constituição Federal de 1988 tenha se restringido a mencionar o Tribunal de Contas da União através do seu artigo 71, conforme aponta Jorge Ulisses Jacoby Fernandes “[...] a competência definida para o TCU foi estabelecida como paradigma para todos os Tribunais de Contas do Brasil pela própria Constituição Federal, de modo que todos exercem iguais competências [...]”. (FERNANDES, 2012, p. 29). Sendo assim, nada impede a instauração Tomada de Contas Especial no âmbito estadual ou municipal.

A instauração do TCE decorrente do dano ao erário, conforme aponta Fernandes (2012), é a hipótese mais comum e de maior relevância para os trabalhos dos Tribunais de Contas, contudo, para isso acontecer, deve se encontrar presentes alguns requisitos: a) o dano deve ter significado econômico; b) a conduta nociva deverá ser praticada por um agente jurisdicionado ao Tribunal de Contas, mesmo que tal conduta decorra de ato culposos, em qualquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

No que tange aos requisitos exigidos para a instauração da Tomada de Conta Especial, o valor significativo mencionado acima encontra-se fixado o Art. 6º, I da Instrução Normativa – TCU nº 71/2012, que atualmente dispensa a instauração do TCE quando o valor do débito seja inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Porém, o §2º do referido dispositivo é enérgico ao afirmar que a não instauração do TCE em razão da lesão ter importe inferior aos valores informados no mencionado dispositivo não desobriga as medidas administrativas ao seu alcance ou requerer ao órgão jurídico pertinente as medidas judiciais ou extrajudiciais cabíveis, visando o ressarcimento do valor apurado.

Já no que se refere àqueles que se submeterão à Tomada de Contas Especial, o que será de grande importância para traçar o seu raio de abrangência, a Constituição Federal através do Art. 71, II ao estabelecer uma das competências do Tribunal de Contas da União, prevê implicitamente quem são os agentes submissos a jurisdição dessa Corte.

Contudo, o tema vinha sendo objeto de divergência dentro da própria Corte de Contas, sobretudo no que tange à submissão de particulares às normas do TCU, motivo pelo qual, a pedido do Ministério Público, instaurou-se Incidente de Uniformização de Jurisprudência TC

006.310/2006-0, em que definiu como polo passivo da tomada de contas especial o agente público gestor, integrante dos quadros do Estado, e também qualquer pessoa a quem o Estado tenha, ainda que em caráter eventual, atribuído um *mínus público*. Logo, observa-se que se encontram excluídos da apuração através da tomada de conta especial os particulares que não possuam qualquer vínculo jurídico com o Estado.

A instauração da TCE é medida de exceção e só deve ocorrer caso esgotadas as medidas administrativas para caracterização ou elisão do dano, nos moldes do Art. 4º da IN-TCU nº 71/2012, podendo ser instaurado por iniciativa da própria autoridade administrativa ou de ofício pelo próprio Tribunal de Contas, o qual constituirá processo e remeterá à autoridade competente.

Tal procedimento tem como característica principal a dualidade de fases: a fase interna e a fase externa. Na primeira, ocorre o trâmite processual no âmbito no próprio órgão ou entidade instauradora do TCE em que se restringirá a declaração da regularidade ou irregularidade, sendo os autos encaminhados ao Tribunal de Contas onde iniciará a fase externa. Nesse momento, a Corte de Contas, após análise dos autos, proferirá Acórdão julgando as contas e condutas dos agentes, com vistas à restituição da lesão aos cofres públicos e/ou à punição dos responsáveis.

Ora, observa-se que, diferentemente de outros procedimentos administrativos, o TCE não é julgado pela autoridade administrativa que lhe instaura, mas sim pela Corte de Contas diante da sua competência constitucional atribuída pelo Art. 71, II, da Lei Maior. Assim, será proferida decisão meritória podendo julgar as contas como regulares, regulares com ressalva ou irregulares.

Importa o registro que, diferentemente do julgamento das contas anuais, em que se julga um exercício financeiro, as contas especiais restringem-se a determinados fatos, de modo que se possibilita a instauração de TCE envolvendo fatos específicos referentes as contas já julgadas desde que reabertas⁶. Sendo assim, a prestação de contas não impede a atuação concentrada da Corte de Contas para apurar irregularidades específicas.

Nesse sentido, o Art. 16 da Lei nº 8.443/92 nos ensina que as contas serão regulares “quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável”, serão irregulares com ressalva “quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário”, ou serão irregulares, quando comprovada:

⁶ Nos ensinamentos de Jacoby, as contas serão reabertas quando interposto recurso de revisão e este vier acompanhado de provas ou indícios de fato grave – ilegal, ilegítimo ou antieconômico.

a) a omissão no dever de prestar contas; b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar; c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; e d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

Sendo assim, conforme apontado pela lei orgânica, observa-se que as ilegalidades praticadas em face das finanças públicas na forma de dano se restringirão às hipóteses em que as contas forem tidas como irregulares pelos conselheiros do TCU. Sendo assim, diante da irregularidade das contas julgadas, o Acórdão proferido deverá discriminar o valor do dano ou da multa e à identificação dos responsáveis e terá natureza de título executivo nos moldes do Art. 71, §3º da Constituição Federal.

Após proferido o Acórdão condenatório, aquele que deu causa ao dano poderá utilizar-se dos recursos administrativos previstos em lei, adimplir voluntariamente os débitos em nome próprio, um terceiro quitar em seu nome e, caso reste inadimplente, sofrer execução judicial forçada como vistas a satisfazer o ressarcimento dos prejuízos causados aos cofres públicos.

No mais, cumpre o registro que, nas hipóteses em que o agente responsável não se sujeitar a jurisdição do Tribunal de Contas, conforme nos aponta a insuperável doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, as contas serão julgadas como irregulares, porém, sem a imputação do débito, de modo que haverá a restituição dos autos ao órgão ou entidade de origem, a fim de que a autoridade competente adote, na esfera cível, os atos visando o ressarcimento do erário. (FERNANDES, 2012).

Inobstante, observa-se que o ordenamento pátrio permitiu ao Estado se valer das vias administrativas além dos procedimentos investigativos prévios necessários a propositura da ação judicial, possibilitando aos órgãos e entidades públicas que, independentemente da provocação do Poder Judiciário, pudessem por conta própria promover os impulsionamentos necessários à restituição dos valores subtraídos dos cofres públicos.

É cediço que em algumas ocasiões, diante da complexidade exigida pelo caso concreto, o poder de investigar e coagir exorbitará as competências do administrador público que não dota dos meios necessários para o deslinde do caso. Sendo assim, não poderá se abster em comunicar os fatos danosos aos órgãos competentes que, diante dos poderes que lhe foram dados por lei, deverão se valer dos instrumentos indispensáveis com vistas a devida reparação ao tesouro público.

Logo, os mencionados fatos só demonstram a importância que o ordenamento deu ao erário, permitindo este ser recomposto por meio da dualidade de vias, outorgando competência

as mais diversas pessoas para, dentro das suas possibilidades, pleitearem a retomada do *status quo ante*.

3.2 A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA PELO DANO AO ERÁRIO

Aquele que comete ato lesivo ao erário enquadrado como ilícito administrativo pode vir a responder na esfera administrativa, sem prejuízo a ação civil e penal cabíveis. Nessa seara, o saudoso professor e direito administrativo José Crettela Júnior nos ensina que o ilícito administrativo empenna a responsabilidade administrativa, que busca a aplicação das penas que não fazem parte do direito penal, porque não são aplicadas pelo Estado, mais sim pela autoridade administrativa competente, consistindo tal ilícito em “[...] todo ato positivo ou negativo, imputado a agente administrativo, em virtude de infração a dispositivo expresso estatutário”. (CRETELLA JÚNIOR, 1973, p. 141).

Sendo assim, Crettela Júnior (1973, p.141) conclui que o agente público agindo *in officio* ou *propter officium*, isto é, na qualidade ou em razão de ser funcionário, pode editar atos ou omitir-se, contrariando preceitos contidos em seu Estatuto.

No que tange aos servidores públicos federais em geral, foi editada a Lei 8.112/90, intitulada Estatuto dos Servidor Público Federal, que ficou responsável por instituir o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias, inclusive em regime especial, e das fundações públicas federais, estabelecendo de seu servidor e atribuindo a eles uma série de deveres e vedações sob pena de incorrer em falha funcional e consequente sanção punitiva.

Com efeito, muitos desses deveres e vedações impostos aos servidores públicos tem como intuito a busca pela economicidade no serviço público, de modo que a Administração Pública tenha os menores custos possíveis, além de buscar preservar os cofres público. Nesse aspecto, cabe trazer à baila a literalidade dos incisos VII e IX do Art. 116 do Estatuto do Servidor Público Federal, quando determina como dever do servidor “zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público” e “manter conduta compatível com a moralidade administrativa”.

É cediço que o mero descumprimento do dever funcional não implica na lesividade ao erário, eis que, como visto anteriormente. Para a sua configuração, exige-se a efetiva lesão ao tesouro público. Além disso, a ofensa aos cofres públicos pode acontecer em razão do descumprimento dos demais deveres e vedações elencadas no referido diploma legal, não se

restringindo aos incisos mencionados no parágrafo anterior ou aqueles com vistas exclusivas à proteção do patrimônio público.

Ademais, o servidor responsável por lesar os cofres públicos poderá vir a responder sindicância contraditória ou processo administrativo disciplinar, de modo que, caso confirmada a infração administrativa, suportará penalidade disciplinar, sendo resguardada a apuração da responsabilidade civil e criminal pelo Poder Judiciário. Quando se trata dos servidores públicos civis, o Art. 127 da Lei nº 8.112/90 trouxe como rol taxativo as sanções administrativas: a) advertência, b) suspensão, c) demissão, d) cassação de aposentadoria ou disponibilidade; e) destituição de cargo em comissão; e) destituição de função comissionado.

O Estatuto do Servidor Público Federal é claro ao prever a pena de demissão nos casos de lesão aos cofres públicos e dilapidação ao patrimônio nacional (Art. 132, X). Com efeito, a demissão é a sanção aplicável a aqueles servidores efetivos ativos que cometerem infrações graves previstas no rol do Art. 132, de modo que haverá a extinção do vínculo entre o agente infrator e a Administração Pública. Nos casos em que o servidor infrator se encontrar investido de cargo comissionado, será aplicada a pena de destituição de cargo em comissão, nos termos do Art. 135.

Além disso, a Lei 8.112/90 não deixa dúvida quanto à necessidade dos infratores punidos em reaver os prejuízos ocasionados aos cofres públicos ao dispor em seu Art. 136 que “a demissão ou a destituição de cargo em comissão, nos casos dos incisos IV, VIII, X e XI do art. 132, implica a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível”. De igual forma, aqueles que venham a sofrer demissão ou forem destituídos ficarão impedidos de retornar ao serviço público federal (Art. 137, parágrafo único).

É cediço que, assim como ocorre nos casos de improbidade administrativa, há uma correlação entre as infrações previstas no rol das práticas puníveis com demissão. É nessa linha de intelecção que pontua Rigolin (2012), o referido autor pontua que o inciso X, que cuida de lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional, se relaciona intimamente com o inciso XI, corrupção, e, eventualmente, ao inciso VIII, que se versa acerca da aplicação irregular de dinheiros públicos [...]”. Sendo assim, depreende-se que o cometimento da prática de corrupção muito provavelmente acarretara na ofensa ao erário, incorrendo o servidor público em dois ilícitos passíveis de punição e reparação.

Importa o registro que, para a caracterização das condutas descritas no Art. 132, X, quais sejam “lesão aos cofres públicos” e “dilapidação ao patrimônio nacional”, necessariamente, há de estar presente o aspecto subjetivo dolo, não admitindo a modalidade culposa, ressalvadas as hipóteses em que o servidor público proceder de maneira desidiosa, nos termos do Art. 117,

XV, da Lei 8.112/90. Tal entendimento inclusive já foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o MS 19.126-DF. Rel. Min. Humberto Martins, onde decidiu pela anulação de demissão de servidor público acusado de majorar valores de contratos de prestação de serviço, em razão da inobservância do aspecto subjetivo dolo, determinando a sua reintegração ao quadro de funcionários, convertendo a pena de demissão em suspensão de 10 dias.

Os prazos referentes a aplicação das pretensões punitivas pela autoridade competente têm previsão expressa no Art. 142 da Lei 8.112/90. Nesse sentido, a contagem do prazo tem início na data em que o fato se tornou conhecido, estabelecendo o referido que: estarão prescritas em cinco anos às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; em dois anos quanto às passíveis de suspensão; e em cento em oitenta dias às sancionáveis com advertência.

Assim como ocorre com os servidores públicos, as pessoas jurídicas também poderão vir a responder administrativamente por práticas lesivas aos cofres públicos. Nesse aspecto, foi editada a Lei nº 12.846/2013, intitulada Lei Anticorrupção, com vistas a responsabilizar, objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, aqueles que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, nos termos do seu Art. 5º.

Dessa maneira, o referido dispositivo trouxe um rol de condutas danosas aos bens jurídicos tutelados pelo referido diploma normativo, o qual se enquadra o erário, dentre as quais, importa o registro o inciso IV, alínea “a”, que prevê como ato lesivo “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público”. Ora, conforme visto anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu no sentido de tal prática causa dano ao erário *in re ipsa*, em que não se precisa comprovar o dano efetivo.

Ademais, diante da responsabilidade objetiva imposta pela lei, as pessoas jurídicas irão responder por seus atos independente de constatada a culpa, podendo vir a sofrer punição pecuniária, nos moldes do Art. 6º, I, variando entre um décimo de por cento a vinte por cento do faturamento bruto no último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, bem como a publicação da condenação condenatória em meios de comunicação de grande circulação, podendo ser aplicadas isoladas ou cumulativamente de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

Importa o registro que, nas hipóteses em que não for possível utilizar do critério de faturamento bruto da pessoa jurídica a fim de fixar o valor da sanção pecuniária, a Lei

Anticorrupção permitiu a aplicação de multa entre os valores de seis mil reais a sessenta milhões de reais conforme estabelecido pelo §4º do Art. 6º.

A conduta lesiva praticada pela pessoa jurídica será apurada mediante a instauração de processo administrativo pelo órgão ou entidade competente em que serão observados os princípios da ampla defesa e contraditório. Assim sendo, os trabalhos investigativos serão conduzidos por comissão instaurada pela autoridade competente com no mínimo dois servidores estáveis que, no prazo de cento e oitenta dias a contar da publicação do ato instaurador, apresentarão relatório final contendo os fatos que foram objetos de apuração e eventual responsabilidade da pessoa jurídica investigada, sugerindo de forma motivada às sanções a serem praticadas.

No mais, seguindo a constante do Direito Administrativo, o Art. 25 da Lei Anticorrupção prevê que as infrações praticadas pela pessoa jurídica prescreverão em cinco anos, contadas da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Com efeito, tanto nos casos envolvendo infrações constantes no Estatuto do Servidor Público ou na Lei Anticorrupção, a aplicação das sanções previstas nos referidos diplomas não prejudica a instauração de processo administrativo de reparação integral do dano causado. Sobre o tema, há o entendimento majoritário de que as pretensões punitivas do Estado em nada influência nas aspirações do administrador no que diz respeito a restituição daquilo que foi subtraído, de modo que, enquanto aquele busca a aplicação de medida sancionatória de natureza administrativa, esse tem como escopo reaver o que foi tirado dos cofres públicos a fim de retomar ao *status quo ante*.

3.3 HIPÓTESES DE DANO AO ERÁRIO

De antemão, cumpre registrar que tal tópico não tem como fulcro exaurir todas as hipóteses que acarretam no prejuízo aos cofres públicos, tendo em vista que os fatos da vida são incontáveis, sendo esses impossíveis de mensurar.

Nesse sentido, na publicação original da Lei 8.429/92, em 02 de junho de 1992, o seu artigo 10, que versa acerca dos atos de improbidade administrativa que causam dano ao erário, contava com um rol de treze hipóteses exemplificativas de condutas supostamente lesivas aos cofres públicos. Com o decorrer dos anos, observou-se a necessidade de ampliar tal listagem, de modo que, após diversos acréscimos legislativo, o mesmo dispositivo atualmente conta com a quantidade de vinte e uma hipóteses.

Além disso, importa o registro, ainda, que, as hipóteses de improbidade administrativa causadoras de lesão ao erário não se encontram presentes apenas no rol do Art. 10, justamente porque o dano aos cofres públicos muitas vezes são reflexos das práticas de outras condutas tipificadas na própria LIA. Assim pontua Marcelo Figueiredo que, em brilhantes comentários à Lei 8.429/92, registra que na maioria das hipóteses, os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário são uma consequência jurídica das práticas que geram o enriquecimento ilícito (art. 9º), eis que, para o autor: “[...] se o agente público se enriquece ilicitamente às custas do patrimônio público (amplamente considerado), há, logicamente, uma perda, um prejuízo, uma parcela de lá retirada que deverá ser recomposta, sem embargo das demais cominações legais”. (FIGUEIREDO, 1998, p. 48).

Ademais, registra-se que a Lei 8.429/92 foi a que melhor conseguiu exemplificar as hipóteses de dano ao erário, contudo, conforme visto anteriormente, tal diploma legal possui aplicação limitada, restringindo-se aos sujeitos que poderão vir a ser demandados pela prática de improbidade administrativa, quais sejam, os agentes públicos *latu sensu* e os terceiros que induzam, concorram ou se beneficiem do ato ímprobo.

O *caput* do Art. 9 preleciona como prática de enriquecimento ilícito para fins de aplicação da LIA o ato de “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei”. Em tais casos, na maioria das vezes, o agente público utiliza-se da sua investidura como forma de locupletar-se ilicitamente às custas das finanças do Estado, como nas situações em que os servidores buscam fraudar os benefícios previdenciários e, por consequência, acabam lesando o erário.

Em tais ocasiões, o ressarcimento se restringirá às hipóteses em que o agente público agiu dolosamente tomado pela má-fé, caso contrário, por ter natureza alimentar, não deverá proceder com a restituição dos valores sob pena de incorrer na Súmula 106⁷ do Tribunal de Contas da União.

No que se refere ao Art. 10 da LA, o seu inciso I prevê como ato causador de lesão ao erário “facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei”. Nessa hipótese, o agente público, aproveitando da sua investidura, simplifica os caminhos que deveriam ser traçados através dos formalismos

⁷ O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente.

impostos pela Administração ou contribui de alguma forma com o terceiro a fim de subtrair valores pertencentes os cofres públicos.

No inciso seguinte, a lesão tem como causa o ato de “permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie”. Nessa hipótese, o agente público consente, queda-se inerte, omissos diante do seu dever de proteger o patrimônio público ou, conforme visto acima, age em cooperação com o terceiro com o intuito de praticar do ato ilícito.

Já o inciso VIII, relata prática bastante frequente no âmbito da Administração, qual seja “frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente”. Trata-se de conduta praticada em claro afronto aos princípios norteadores do procedimento licitatório, impostos pela Lei nº 8.666/93, dentre eles, a isonomia, impessoalidade, vinculação ao instrumento convocatório, competição, igualdade de condições e a proposta mais vantajosa. Porém, conforme nos ensina Figueiredo (2009), tal hipótese precisa ser analisada com cautela, na medida em que a mera ausência do procedimento licitatório, não implica na prática do ato improprio causador de danos ao erário. Assim sendo, a discricionariedade do administrado que mitigou a regra imposta pela CR/88, qual seja, a realização do procedimento licitatório, deve ser analisada com base nos princípios da razoabilidade e da moralidade administrativa,

Assim, Figueiredo (2009) conclui que para se caracterizar o ato improprio que causou lesividade, necessário a presença da prática do desvio de poder, eis que, o agente público deverá ter substituído a vontade da lei, que através do procedimento licitatório busca a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, com o intuito de obter alguma vantagem.

O inciso X prevê como provável hipótese de danos as finanças públicas “agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público”. Nessa ocasião, estamos diante de duas práticas lesivas na modalidade culposa. A primeira se consubstancia no fato do agente público que promover a arrecadação de tributo ou renda, de maneira desidiosa, não cumpre com o seu dever funcional e como consequência da sua falha impede a devida arrecadação de receitas aos cofres públicos. O segundo ato improprio tem como agente causador o indivíduo responsável por zelar o patrimônio e, diante da sua omissão, permite que o mesmo acabe se deteriorando. Sobre o tema, Rita Tourinho (2009) chama à atenção no presente caso que, muito embora o enunciado normativo tenha se referido a conduta culposa, também deverão ser imputadas as acusações de improbidade a aqueles que agiram dolosamente.

O inciso XII do Art. 10 prevê como ato que lesiona o erário “permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente”. Na hipótese em apreço, o terceiro que acaba se locupletando às custas das finanças públicas com a ajuda do agente público. Nesses casos, conforme os ensinamentos de Rizzardo (2012, p. 483) “[...] não atua o particular sozinho, havendo sempre a atuação do funcionário ou empregado público, ou daquele que participa da entidade que recebe subvenções ou participação do capital do Estado em seu patrimônio. [...]”. Cumpre o registro que, nas hipóteses em que o particular enriquece sem cooperação do agente público, não estaremos diante de uma hipótese de improbidade administrativa, porém, diante da lesão ao erário, permanece a obrigação de repará-lo.

Já o inciso XIII traz como hipótese que ofende as finanças públicas o ato de “permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades”. Ora, trata-se de clara prática de desvio de finalidade, nos termos do Art. 2º, parágrafo único, alínea “e”, da Lei nº 4.717/65, eis que “[...] agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. Porém, no caso em apreço, quem vai locupletar ilicitamente é o terceiro, mas em razão da conduta do agente. Nesse sentido, conforme preleciona Rizzardo (2012, p. 484) “Priva-se o ente público da utilização do bem ou serviço, o que redundará em prejuízo, pois resulta em desfalque do setor público, já que fica sem o proveito”.

Além disso, importa o registro que, alguns ilícitos que acarretem em danos aos cofres públicos não necessariamente irão se enquadrar como atos de improbidade administrativa, e, por consequência, não se encontrarão no rol exemplificativo trazido pelo Art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

Na ocasião, faz-se referência as hipóteses de deterioração dos bens públicos por terceiros sem qualquer vínculo jurídico com a Administração Pública, por exemplo, acidentes de veículos por culpa exclusiva de particulares. Nesses casos, a Administração poderá instaurar processo administrativo com o intuito reparatório e, caso este reste frustrado, demandar judicialmente a restituição do dano causado através de ação ordinária.

De igual forma, lesiona o erário o particular que fraudas os benefícios previdenciários junto ao Instituto Nacional de Seguro Social. Aqui, em regra, o indivíduo incorre no crime de falsificação de documento público (Art. 297, CP) como forma de aparentar condição a qual não faz parte, necessária para a obtenção de determinado benefício previdenciário. Porém, nesses casos, é imprescindível que o indivíduo aja de má-fe para que seja imposto o dever de restituir

os cofres públicos. Tal posicionamento foi tomado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais que, no bojo do processo nº 0508732-04.2016.4.05.8300, entendeu que tais benefícios, por serem revestidos de natureza alimentar, quando recebidos de boa-fé, não geram o dever de devolução.

Ademais, é inequívoco o dever do Estado em restituir integralmente aquilo que lhe retirado sob pena de responder por desídia aquele que se quedou inerte quanto ao dano. Ocorre que, o Art. 37, §5º, da Constituição Federal de 1988 foi responsável por instaurar uma das controvérsias mais calorosas da atualidade diante da sua inteligência que faz parte dos juristas acreditarem que tal diploma buscou afastar a incidência dos prazos prescricionais nas pretensões reparatorias do Estado, de modo que permitiria que os sujeitos legitimados à defesa do patrimônio público pudessem demandar em desfavor do infrator a qualquer tempo.

4. A (IM) PRESCRITIBILIDADE DO DANO AO ERÁRIO.

A literalidade do Art. 37, §5º, da Constituição Federal de 1988 deu ensejo a uma das mais calorosas controvérsias doutrinárias que circundam o nosso ordenamento jurídico na atualidade, a possível imprescritibilidade das pretensões ressarcitórias do Estado em face daqueles que de alguma maneira lesionaram os cofres públicos. Tal divergência habita basicamente no fragmento final do referido dispositivo constitucional, o qual prevê a seguinte expressão “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Sendo assim, inevitavelmente, este comando normativo deu ensejo a múltiplos posicionamentos com o intuito de demonstrar o intelecto pretendido pelo texto constitucional.

De um lado aqueles que entendem que o texto constitucional atribuiu ao Estado a possibilidade de exigir a qualquer tempo a restituição de valores aos cofres públicos decorrente da prática de atos ilícitos. Já outros, renitentes com tamanho poder conferido aos órgãos e entidades públicas, acreditam que a interpretação em prol da imprescritibilidade ensejaria em legitimar as mais diversas arbitrariedades, violando frontalmente os princípios assegurados pela própria Magna Carta e o ordenamento jurídico como um todo.

Com efeito, o texto normativo ora mencionado é no mínimo passível de discussão, na medida em que, com a imprescritibilidade, há o rompimento com a longa tradição da estabilização das relações firmadas, que é a regra do sistema jurídico vigente, sendo um dos principais desdobramentos dos princípios da segurança-jurídica conforme nos apontou Celso Antonio Bandeira de Mello. Além disso, é inquestionável que a imprescritibilidade é exceção trazida expressamente pelo texto constitucional, são os casos, por exemplo, do poder conferido ao Estado para punir a qualquer tempo a prática de racismo (Art. 5º, inciso XLII), bem como o crime referente a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (Art. 5º, inciso XLIV). Logo, diante da ininteligência do Art. 37, §5º, conforme demonstrado, o Poder Constituinte não logrou êxito como nos outros casos, o que é no mínimo motivo de estranheza.

No mesmo sentido, questiona-se ainda se a perpetuação da pretensão ressarcitória do Estado não violaria o direito constitucional do acusado à ampla defesa e ao devido contraditório, tendo em vista que, com o decurso temporal, a reunião probatória ficaria cada vez mais escassa e dificultosa, impossibilitando o indivíduo de obter das armas necessárias para se defender das acusações que estão lhe sendo imputadas, o que, conseqüentemente, poderia acarretar no enriquecimento ilícito da Administração Pública.

É cediço que não podemos nos olvidar acerca da importância da conservação e uso correto do erário, tendo em vista que a utilização indevida das finanças públicas, transgredindo a sua finalidade legal, inquestionavelmente acaba lesando toda a sociedade, sobretudo nas ocasiões em que os recursos subtraídos têm propósitos estranhos aos fins públicos, nutrindo ambições particulares em detrimento dos interesses coletivos, violando, assim, os mais diversos ideais republicanos.

Importa, ainda, o registro que a defesa da incidência da prescrição nas pretensões ressarcitórias em favor do erário em nenhuma hipótese significa apoiar o descuido com a coisa pública ou ser conivente com as práticas que visam desvirtuar a finalidade correta das finanças, mas sim acreditar que a preservação de determinados valores pelo Estado busca proteger interesses ainda maiores.

4.1 A DEFESA DA IMPRESCRITIBILIDADE DO DANO AO ERÁRIO

O posicionamento doutrinário no que tange a perpetuidade da pretensão ressarcitória pelo Estado apoia-se na ideia de que é totalmente justificável mitigar a incidência dos prazos prescricionais e conseqüentemente a segurança jurídica em benefício da proteção das finanças públicas, eis que, o Art. 37, §5º do texto constitucional, buscou privilegiar o princípio da supremacia dos interesses públicos em detrimento dos privados. Em consequência disso, a Magna Carta, assim como fez com os crimes de racismo e a ação de grupos armados, teria assegurado ao Estado o poder de reaver a qualquer tempo os prejuízos causados ao erário, afastando a incidência dos prazos prescricionais, por entender que se trata de situação excepcionalíssima passível de proteção ainda maior.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho entende que a ressalva feita pela Constituição Federal inequivocamente trará permanente instabilidade as relações jurídicas, contudo, tal mandamento se justificaria nas hipóteses de recomposição ao erário por se tratar de relevante componente do patrimônio público e tesouro da própria sociedade. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1147).

De maneira semelhante, Emerson Affonso da Costa Moura entende que a interpretação mais adequada do dispositivo constitucional é aquela que se dá de forma sistemática com a disciplina a qual ela se insere. Sendo assim, o referido autor entende que tal norma foi estruturada sob o regime jurídico-administrativo o qual prevalece a indisponibilidade do interesse público, motivo pelo qual o sentido correto a ser adotado seria o da imprescritibilidade.

Por fim, pondera que o entendimento contrário, colocaria a Administração Pública em posição de igualdade ao agente causador do ilícito. (MOURA, 2014).

Todavia, importa ressaltar que o posicionamento quanto aos efeitos da imprescritibilidade não é unânime entre os Autores que apoiam essa vertente, existindo variedade de opiniões quanto ao tema. Aqueles que defendem a perpetuidade, muitas vezes discordam entre si no que tange ao seu raio de aplicação, de modo que interpretam de inúmeras maneiras as limitações postas pela literalidade da norma constitucional.

Ora, a exegese do Art. 37, §5º, possibilita levar em consideração algumas variáveis que certamente irão influenciar quanto a incidência da imprescritibilidade. A primeira delas busca avaliar a investidura do sujeito que deu causa a prática lesiva. Nesse sentido, alguns autores procuram interpretar o texto constitucional de maneira ampliativa, separando em fragmentos o texto do supracitado dispositivo, acreditando que a imprescritibilidade é direito constitucional da Administração Pública podendo recair sobre qualquer indivíduo independentemente de possuir qualquer vínculo jurídico com o Estado.

Nessa perspectiva, José Afonso da Silva ao comentar acerca da ressalva feita pelo fragmento final do Art. 37, §5º, não faz distinção entre agentes públicos ou particulares, apenas ponderando que a norma constitucional destoou a Administração Pública do brocardo *dormientibus no succurrit jus*, de modo que a prescritibilidade recairia apenas a apuração e punição do ilícito, não abrangendo os casos de ressarcimento do prejuízo causado ao erário. (SILVA, 2013);

Já outros autores buscam restringir o afastamento da incidência prescricional apenas aos atos lesivos praticados por aqueles que estejam investidos da condição de agente público *latu sensu*, de modo a excluir os terceiros estranhos às funções públicas. Dentre eles, destaca-se o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho que, ao comentar sobre o comando normativo em debate, defende que a ressalva constitucional alcança apenas os atos lesivos praticados por agentes do Poder Público, de forma que se indivíduo responsável por dar causa ao dano é um terceiro, desvinculado com o Estado, não se aplica o art. 37, §5º do texto constitucional. (CARVALHO FILHO, 2015).

A segunda variável busca restringir ainda mais a incidência do fragmento final do §5º, consistindo essa na necessidade de observância da natureza do ato ilícito praticado. Com efeito, atualmente já é posicionamento vencido aquele que acredita que o comando normativo abrangue qualquer tipo antijuridicidade. Ora, o posicionamento dominante hoje entende ser imprescindível a interpretação conjunta dos §§4º e 5º da Constituição Federal, o que permitiria

que a imprescritibilidade recaísse somente nas práticas caracterizadas como improbidade administrativa.

Tal corrente ganhou força em decorrência dos recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, em que deu repercussão geral as teses fixadas nos julgamentos do RE n. 669.069, Rel. Min. Teori Zavascky, e do RE 852.475, Rel. Min. Alexandre de Moraes, criou-se forte tendência de interpretar os §§ 4º e 5º do Art. 37 da Constituição Federal, atrelando a imprescritibilidade do dano ocasionado ao erário com o ilícito de improbidade administrativa. Porém, cumpre salientar que os entendimentos fixados pelo STF até o presente momento ainda deixam lacunas no nosso ordenamento quanto aos efeitos da imprescritibilidade, de modo que a delimitação precisa do seu raio de abrangência ainda é uma incógnita. Contudo, é inegável que o debate doutrinário acerca do tema reside predominantemente nas hipóteses de ressarcimento decorrente de atos caracterizados como improbidade administrativa.

Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli aponta ser indispensável interpretar em conjunto os §§4º e 5º do Art. 37 da Constituição, de modo que, o prazo quinquenal estabelecido pelo Art. 23 da Lei nº 8.429/92 só pode referir-se à aplicação de pena de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública ou proibição de contratar com o Poder Público, mas não para o ressarcimento dos danos aos cofres públicos. (MAZZILLI, 2012).

Maria Sylvia Di Pietro entende que, muito embora a imprescritibilidade possa acarretar em prejuízo à segurança jurídica, prevalece o interesse público na proteção ao erário subtraído em razão do ato improprio. Além disso, a renomada autora pondera que a imprescritibilidade não acarretará em prejuízo ao direito de defesa do acusado, tendo em vista que os responsáveis estão alertas que poderão responder a qualquer tempo por danos ocasionados ao erário, de modo que cabem a eles ter o mínimo de prudência recomendada com as provas em que auxiliem o direito de defesa. (DI PIETRO, 2019).

Em sentidos semelhante, Wallace Paiva Martins Júnior, em sua obra *Probidade Administrativa*, acredita que o texto constitucional repudia a arguição da prescrição quinquenal com base no Decreto nº 20.910/32 ou no art. 21 da Lei nº 4.717/65, ou trienal, nos casos da sociedade de economia mista, com fulcro do Art. 6.404/76, eis que o acredita que o ressarcimento do dano é imprescritível, nos termos do Art. 37, §5º da Constituição Federal. (MARTINS JÚNIOR, 2009).

Já Daniel Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira, com uma visão mais moderada, concordam que são imprescritíveis as pretensões ressarcitórias do Estado, em decorrência de atos de improbidade administrativa, por força da interpretação dada ao Art. 37,

§5º da CF/88. Todavia, os autores criticam a opção do constituinte apontando ser perceptível a insegurança jurídica trazida pelo referido dispositivo, contudo, entendem que fixação de prazo prescricional apenas poderá ser feita através da alteração do texto constitucional, de modo que se deve observar o comando normativo atual. (NEVES; OLIVEIRA, 2018).

Com o julgamento do RE 852.475, conforme será visto nos próximos tópicos, acrescentou-se mais uma variável quanto aos efeitos da imprescritibilidade, de modo que, nas hipóteses caracterizadas como improbidade administrativa, a sua incidência fica dependente da presença do aspecto subjetivo dolo.

Por fim, conforme demonstrado, a doutrina majoritária em nenhum momento busca diminuir a importância dos princípios da segurança jurídica e estabilização das relações jurídicas firmadas, apenas acreditam que a constituinte, ao ponderar a importância de cada princípio, preferiu proteger ainda mais os cofres públicos dando a eles o benefício da imprescritibilidade permitindo que o Estado a qualquer tempo possa pleitear os prejuízos que lhe forem causados.

4.2. A DEFESA DA PRESCRITIBILIDADE DO DANO AO ERÁRIO

A imprescritibilidade das pretensões ressarcitórias soa como uma quebra de paradigma inaceitável para boa parte dos juristas, o que acarreta no empenho doutrinário a fim de rechaçar tal posicionamento. Nesse sentido, muito embora seja corrente minoritária, os defensores da prescricionalidade expõem argumentos contundentes em prol dos seus posicionamentos, que, em algumas situações, terminam levando aqueles que pensam de maneira contrária ao menos a refletirem acerca do tema. Assim, nomes como Celso Antonio Bandeira de Mello que até o ano de 2009 defendia posição favorável a imprescritibilidade, revisou entendimento pessoal passando a admitir a incidência dos prazos prescricionais nas pretensões ressarcitórias do Estado.

Dentre tais argumentos, acredita-se que o texto constitucional foi claro e inequívoco ao conferir a imprescritibilidade somente as pretensões punitivas do estado no que toca aos crimes de racismo e ação de grupos armados contra a ordem, não se admitindo as pretensões civis indenizatórias.

Em diapasão semelhante, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ensina que:

[...] Quando a CF quis dar o regime jurídico da imprescritibilidade a alguma situação jurídica, fez menção expressa a essa exceção em apenas duas ocasiões: CF 5º XLII e XLIV, que tratam como imprescritíveis os crimes de racismo e de grupo armado contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Como se trata de exceção, a imprescritibilidade dos crimes previstos na CF 5º XLII e XLIV não pode ser estendida para a pretensão civil de indenização deles decorrente. (NERY; NERY, 2014, p. 496-497).

Outro ponto importante que leva ao questionamento da interpretação em prol da imprescritibilidade é o fato de que a perpetuidade dada ao Estado em poder exigir de um indivíduo o cumprimento de uma obrigação, violaria o direito à ampla defesa e ao contraditório do acusado assegurados pelo texto constitucional através do seu Art. 5º, LV, de modo que tornaria impossível eximir-se da acusação que lhe foi imputada diante da dificuldade probatória com o decorrer do tempo, o que abriria caminhos para a perpetração de arbitrariedades.

Nesse sentido, Gabardo e Saikali (2018, p.538) apontam que “a manutenção da possibilidade eterna de um cidadão tornar-se réu ofende o princípio do devido processo legal (ampla defesa e contraditório), pois certamente ele não terá como produzir provas em prazos elásticos de tempo entre o fato e a ação judicial[...]”. Além do mais, os referidos juristas ressaltam, ainda, que, sendo imprescritíveis, a ação poderia ser proposta em face dos filhos, netos ou bisnetos daquele que deu causa a lesão, dentro dos limites da sua herança, o que impossibilitaria ainda mais a defesa dos demandados. (GABARDO; SAIKALI, 2018).

De maneira semelhante, Celso Antônio Bandeira de Mello aponta como um dos motivos que fizeram abrir mão do seu posicionamento pretérito é o fato de não ser crível que a Constituição Federal de 1988 tenha aceitado resultados tão adversos aos princípios da ampla defesa e do contraditório. (MELLO, 2013).

Além disso, a doutrina minoritária pondera que conferir ao Estado o poder de agir a qualquer tempo seria uma grave ruptura com a tradição adotada pelo nosso sistema jurídico referente a estabilização das relações jurídicas firmadas, tendo em vista que a imprescritibilidade é medida excepcionalíssima que não se aplica às condutas que gerem responsabilidade civil, restringindo-as as punições referentes aos crimes de racismo e ações de grupos armados.

É nesse que sentido que percorre Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho, a brilhante docente se mostra contrária a falta de limitação temporal ao Estado para propositura da ação cabível, visto que o instituto da prescrição se encontra a serviço da paz social e da segurança jurídica, sendo esses valores primordiais a toda a coletividade, que não podem ser mitigados por interesses patrimoniais, mesmo que pertencentes ao Estado. A referida autora acrescenta, ainda, que o ordenamento pátrio se preocupou, inclusive, com a incidência destes valores até

em crimes que atentam contra a vida, como é o caso do homicídio, o qual prescreve em vinte anos. (TOURINHO, 2009).

De forma semelhante, o professor Elody Nassar entende que extrair do fragmento final do Art. 37, §5º, da Constituição Federal que as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis soa como um paradoxo angustiante. Com isso o autor pondera ser notório não presumir que uma norma nova não descumpra com longa tradição legislativa anterior, de modo que, se a regra é que as ações condenatórias prescrevam, não se pode afirmar que tal regra foi afastada pelo dispositivo ora mencionado. (NASSAR, 2004).

Os renomados juristas Marçal Justen Filho e Miguel Gualano de Godoy, entendem que a tese da imprescritibilidade é incompatível com a interpretação sistemática do texto constitucional – à luz dos direitos e garantias fundamentais - , no caso o direito fundamental à segurança jurídica, diante da impossibilidade da CF/88 ser interpretada em tiras. Assim, pensa que cabe ao titular da pretensão exercer a ação em face do agressor em tempo certo ou ao menos determinável. (JUSTEN FILHO; GODOY, 2018)

Já Marcello Colombelli Mezzomo, um dos pioneiros a tratar acerca da imprescritibilidade nas ações de improbidade administrativa, não comunga com opinião da doutrina e jurisprudência quanto ao afastamento do instituto da prescrição nas ações de ressarcimento, o mencionado autor acredita que as exceções não podem ser extraídas de interpretação forçada da norma, devendo constar de forma que não se deixe qualquer margem de dúvida acerca do comando normativo. Assim, complementa que a interpretação conferida ao Art. 37, §5º do texto constitucional, ao seu ver, não esposa a melhor hermenêutica, por não haver conflito com o Art. 23 da Lei 8.429/92. Porém, para o autor, quando o texto constitucional prevê a expressão “ressalvada as ações de ressarcimento”, busca desatrelar a prescrição referente às pretensões ressarcitórias com as demais sanções constantes na Lei de Improbidade Administrativa. (MEZZOMO, 2002).

Todavia, muito embora a doutrina minoritária compactue do entendimento quanto à incidência da prescrição nas demandas ressarcitórias de titularidade do Estado, acabam divergindo no sentido de qual legislação se aplicar em tais hipóteses. Tal divergência habita praticamente na incidência dos prazos do Código Civil, do Decreto 20.910/35 ou no próprio Art. 23 da Lei de Improbidade Administrativo.

Para Arnaldo Rizzardo, a interpretação mais coerente acerca da normal constitucional ora debatida, seria a aplicação do prazo de dez anos, previstos no art. 205 do Código Civil, nas hipóteses de improbidade administrativa. De igual forma, o referido autor ainda pontua não

achar razoável, em nenhuma hipótese, que os casos de indenização por dano ao erário fiquem despercebidos pelos prazos prescricionais. (RIZZARDO, 2012).

De maneira semelhante, Rita Tourinho entende que a Constituição Federal de 1988 quis afastar o ressarcimento de danos dos prazos previstos na legislação especial, entendendo pela utilização do prazo prescricional comum estabelecido no Art. 205 do Código Civil. (TOURINHO, 2009). Nesse sentido, percebe-se que a referida autora, diferentemente de Rizzardo, não estabelece prazo específico a ser aplicado, o que faz presumir que este pode incidir à luz das hipóteses postas pela legislação civil de 2002.

Já Marçal Justen Filho e Miguel Gualano de Godoy, em razão do princípio da isonomia consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entendem ser cabível a prescrição quinquenal, contando-se a partir da data do ato ou fato do qual se originaram, nos termos do Decreto 20.910/32. (JUSTEN FILHO; GODOY. 2018).

Conforme será visto logo em seguida, nomes como Alexandre de Moraes e Gilmar Ferreira Mendes acreditam que o Art. 37, §5º, não buscou afastar os prazos prescricionais de ressarcimento, nas hipóteses de improbidade administrativa, de modo que se aplicaria a prescrição quinquenal constante no Art. 23 da Lei 8.429/92, tendo sua contagem iniciada a partir do momento em que houve o conhecimento do fato danoso.

Outrossim, é cediço que, diante da complexidade que o tema carrega consigo, tal divergência não se restringiria ao debate doutrinário, de modo passou a ocupar espaço nos tribunais.

4.3 A DIVERGÊNCIA JURISPRUDÊNCIAL ACERCA DA (IM) PRESCRITIBILIDADE

A exegese do Art. 37, §5º, da Constituição Federal de 1988, bem como a falta de precedentes vinculantes sobre o tema durante um certo período de tempo, permitiu com que, diante dos tribunais, as demandas ressarcitórias do Estado já tenham sido alvo das mais diversas interpretações, fomentando mais ainda a insegurança jurídica no toca o assunto.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em algumas oportunidades, já decidiu pela aplicação da prescrição quinquenal nas ações ressarcitórias nos termos estabelecidos pelo Decreto nº 20.910/32, como no caso do REsp. 1.197.330/MG, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia, que, no ano de 2013, ao julgar atos lesivos aos cofres públicos de autoria de agente público praticados antes da vigência da CF/88, firmou entendimento pela impossibilidade de incidência

da imprescritibilidade prevista no Art. 37, §5º, da CF/88, de modo que, em tais casos, incidiria a prescrição quinquenal prevista no Art. 1º do mencionado decreto.

Em outras ocasiões, decidiu pela aplicação do Código Civil, como no ano de 2003, ao julgar o REsp nº 601.961/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, naquela oportunidade, o referido ministro entendeu pela incidência da prescrição vintenária, tendo em vista que, na época da ocorrência do fato, encontrava-se vigente a legislação de 1916. Assim sendo, de maneira semelhante ao posicionamento de Marcello Colombelli Mezzomo, aduziu pela falta de regulamentação do fragmento final da Art. 37, §5º, da Constituição Federal de 1988, visto que o Art. 23 da Lei 8.429/92 apenas teria regulamentado a primeira parte do dispositivo constitucional.

Com efeito, até o ano de 2016, o Superior Tribunal de Justiça havia uniformizado jurisprudência no sentido de que, caso fosse verificado o efetivo dano ao erário, a regra era a sua imprescritibilidade. Tal posicionamento foi afastado diante do entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal naquele mesmo ano, em que entendeu pela prescritibilidade nas hipóteses de ilícitos civis comuns. Sendo assim, conforme visto nos tópicos anteriores, criou-se a forte tendência de afastar os prazos extintivos apenas nas ações de ressarcimento que decorressem de danos causados ao erário caracterizados como atos de improbidade administrativa.

Por sua vez, para melhor entender as controvérsias que tal assunto trouxe ao mundo jurídico, três julgados proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal tiveram grande importância para a fixação do atual entendimento acerca da imprescritibilidade, sendo imprescindíveis a sua análise, quais sejam o MS 26.210/2008, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 10/10/2008, o RE 669.069/2016, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 03/02/2016, e o RE 852.475/2018, Min. Rel. Alexandre de Moraes, DJe 08/08/2018.

4.3.1 Análise do Mandado de Segurança 26.210

No ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal julgou o MS nº 26.210-9, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 10/10/2008, impetrado por Tânia Costa Tribe em face do Acórdão 2.967/2005 proferido no âmbito do Tribunal de Contas da União em julgamento de Tomada de Contas Especial em que condenou a impetrante ao pagamento do valor no importe de R\$ 167.021,15 (cento e sessenta e sete mil e vinte um reais e quinze centavos) a título reparatório em razão do descumprimento da obrigação de retornar ao país após o término da concessão da

bolsa de estudos no exterior junto ao Conselho Nacional de Pesquisas (CNPq) para obter doutorado na *University of Essex*, na Inglaterra.

A impetrante pleiteou preliminarmente a concessão da segurança sustentando a incidência da prescrição quinquenal ao caso, nos moldes do Art. 1º do Decreto 20.910/32, visto que a imprescritibilidade prevista no fragmento final do Art. 37, §5º da Constituição abarca apenas os agentes públicos, alegando que o CNPq deveria ter iniciado as cobranças logo após encerrada a vigência da bolsa de estudos, em agosto de 1992, contudo, só teria entrado em contato sete anos após a conclusão e entrega de sua tese de doutorado, lhe comunicando a abertura de processo administrativo para a cobrança de valores pagos pelo Conselho no decorrer da vigência da bolsa de estudos.

No mérito da demanda requereu que fosse reconhecida a inexistência de relação jurídica entre as partes que tenha por objeto exigir o retorno da impetrante ao País em razão do contrato de concessão de bolsas de estudo celebrados com o CNPq, assim como que fossem devolvidos os valores desembolsados pela Impetrante para adimplir o débito imposto pelo TCU alvo de questionamento.

Em seu voto, o ministro relator entendeu pela incidência do Art. 37, §5º ao caso, diante da natureza ressarcitória do processo de Tomada de Contas Especial, não se justificando a interpretação restritiva pretendida pela impetrante, em que o manto da imprescritibilidade abarcaria apenas os agentes públicos, tendo em vista que tal entendimento acarretaria na injustificável quebra do princípio da isonomia.

No final, antes de denegar a segurança pleiteada pela impetrante, o ministro relator entendeu que:

Com efeito, não fosse a taxatividade do dispositivo em questão, o ressarcimento de prejuízos ao erário, a salvo da prescrição, somente ocorreria na hipótese de ser o responsável agente público, liberando da obrigação os demais cidadãos. Tal conclusão, à evidência, sobre mostrar-se iníqua, certamente não foi desejada pelo legislador constituinte. (MS. 26.210, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 10.10.2008).

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, em sentido contrário, abriu divergência ao voto do ministro relator, decidindo pela concessão da segurança, ponderando que a ressalva feita pelo fragmento final do dispositivo constitucional, remete à legislação existente e recepcionada pela Constituição de 1988, segundo a qual prescrevem as ações, a partir do nascimento destas, em cinco anos, nas ocasiões em que se trata de dívida passiva da Fazenda, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Além disso, o Ministro Marco Aurélio entendeu que a Magna Carta foi explícita quando tratou da ausência de prescrição, não sendo o caso das pretensões ressarcitórias, de modo que é inconcebível que a constituinte de 1988 simplesmente tenha deixado sobre o indivíduo que supostamente lesionou o erário uma ação exercitável a qualquer momento.

Ao fim do julgamento, o tribunal, por maioria, indeferiu a segurança pleiteada, tendo sido vencido o voto do Ministro Marco Aurélio.

Com efeito, observa-se que, durante a votação do MS 26.910-9, em nenhum momento, se atrelou a conduta ilícita da impetrante com a prática dos atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/92, não havendo interpretação conjuntas dos §§ 4º e 5º do Art. 37, de modo que se buscou dar interpretação ampliativa ao tema, entendendo que a constituinte não restringiu a imprescritibilidade aos agentes públicos, abrangendo também das pretensões ressarcitórias em face do cidadão comum sem vínculo jurídico com a Administração Pública.

Além do mais, em que pese a conduta praticada pela impetrante não restar em harmonia com as normas que regulam a concessão de bolsas de estudo com o escopo de qualificar profissionais, observa-se que o administrador demorou longos sete anos para instaurar processo reparatório, o qual só veio a ser concluído após mais demorados sete anos.

Muito embora tal entendimento já tenha sido revisado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, tal julgado só demonstra a insegurança jurídica causada pelo dispositivo constitucional, diante do seu texto ininteligível, que permitiu que fossem feitas interpretações das mais diversas maneiras acerca do tema, possibilitando recair sobre qualquer cidadão o manto da imprescritibilidade.

4.3.2 Análise do Recurso Extraordinário 669.069

Após ter reconhecido a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário 669.069 interposto pela União em inconformismo com o Acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que negou provimento ao recurso de apelação e manteve o conteúdo da sentença do juízo de primeiro grau, de modo que reconheceu a incidência da prescrição nas pretensões ressarcitória da Recorrente ao ajuizar ação de ressarcimento por danos materiais decorrente de acidente de trânsito.

No que tange aos fatos, a União ajuizou ação de ressarcimento de danos materiais em desfavor da Viação Três Corações Ltda, empresa responsável pela prestação de serviços de

transporte rodoviário, e um dos seus motoristas, o Sr. Luiz Cláudio Salles da Luz, por entender que houve culpa exclusiva do condutor do ônibus em colisão contra viatura da Companhia da Divisão Anfíbia da Marinha, ocorrida em 20 de outubro de 1997 em uma rodovia no Estado de Minas Gerais.

Sendo assim, em que pese o acidente tenha ocorrido no ano de 1997, a ação foi ajuizada somente no ano de 2008, de modo que ficou decidido pelos ministros da casa, por maioria, pela incidência da prescrição no caso em exame.

Em seu voto, o relator ministro Teori Zavascki trilhou caminhos contrários ao opinativo exarado pelo Procurador-Geral da República, onde asseverava que o art. 37, §5º, da Magna Carta deveria alcançar também os ilícitos comuns, negando provimento ao recurso extraordinário interposto pela União, de modo que decidiu por afastar a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória da União ao caso concreto, entendendo que o fragmento final contido do Art. 37, §5º da Constituição Federal não tem alcance ilimitado.

Nesse sentido ponderou:

A pretensão de ressarcimento, bem se vê, está fundamentada em suposto ilícito civil que, embora tenha causado prejuízo material ao patrimônio público, não revela conduta revestida de grau de reprovabilidade mais pronunciado, nem se mostra especialmente atentatória aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública. Por essa razão, não cabe submeter a demanda à regra excepcional de imprescritibilidade, pelas razões antes asseveradas. Deve ser aplicado, aqui, o prazo prescricional comum para as ações de indenização por responsabilidade civil em que a Fazenda figure como autora. (RE. 669.069, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 03.02.2016).

Sendo assim, concluiu aduzindo que a tese de imprescritibilidade que abarca o dispositivo constitucional se refere, apenas, às lesões ao erário decorrentes de ilícitos tipificados como o de improbidade administrativa e como ilícitos penais. Desta forma, ao fim do seu voto, o ministro relator propôs a fixação da seguinte tese “a imprescritibilidade a que se refere o art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais”.

Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso decidiu de acordo com o entendimento do Ministro Teori Zavascki no que tange a demanda posta em julgamento. Contudo, discordou no que se refere à tese proposto pelo ministro relator, na medida em que entendeu que esta foi além das delimitações do caso concreto, motivo pelo qual propôs nova tese, qual seja “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.”

Foi voto vencido o Ministro Edson Fachin, que, ao contrário do entendimento da maioria, ponderou pela impossibilidade de limitação ao alcance do texto constitucional levando em conta o conjunto de valores ligados à proteção das finanças públicas, de modo que entendeu que a Magna Carta não nomeou, elencou, particularizou e nem restringiu a natureza dos ilícitos que ocasionem os danos ao erário público.

Além disso, o referido ministro entendeu que o texto constitucional na literalidade do Art. 37, §5º, se refere a agente de maneira genérica, não se restringindo apenas aos agentes públicos. De igual forma, entende que o mencionado dispositivo constitucional não deve ser lido em conjunto com o disposto no Art. 37, §4º, eis que o parágrafo posterior é expresso, se referindo aos ilícitos de maneira em geral. Por fim, suscitou que a limitação a imprescritibilidade aos atos de improbidade ou àqueles tipificados como crime impede concretamente que o dispositivo cumpra a sua função de tutela da coisa pública.

Diante disso, ao final do seu voto, propôs como tese: “A imprescritibilidade da pretensão ao ressarcimento ao erário prevista no art. 37, §5º da Constituição da República, alcança todo e qualquer ilícito, praticado por agente público, ou não, que cause prejuízo ao erário”

Ao fim da sessão plenária, por maioria dos votos, os ministros entenderam que a tese sugerida pelo Ministro Luís Roberto Barroso se amoldaria melhor ao caso concreto, inclusive o próprio ministro relator que posteriormente juntou-se a proposta de maior adesão, sendo voto vencido o Ministro Edson Fachin.

Posteriormente, em julgamento de embargos declaratórios opostos contra o Acórdão do RE 669.069, o ministro Teori Zavascki definiu melhor o conceito de ilícito civil no que tange ao presente caso, aperfeiçoando mais ainda o julgado: “O conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante”.

Em análise do Acórdão proferido no julgamento do RE 669.069, observa-se que o Supremo Tribunal Federal, por maioria, restringiu o alcance do Art. 37, §5º, do texto constitucional no que tange à natureza do ilícito. Ora, em que pese só ter havido uma única discordância da tese mais restrita proposta pelo Ministro Luis Roberto Barroso, a aquela proposta pelo ministro relator já causava discordância a outros ministros presentes, que divergiam veementemente da possibilidade das pretensões ressarcitórias do Estado se perpetuarem no tempo.

A guisa de exemplo, importante trazer a colocação feita pelo Ministro Marco Aurélio durante debate no plenário enquanto julgavam o RE 669.069:

Já adiantaria, inclusive, ponto de vista, porque há um sistema, e nunca soube de ação patrimonial imprescritível. Já adiantaria, se a matéria for essa. Por isso, observei que indagaria ao Plenário a questão prévia: o que estamos a julgar? Se a tese for essa, vou sustentar – e já agora na linha, inclusive, da melhor doutrina, Celso Antônio Bandeira de Mello, ele próprio evoluiu – que há prescrição – e o quinquênio precisa ser observado –, que a cláusula final do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal não encerra a imprescritibilidade das ações decorrentes de ato que possa ser rotulado como de improbidade administrativa, mesmo porque, quando o legislador quis, cogitou – como ressaltado pelo ministro Dias Toffoli – da imprescritibilidade, fazendo-o quanto ao racismo, a atos de grupos armados contra o Estado. Não o fez nesse campo, campo que diz respeito – vou afirmar – a uma questão patrimonial. (RE. 669.069, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 03.02.2016).

Desta forma, a fala posta pelo referido ministro apenas antecipou a discussão que viria acontecer no julgamento do Recurso Extraordinário 852.475, em que se colocou em pauta o debate da incidência da prescrição nas hipóteses de ação de ressarcimento por lesões causadas ao erário nos ilícitos de improbidade administrativa.

4.3.3 Análise do Recurso Extraordinário 852.475

A interpretação mais recente acerca do Art. 37, §5º, do texto constitucional se deu ano de 2018 com o julgamento do RE 852.475. Na ocasião, Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário em inconformismo com Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, que reformou em parte a sentença de primeiro grau, reconhecendo a incidência da prescrição de ação civil pública movida no ano de 2001 em desfavor de ex-prefeito e servidores públicos do Município de Palmares Paulista acusados de estarem ligados com processo licitatório irregular no ano de 1995.

Conforme consta no Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, o *parquet* pleiteou a aplicação aos réus envolvidos as sanções constantes à Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), notadamente aos art. 12, II e III, incluindo o dever de ressarcir ao erário público pelos danos por eles causados.

Ao proferir seu voto, o Ministro Relator Alexandre de Moraes seguiu caminhos diversos aos opinativos do Procurador-Geral da República, propondo, ao final da votação, a fixação da seguinte tese: “A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos e terceiros pela prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado pela Lei 8.429/1992 prescreve juntamente com as demais sanções do artigo 12, nos termos do artigo 23, ambos da

referida lei, sendo que, na hipótese em que a conduta também for tipificada como crime, os prazos prescricionais são os estabelecidos na lei penal”.

Com efeito, em seu voto, o ministro relator optou por seguir caminhos harmônicos com os princípios da segurança jurídica e estabilidade das relações jurídicas firmadas, sob os seguintes fundamentos:

- a) O Poder Público tem um prazo legal para exercer sua pretensão punitiva sob pena de desrespeito ao devido processo legal;
- b) O devido processo legal é responsável por garantir a proteção contra arbitrariedades, restringindo o poder do Estado e estipulando prazos fatais para o exercício das pretensões em juízo;
- c) Não seria razoável que as mesmas condutas geradoras tanto de responsabilidade civil como de responsabilidade, houvesse imprescritibilidade implícita de uma única sanção pela prática de um ilícito civil definido como ato de improbidade, e não houvesse na esfera penal, que tem maior gravidade;
- d) Em prol da segurança jurídica, o ordenamento afasta a imprescritibilidade das ações civis patrimoniais;
- e) Não há previsão constitucional expressa de imprescritibilidade da sanção de ressarcimento ao erário pela prática de ato de improbidade administrativa; a simples colocação posta pelo fragmento final do Art. 37, §5º da Constituição Federal não permitiu afirmar que o texto constitucional adotou a imprescritibilidade de qualquer pretensão ressarcitória, de modo que a interpretação constitucional não pode ser legitimada sem que se aprecie o conjunto das normas vigentes sob pena de grave lesão ao dispositivo constitucional;
- f) O afastamento excepcional de sua aplicação conduz à necessidade de interpretação restritiva do texto constitucional, por se tratar de uma ressalva dos tradicionais princípios jurídicos que não socorrem quem fica inerte;
- g) A ressalva constante no §5º do Art. 37 da CF/88 teve por finalidade evitar uma anomalia em relação à possibilidade de ressarcimento ao erário em face de responsabilização pela prática de eventuais atos ilícitos, enquanto não tipificadas pela lei exigida no §4º do Art. 37 da CF/88 como atos de improbidade administrativa, na medida em que, por ser norma constitucional de eficácia limitada, o §4º somente seria aplicado a partir da edição da legislação específica correspondente, o que poderia acarretar um vácuo jurídico em relação ao ressarcimento ao erário nas hipóteses de improbidade administrativa;

Ao final do seu voto, o ministro relator ainda ressaltou que as condutas ímprobas caracterizadas como infração penal seguiriam os prazos prescricionais estipulados pela legislação penal, nos termos do inciso II do Art. 23 da Lei 8.429/92 combinado com o §2º do Art. 142 da Lei nº 8.112/90.

Abriu divergência o Ministro Edson Fachin, que, diferentemente do ministro relator, entende que a ressalva feita pelo §5º do Art. 37 da norma constitucional teve como escopo dar uma proteção especial ao patrimônio público. Nesse diapasão, sem alongar muito o seu voto, o Ministro Edson Fachin reiterou o seu posicionamento ao julgar o RE 669.069, de modo que decidiu no sentido de cassar o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reestabelecendo-se o ressarcimento integral do dano causado ao erário, nos moldes da sentença de primeiro grau. Na ocasião, ao fim do seu voto, propôs a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

O julgamento foi suspenso com o placar favorável à tese da prescritibilidade proposta pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes que vinha sendo acompanhado pelos ministros, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Já a Ministra Rosa Weber acompanhou a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin em favor da imprescritibilidade.

Acontece que, retomada a sessão de julgamento, os ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux reajustaram seus votos e passaram a acompanhar a tese da imprescritibilidade fixada pelo Ministro Edson Fachin. No mesmo sentido votaram o Ministro Celso de Mello e a Ministra Carmen Lúcia.

Ao retificar o seu voto, o Ministro Luis Roberto Barroso entendeu que, após analisar elementos trazidos pelo Ministério Público que evidenciaram os impactos que a extinção da pretensão ressarcitória ocasionaria ao combate à corrupção e dos atos de improbidade, a interpretação constitucional em prol da prescritibilidade seria maléfica à sociedade. Além disso, o referido ministro sugeriu o aditamento da tese do Ministro Edson Fachin no sentido de restringir a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória apenas às condutas praticadas na modalidade dolo e excluir as hipóteses culposas, em que não há a intenção do agente causador.

Com efeito, acredita-se que o ponto mais inconsistente acerca do posicionamento majoritário fixado na referida demanda é buscar atrelar a ideia de prescritibilidade com o inevitável prejuízo as finanças públicas, de modo que o poder perpétuo conferido ao Estado de exigir a qualquer tempo a restituição dos valores que lhe foram subtraídos consistiria em condição *sine qua non* para que a Administração Pública pudesse realizar a devida reparação.

Nesse sentido, faz-se menção aos fundamentos apresentados pelo Ministro Luiz Fux a fim de fundamentar a revisão do seu voto inicial, em que acompanhava a tese proposta em prol da prescritibilidade da pretensão ressarcitória, passando a seguir o entendimento sugerido pelo Ministro Edson Fachin:

Entretanto, numa ideologia de gestão da coisa pública, pelos princípios constitucionais da moralidade e do republicanismo, e mantendo a coerência e a estabilidade da jurisprudência que fiz prevalecer no Superior Tribunal de Justiça, eu entendo que, hoje em dia, não é consoante os princípios e a postura judicial do Supremo Tribunal Federal que danos decorrentes de crimes praticados contra Administração Pública e de atos de improbidade praticados contra a Administração Pública fiquem imunes da obrigação de ressarcimento. (RE. 852.475, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ de 08.09.2018).

Inobstante, é cediço que um dos maiores desafios que se impõem a aqueles que seguem posicionamentos favoráveis a tese da prescritibilidade é conseguir chegar a um consenso quanto aos prazos a serem aplicados às hipóteses de ressarcimento ao erário. Porém, tomando como base as delimitações postas pelo RE 852.475, seguindo a tese apresentada pelo Ministro Alexandre de Moraes, em que propunha tomar como base os prazos fixados através do Art. 23 da Lei 8.429/92, conforme já visto, ou aqueles trazidos pelo Código Penal quando os ilícitos forem tipificados como crime, observa-se que o Estado estaria diante de um longo período de tempo para proceder com a apuração e realizar o ajuizamento da ação.

Sobre o assunto, o Ministro Alexandre de Moraes chegou a rechaçar tal posicionamento, entendendo ser uma falácia disseminada por alguns membros do Ministério Público que a prescritibilidade prejudicaria no combate a corrupção. Conforme posicionamento do ministro, o que atrapalha o enfrentamento a corrupção é a incompetência por não ter conseguido o mínimo necessário para se ajuizar a ação. De igual forma, acredita que a tese da imprescritibilidade, permitiria, na prática, a perpetuação de inquéritos penais e inquéritos civis.

Desta forma, ao final da votação, por seis votos a cinco, venceu a tese fixada pelo Ministro Edson Fachin no sentido de declarar imprescritível as pretensões ressarcitórias ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

Em comentário ao julgamento ora debatido, o Procurador da República, Rodrigo Telles de Souza, acredita que a tese da ampla prescritibilidade debatida no plenário do Supremo Tribunal Federal não observa as questões de ordem prática. Conforme aponta o autor, os mecanismos de controle interno e externo não primam pela agilidade, sendo extremamente lentos em razão do excesso de tarefa a cargo dos órgãos responsáveis por tais atividades, o que acarretaria num grande revés ao combate a corrupção no país. (SOUZA, 2018).

Data vênia, em que pese a inquestionável urgência de se combater a corrupção, acredita-se que a inoperância de alguns órgãos do governo não é motivo para justificar a mitigação à direitos fundamentais, tendo em vista que questões estruturais podem ser revistas através da aplicação estratégica dos recursos públicos com vistas a fomentar mais ainda o combate à impunidade e o mau uso do erário.

Ademais, é muito importante ressaltar que a tese fixada pelo julgamento do RE 852.475 repercute apenas nas ações de ressarcimento decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa, não alcançando, por exemplo, as pretensões ressarcitórias decorrentes de ilícitos estritamente penais nem as decisões de lavra do Tribunal de Contas. Neste último caso, inclusive, o próprio TCE editou enunciados no sentido de afastar a aplicação da tese adotada pelo STF aos processos de controle externo, tendo em vista que estes não se originam de ações de improbidade. Recentemente, a Corte Suprema, ao examinar o RE 636.886, Min. Rel. Alexandre de Moraes, entendeu pela sua repercussão geral (tema 899), encontrando-se, atualmente, o pleito pendente de julgamento.

5. CONCLUSÃO

Não se pode olvidar do fato de que tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm avançando, mesmo que de maneira tímida e sútil, no sentido de reconhecer a incidência dos prazos prescricionais nas pretensões ressarcitórias decorrentes de danos causados aos cofres públicos. Inobstante, muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha fixado tese em sentido contrário, onde se reconheceu a imprescritibilidade nos atos dolosos tipificados na Lei de Improbidade Administrativo, quando comparado com entendimento proferido no ano de 2009, é inegável a restrição da abrangência do manto da imprescritibilidade.

Todavia, ainda é evidente a existência de lacunas quanto ao tema, o que acaba deixando respostas em branco, como é o caso da incidência, ou não, da imprescritibilidade nas pretensões ressarcitórias aos cofres públicos decorrentes de ilícito estritamente de natureza penal bem, como nas hipóteses de Tomada de Contas Especial. Tais vazios permitem que se abram caminhos para arbitrariedades possibilitando, sem qualquer prudência, o reconhecimento da imprescritibilidade.

Ademais, em que pese os tímidos avanços, a imprescritibilidade representa a ruptura com uma longa tradição jurídica que impõe a estabilização das relações firmadas em decorrência do decurso temporal, sendo este materializada no ordenamento jurídico por meio da incidência dos prazos prescricionais. Assim sendo, a noção de prescrição surgiu na Roma antiga como forma de proporcionar aos homens sua aspiração pela pacificação social. Logo, expurgar tal valor em prol dos interesses fazendários apenas abrem caminhos para as mais diversas arbitrariedades do Estado, as quais a Constituição Federal de 1988 se propôs a combater.

Com efeito, é inquestionável a importância da proteção dos cofres públicos para o melhor exercício das atividades desenvolvidas pela Administração Pública. Pensando nisso que, conforme demonstrado no capítulo terceiro, o legislador conferiu legitimidade concorrente para se lutar em prol do erário além de colocar à disposição uma série de instrumentos com o intuito de reaver tudo aquilo que foi subtraído dos cofres públicos, seja pelas vias administrativas ou pelas vias judiciais.

Contudo, não se pode implantar uma ideia de prescricibilidade das pretensões ressarcitórias com a inobservância da devida proteção aos cofres públicos como se tem feito. Muito pelo contrário, os prazos prescricionais funcionam com o escopo de que o Estado cada vez mais preze pela celeridade e eficiência nas atividades que desenvolvem, inclusive aquelas

de cunho apuratório e ressarcitório, de modo que alcance, na menor quantidade de tempo possível, o resultado almejado.

Além disso, por mais nefasto que seja o indivíduo que subtrai verbas públicas com o intuito de alimentar suas próprias ambições, até aquele que praticam os crimes mais repugnantes aos olhos da nossa sociedade, poderão ser privilegiados em razão da desídia estatal afinal, *dormientibus non succurit jus* (o direito não socorre aos que dormem). Logo, não é crível que ninguém fique refém da perpetuidade estatal diante de uma obrigação de cunho patrimonial.

Tal fato viola frontalmente a garantia constitucional do acusado ao direito da ampla defesa e o contraditório, tendo em vista que, conforme abordado no quarto capítulo, o grande lapso temporal impossibilitaria a produção de provas pelo agente visando se proteger das imputações que lhe foram acusadas. Ora, descumprimento de tal garantia vai muito além da dificuldade de se preservar documentos durante um longo período de tempo, apresentando-se, também, na objeção do acusado em arrolar testemunhas, bem como na deterioração de uma eventual prova pericial.

Além disso, a imprescritibilidade decorre de uma interpretação forçada de um dispositivo ininteligível, de modo que, a Constituição Federal de 1988, sempre quando quis demonstrar exceção à regra imposta pelo ordenamento jurídico, fez de maneira inequívoca e expressa sem deixar dúvidas quanto a sua imposição, diferentemente do que acontece com o Art. 37, §5º. Sendo assim, não parece ser razoável se utilizar de tal hermenêutica com o intuito de romper com valores cabais ao próprio Estado Democrático de Direito em prol dos interesses fazendários.

No mais, a proteção ao erário é capaz de conviver com as finalidades da prescrição, devendo esse primeiro se dar de forma enérgica e atuante, cabendo aos legitimados atuarem de maneira intensa quando deparados com as hipóteses lesivas a fim de restituir os valores subtraídos na menor quantidade de tempo possível à luz da eficiência que demanda a Administração Pública.

Assim, o presente trabalho chega ao seu fim com a conclusão de que a prescritibilidade das pretensões ressarcitórias decorrentes de lesões ocasionadas ao erário é o único caminho possível a ser trilhado que guarda harmonia com os princípios postos pela nossa Constituição Federal de 1988. Caminhar em caminhos contrários vai de encontro aos princípios basilares do direito, mitigando a garantia fundamental do indivíduo de se defender da força exorbitante do Estado além de impedir que as relações jurídicas firmadas um dia se cicatrizem, o que permite afastar a ideia de pacificação social.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de novembro de 2019.

BRASIL. **Decreto 2.848**, de 07 de dezembro de 194. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 de novembro de 2019.

BRASIL. **Decreto 4.597**, de 19 de agosto de 1942. Dispõe sobre a prescrição das ações contra a Fazenda Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del4597.htm>. Acesso em: 28 de novembro de 2019.

BRASIL. **Decreto 20.910**, de 06 de janeiro de 1932. Regula a prescrição quinquenal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm>. Acesso em: 29 de novembro de 2019.

BRASIL. **Instrução Normativa TCU 71**, de 28 de novembro de 2012. Dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos

de tomada de contas especial. Disponível em: <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/INT2012-071>. Acesso em: 28 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei 3.071**, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei 4.717**, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 28 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em 28 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 28 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei 8.429**, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-199257452normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 28 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei 8.443**, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: 28 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei 9.494**, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm>. Acesso em: 28 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 28 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 28 de novembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS. 26.210 (*Acórdão*). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553769>. Acesso em: 28 de novembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 669.069/MG (*Acórdão*). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810061>. Acesso em: 28 de novembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 852.475/SP (*Acórdão*). Disponível em : <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339769948&ext=.pdf>. Acesso em: 28 de novembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 329, 10 de agosto de 2006. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_27_capSumula329.pdf. Acesso em: 28 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula 106, O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da

reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sumula-106-tcu/>. Acesso em: 28 de novembro de 2019.

CÂMARA LEAL, Antônio Luís. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**. 1º ed., São Paulo: Editora Livraria Acadêmica SP, 1939.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade Administrativa: Prescrição e outros prazos extintivos**. 3. ed, São Paulo: Atlas, 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. Do ilícito administrativo. *In: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1 jan. 1973.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. rev. atual., e ampl., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. rev. atual., e ampl., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**, 13. ed. rev., ampl. e. atual., São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial**. 5. ed. rev., atual. e ampl., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

FERRAZ, Luciano. Dano *in re ipsa* cria, sem lei, novo tipo de improbidade administrativa. *In: Revista Consultor Jurídico*, 04 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-04/interesse-publico-dano-in-re-ipsa-cria-tipo-improbidade-administrativa>. Acesso em 28 de novembro de 2019.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABARDO, Emerson; SAIKALI, Lucas Bossoni. A prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em razão de atos de improbidade administrativa. In: **Revista Jurídica**. Curitiba. V. 01, 2018. p. 514-543.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6. ed. rev., ampl e atual., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 16. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de improbidade administrativa. Decadência e Prescrição, n. 27, 2005. p. 37-80.

JUSTEN FILHO, Marçal; GODOY, Miguel Gualano de. Prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por improbidade. In: **Revista Jota**, 23 de abr de 2018. Disponível em: <http://justenfilho.com.br/imprensa/prescritibilidade-das-acoes-de-ressarcimento-ao-erario-por-improbidade/>. Acesso em 28 de novembro de 2019.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Burle; BURLE, Carla Rosado. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **A imprescritibilidade das ações ressarcitórias de atos de improbidade administrativa:** Um equívoco hermenêutico. In: *Âmbito jurídico*, Rio Grande, III, n. 10, ago 2002. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-imprescritibilidade-das-acoes-ressarcitorias-decorrentes-de-atos-de-improbidade-administrativa-um-equivoco-hermeneutico/>>. Acesso em: 28 de novembro de 2019.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Tomo IV.** 1. ed., Campinas: Editora Bookseller, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NASSAR, Elody. **Prescrição na administração pública.** São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa:** Direito Material e Processual. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2013.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada:** aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis.** 7. ed. rev. e atual, São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa.** 2. ed., Rio de Janeiro: GZ Editora: 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** parte geral. 34. ed. atual., São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. e. atual., São Paulo: Malheiro Editores, 2014.

SOUZA, Rodrigo Telles de. O Supremo Tribunal Federal e a prescrição das ações de ressarcimento ao patrimônio público: significativo retrocesso no combate à corrupção. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/artigos/docs/membros/artigo-prescricao-ressarcimento-erario-stf-rodrigo-telles.pdf>. Acesso em: 28 de novembro de 2012;

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa: Ação de Improbidade & Controle Principlológico**. 2. ed. rev. e atual., Curitiba: Juruá Editora, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.