

PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO: UMA ANÁLISE INTERPRETATIVA SOBRE O ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

*PRESCRITIBILITY OF THE CLAIM OF COMPENSATION TO THE
PUBLIC TREASURY: AN INTERPRETATIVE ANALYSIS OF THE
ARTICLE 37, § 5, OF THE FEDERAL CONSTITUTION*

Marina Luiza Amari¹

Murilo Cesar Taborda Ribas²

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). E-mail: marinaamari@hotmail.com

² Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). E-mail: murilo_ctr@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo procura desenvolver a ideia da prescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário a partir de uma hermenêutica diferenciada do artigo 37, § 5º, presente na Constituição Federal, tendo em vista recente julgamento do Recurso Extraordinário 669.069/MG no Plenário do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, parte de alguns dos argumentos levantados durante a sessão, construindo uma análise sobre o instituto da prescrição e sua intrínseca relação com o princípio da segurança jurídica. Em seguida, desconstrói o tradicional argumento do interesse público, buscando equilibrá-lo com a disciplina dos direitos fundamentais. Por fim, apresentam-se diferentes correntes de interpretação presentes na doutrina como forma de propiciar um debate sobre a interpretação mais adequada a ser conferida ao dispositivo em comento.

PALAVRAS-CHAVE: Ressarcimento ao erário. Prescritibilidade. Segurança Jurídica. Interesse Público.

ABSTRACT: The present article seeks to develop the idea of prescriptibility of the claim of compensation of the public treasury from a distinctive hermeneutic of the article 37, § 5º present at the Federal Constitution, bearing in mind recent decision of the Extraordinary Appeal 669.069/MG in the Plenary of the Supreme Federal Court. For this purpose, based on a few raised arguments during the plenary meeting, it is built an analysis of the institution of prescription and its innate relation with the principle of legal certainty. After that, the traditional argument of the public interest is deconstructed, in the search of balancing it with the discipline of the fundamental rights. Lastly, it is shown different currents interpretation present in the doctrine, in order to provide a debate on the most appropriate interpretation to be

granted to the subject in question.

KEYWORDS: Compensation to the Public Treasury. Prescribibility. Legal Certainty. Public Interest.

1. INTRODUÇÃO

Tema de grande polêmica no cenário jurídico nacional, a prescribibilidade de ações de ressarcimento ao erário foi objeto de recente debate no Supremo Tribunal Federal em acórdão de Recurso Extraordinário nº 669.069/MG. Em julgamento, discutiu-se interpretação a ser realizada sobre o artigo 37, § 5º da Constituição Federal, que enuncia: “§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

O grande objeto de divergência entre os juristas diz respeito ao significado a ser atribuído à parte final do dispositivo. Para parcela da doutrina, a ressalva é clara o suficiente em defender a imprescribibilidade das pretensões ao ressarcimento como forma de assegurar a incolumidade do patrimônio público. Em contrapartida, tem sido crescente o número de vozes contrárias a tal entendimento, defendendo que a imprescribibilidade não é compatível com a estrutura jurídico-constitucional do ordenamento brasileiro.

O caso concreto que ensejou a interposição do Recurso Extraordinário acima mencionado diz respeito a acidente automobilístico ocorrido no ano de 1997. Com a propositura da ação pela União em face de empresa de transportes em 2008, transcorridos mais de 11 anos do fato, o Tribunal *ad quo* ratificou a extinção do feito em razão da prescrição, consignando a seguinte compreensão:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. CAUSAS DIVERSAS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. O entendimento jurisprudencial assente nesta Corte é no sentido de que os requisitos que legitimam a ação de improbidade administrativa, imprescritível nos termos do permissivo constitucional inscrito no § 4º do artigo 37, não se confundem com aqueles decorrentes da ação de ressarcimento dos prejuízos ao patrimônio público por causa diversa, no caso, acidente automobilístico, que deve observar, dentre outros, a prescrição quinquenal.

2. Proposta a ação, como bem o disse a autoridade judiciária de primeiro grau, em 21 de novembro de 2008, embora ocorrido o dano origem da lide ainda em 20 de outubro de 1997, manifesta a ocorrência da prescrição quinquenal, certo não se tratar de ação de ressarcimento de ato ilícito, assim improbidade administrativa.

3. Recurso de apelação não provido.

O Recurso Extraordinário da União, por conseguinte, acudiu-se da alegação de que a norma constitucional deveria ser interpretada no sentido de estender a imprescritibilidade a qualquer pretensão de ressarcimento ao erário, independente da existência ou não de improbidade administrativa.

Tamanha é a controvérsia quanto ao tema que o Plenário da Suprema Corte, ao fixar a tese em repercussão geral, cingiu-se ao estabelecimento de tese de caráter mais restrito: “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”³.

Diante de tal situação, a proposta do presente artigo é de demonstrar que as ações indenizatórias por danos causados ao erário – advindas ou

³ Em razão do caso concreto não corresponder ao ilícito de improbidade administrativa, e de terem os Ministros entendido não ter havido debate profundo o suficiente sobre tal categoria de ilícito, optou o Plenário por adotar tese mais limitada, prorrogando o debate sobre ressarcimentos decorrentes de improbidade para oportunidade futura.

não de improbidade administrativa – devem ser passíveis de prescrição, em respeito ao que o ordenamento jurídico e texto constitucional consagram. Para tanto, far-se-á análise sobre o instituto da prescrição e a segurança jurídica, interesse público e a proteção aplicável ao erário, apresentando os argumentos postos em debate no Recurso Extraordinário e as linhas de pensamento presentes na doutrina, para chegar-se na interpretação mais adequada a ser dada à norma constitucional.

2. A PRESCRIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SEU RESPALDO NA SEGURANÇA JURÍDICA

Debate latente no RE nº 669.069/MG e, em especial, na dogmática brasileira é a discussão acerca da imprescritibilidade. O referido recurso trouxe à tona um possível início de mudança de posicionamento – necessário – dos tribunais brasileiros frente à prescritibilidade das ações de ressarcimento, julgando como prescritíveis aquelas concernentes a ilícitos civis.

Vê-se que há a ruptura de um forte entendimento, defendido por uma considerável parte do campo doutrinário, que não apenas permitirá enfrentar situações relacionadas aos ilícitos estritamente civis, mas que, certamente, ensejará o debate em outros campos, como o da improbidade administrativa.

Inseridos no impasse que a ressalva do artigo 37, § 5º, apresenta, torna-se imprescindível a tentativa de compreensão de seu verdadeiro sentido, partindo-se do que o instituto da prescrição representa no ordenamento jurídico brasileiro.

Cumprido destacar, desde já, que a prescrição é conceito jurídico-positivo

construído pelos diversos sistemas que encorpam o ordenamento jurídico pátrio⁴. A prescrição, vista a partir de espécie de fato jurídico, contempla em seu suporte fático o passar do tempo e a inércia do titular de uma situação jurídica ativa. Em linhas simples, segundo Rodrigo Xavier Leonardo, “a pretensão e a ação em sentido material são encobertas pela prescrição”⁵. Sendo o titular da situação jurídica ativa despido de sua posição na qual lhe cabia a exigibilidade, a pretensão perde sua eficácia⁶, o que acaba por, indiretamente, estender-se à ação.

Importante frisar que da pretensão decorre a exigibilidade, indo além do mero direito subjetivo, que é compreendido como estático. A pretensão, por sua vez, é situação jurídica dinâmica, havendo um estado de tensionamento⁷ para sua efetivação. Entende-se que, a partir do momento em que existe uma relação jurídica apta a ser exigível, há meios dinâmicos e efetivos para a satisfação da prestação esperada. O tempo constitui elemento do suporte fático de inúmeras normas do ordenamento jurídico brasileiro, sendo, até mesmo, o grande desencadeador da incidência dessas normas sobre a realidade na qual terá efeitos – tendo especial papel no assunto aqui debatido.

Nesse diapasão, segundo Pontes de Miranda, “prescrição é a exceção, que alguém tem contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação”⁸. Dessa conceituação clássica do Direito Civil, pode-se compreender que esse instituto representa um

4 SOUZA JUNIOR, Antonio Carlos Ferreira de; FERRAZ FILHO, Luiz Henrique Gomes. (Im) possibilidade jurídica de alteração da prescrição tributária por meio de regras processuais. *Prescrição e Decadência - Estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Editoria Juspodivm, 5 série. 2013. p 25-51.

5 LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito*. Curitiba n 51 p.101-120, 2010.

6 LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Parte Geral. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.319.

7 LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito*. Curitiba. n 51. p. 101-120, 2010.

8 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Civil**: Parte Geral. 2ed, Tomo VI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 100.

contradireito para aquele que se quedou inerte e comprometeu sua função social⁹, cabendo-lhe a oposição da exceção, esta, sim, imprescritível.

Traçando superficialmente a diferenciação clássica proposta por Chiovenda sobre a prescrição e a decadência, tem-se que a prescrição incide sobre os “direitos a uma prestação”. Disso, resulta que apenas as ações de cunho condenatório poderiam sofrer os efeitos da prescrição, já que são o meio processual pelo qual se busca proteger os direitos que irradiam pretensões¹⁰. Como bem exposto por Agnelo Amorim Filho: “Assim, desde que a prescrição atinge diretamente as pretensões, as ações condenatórias podem sofrer seus efeitos (...). Todas as ações condenatórias (e somente elas) estão sujeitas à prescrição”¹¹.

A partir daqui, iniciar-se-ão os possíveis questionamentos acerca da polêmica instaurada pela ressalva do dispositivo constitucional, pois mesmo com as críticas recebidas a um possível reducionismo em seu trabalho, Agnelo Amorim Filho traz uma primeira reflexão fundamental para o presente estudo: sendo a ação de ressarcimento ao erário uma típica ação condenatória, não seria razoável excluí-la do bojo da prescritibilidade, ainda mais quando concernente a um ilícito civil, com fundamentos exclusivamente patrimoniais. Nesse sentido, dessa análise, para Jaldemiro Rodrigues

9 LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Parte Geral. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.316.

10 AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/prescricao-agnelo1.pdf>.

11 Para o presente estudo, não se fez necessária a discussão acerca da natureza das ações mandamentais e executivas, assunto apartado dos estudos de Agnelo Amorim Filho. Como bem expõe Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Junior, grande parte da doutrina considera as ações mandamentais e executivas como integrantes do gênero ações condenatórias, seguindo os ensinamentos de Fredie Didier Junior. Todavia, seja qual for a tese adotada, não se faz imperativa para o presente estudo, já que tem por objetivo apenas elucidar o fato de que as ações de ressarcimento, como espécie das ações condenatórias, são suscetíveis a prazos prescricionais.

de Ataíde Junior¹², resulta a consequência de que, mesmo não havendo determinação em lei sobre prazos prescricionais de ações condenatórias, dever-se-ia aplicar o prazo de prescrição geral, conforme alude o artigo 205 do Código Civil de 2002.

Outro ponto cortante ao assunto diz respeito ao caráter excepcional da imprescritibilidade. Enquanto o rol de hipóteses prescricionais é extensivo tanto no Código Civil quanto nas legislações apartadas, as hipóteses de imprescritibilidade são diminutas. Segundo Pontes de Miranda, “A prescrição, em princípio, atinge a todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos. A imprescritibilidade é excepcional”¹³. Disso, advém a consequência lógica de que toda imprescritibilidade precisa ser taxativamente expressa no ordenamento jurídico, até porque não se pode existir leitura extensiva de matéria restritiva de direitos - imprescritibilidade não se presume. Logo, não há a *possibilidade* de existir a previsão normativa nesse sentido, mas, sim, há o *imperativo* de sua presença, assim como se sucede nos casos emblemáticos consagrados na Constituição Federal de 1988: a) o crime de racismo inscrito no art. 5º, inciso XLII e; b) o crime de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e ao Estado Democrático, inscrito no art. 5º, inciso XLIV.

Assim, pode-se dizer que a prescricibilidade caminha paralelamente ao pressuposto de estabilidade das relações sociais. Há uma confiança presumida nas interações subjetivas que guarda respaldo no instituto aqui retratado. Destarte, não seria razoável nem a um particular e nem a algum ente da Administração Pública a possibilidade de ser cobrado por algo que

12 ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Prescrição e decadência: conceitos lógicos-jurídicos ou jurídico-positivos? *Prescrição e Decadência - Estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Editoria Juspodivm, 5 série. 2013. p 217-230.

13 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Civil**: Parte Geral. 2ed, Tomo VI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 127.

tenha origem remota. Os próprios meios probatórios acabam por serem escassos ante a essa possibilidade, não sendo razoável inibir os meios de defesa de possíveis réus.

Aspecto importante a ser lembrado é o de que a prescrição representa um contradireito vindo da própria inação daquele que teria titularidade da pretensão. Assim, explica Câmara Leal:

É contra essa inércia do titular, diante da perturbação sofrida pelo seu direito, deixando de protegê-lo, ante a ameaça ou violação, por meio da ação, que a prescrição se dirige, porque há um interesse social de ordem pública em que a situação de incerteza e instabilidade não se prolongue indefinidamente¹⁴.

Ora, se a pretensão guarda consigo seu aspecto dinâmico, comportando a exigibilidade, não se conclui razoável que o titular do direito possa deter essa situação “para sempre”. Para Câmara Leal, o fundamento jurídico primeiro do instituto da prescrição é a própria harmonia social, de modo que o inadimplemento, a ameaça e a violação de um direito configuram estados antijurídicos que acabam por desestabilizar o equilíbrio social¹⁵. Como resposta a tais violações, existe o direito de ação. Todavia, tendo o titular desse direito estado inerte e, portanto, contribuído pela desarmonia social, resta ao Estado reparar a inércia com a prescrição, “tornando a ação inoperante” e restaurando a estabilidade do direito pela paralisação de sua incerteza¹⁶.

Pelo que se tem exposto, salta aos olhos um dos pilares do Direito como cerne da prescrição: a ideia de segurança jurídica. Segundo Pontes

14 LEAL, Antônio Luis da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978, p.10.

15 Lembrando que não necessariamente a pretensão nasce da violação de um direito, como sugere o artigo 189 do Código Civil.

16 LEAL, Antônio Luis da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978, p. 16.

de Miranda, a prescrição “serve à segurança e à paz públicas”¹⁷. A ideia de imprescritibilidade representaria, em diversas hipóteses, uma clara afronta a esse princípio, ainda mais em se tratando de caso não taxativamente expresso no texto constitucional, como é o do dispositivo aqui estudado. Para tanto, é bem verdade que a ordem jurídica preocupou-se em fixar prazos para que o titular de uma situação jurídica ativa possa exercer seu direito, podendo ficar desarmado deste, caso findado seu tempo. Essa lógica decorre “por exigência de segurança do tráfico jurídico, de certeza nas relações jurídicas e de paz social, diante de representações consolidadas no tempo da estabilidade das relações jurídicas”¹⁸.

Para Venceslau Filho e Rodrigo Dantas¹⁹, a segurança de uma ordem social está intrinsecamente ligada à ideia de normatividade, não existindo de maneira espontânea ou advinda culturalmente, mas, sim, sendo fruto da intenção humana, representada pelo Direito, em equilibrar e organizar as relações sociais, políticas e econômicas.

Dessa maneira, o princípio da segurança jurídica permite o bom relacionamento entre indivíduo e Estado, dando ao mesmo tempo condições para que o Estado realize mudanças em prol de um interesse público e amarras para quando pretender agir de maneira contraditória com aquilo que lhe é imposto²⁰.

17 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Civil**: Parte Geral. 2 ed., Tomo VI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 100.

18 LÓBO, PAULO. **Direito Civil**: Parte Geral. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.316.

19 COSTA FILHO, Venceslau Tavares; DANTAS Rodrigo Numeriano Dubourcq. Prescrição em face da Fazenda Pública: o âmbito de aplicação do enunciado n.106 da Súmula do STJ à luz da boa fé e da segurança jurídica. *Prescrição e Decadência - Estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Editoria Juspodivm, 5 série. 2013. p 591-609.

20 COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./ maio/jun. 2005. Disponível em: < www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 03 de agosto de 2016.

Em verdade, o instituto da prescrição desligou-se da ideia romana de punição a um titular negligente, ligando-se, na realidade, à estabilidade das relações jurídicas. A ideia de existir previsão de prescrição está relacionada, segundo Agnelo Amorim Filho, com a limitação de um “estado de intranquilidade social”²¹. Nas palavras de Venceslau Tavares Costa Filho e Rodrigo Numeriano Dubourcq Dantas:

*Dentre os institutos caros à segurança de dada ordem jurídica e, por conseguinte, dos próprios indivíduos, à mesma, submetidos, destacam-se a prescrição e a decadência, as quais, colhendo da realidade o elemento tempo, dão roupagem jurídica aos efeitos deletérios que este é capaz de operar; efeitos deletérios estes que, inclusive, atingem o exercício das pretensões (prescrições) e dos direitos (decadência) da Fazenda Pública, fornecendo estabilidade às relações jurídicas em que esta é parte*²².

Nesse sentido, Câmara Leal apresenta importantes vantagens decorrentes da prescrição, como: a) o afastamento de demandas de difícil solução por serem muito antigas e de prova remota; b) o impedimento de que o autor postergue, de má-fé, a demanda com o escopo de dificultar a defesa do acionado na produção de provas; c) a proteção do devedor em face da má-fé do credor que poderia, a qualquer tempo, exigir quitação que fora extraviada ou, ainda, requerer do herdeiro a prestação²³.

21 AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/prescricao-agnelo1.pdf>.

22 COSTA FILHO, Venceslau Tavares; DANTAS Rodrigo Numeriano Dubourcq. Prescrição em face da Fazenda Pública: o âmbito de aplicação do enunciado n.106 da Súmula do STJ à luz da boa fé e da segurança jurídica. *Prescrição e Decadência - Estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Editoria Juspodivm, 5 série. 2013. p 591-609.

23 LEAL, Antônio Luis da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978, p. 18.

Sobre essa última vantagem, entende-se ser de grande interesse à coletividade. Em meio à discussão do RE nº 669.069/MG no STF, o Ministro Dias Toffoli questionou se o espólio responderia pela possível ação de ressarcimento, na linha do que o Ministro Marco Aurélio chamou de “direito de ação eterno no campo patrimonial”. Segundo o Ministro Marco Aurélio:

Vejam: nem mesmo na época da exceção chegou-se a tanto. Será que, considerada a Carta que se disse cidadã, que trouxe ares democráticos, tem-se esse poder insuplantável do Estado, de deixar que permaneça sobre a cabeça daquele obrigado a ressarcir uma verdadeira espada de Dâmocles?

Isto é, terão os cidadãos que conviver com um possível estado de insegurança advindo de um poder que pode, a qualquer tempo, tornar uma ação exercitável? Parece que a resposta condizente com a realidade democrática abarcada pelo constituinte de 1988 é negativa.

Ora, é até mesmo incoerente apenas a Fazenda Pública ter essa prerrogativa eterna. Segundo Ada Pellegrini²⁴, o ressarcimento ao erário não se afasta em muito da defesa do patrimônio público que é feita em outras demandas. Para a jurista, é irrazoável não ter uma unicidade na tratativa de prazos extintivos ao patrimônio público. Quando a autora cita Pontes de Miranda, para quem o princípio reitor é o da igual criação da prescrição, a jurista entende não haver motivos para encarar de maneira diferenciada ações em face da Fazenda Pública, pois, “segundo o próprio princípio da isonomia, os legisladores não podem estabelecer privilégios imunizantes”²⁵.

No julgamento do RE nº 669.069/MG, o Ministro Marco Aurélio lança

24 GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de Improbidade Administrativa: Decadência e Prescrição. *Interesse Público - Revista Bimestral de Direito Público*. Ano 8, n 33, 2005, p.55-92.

25 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Civil**: Parte Geral. 2ed, Tomo VI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi,1955, p. 127.

a impossibilidade de não haver prescrição para pretensões patrimoniais. Nas palavras do Ministro: “Seria um passo demasiado e que implicaria até numa visão (...) fascista, a revelar que o Estado tudo pode e a qualquer tempo. E tudo pode, repita-se, no campo patrimonial”.

Não entrando em miúdos sobre a melhor interpretação a este momento do estudo, é necessário ressaltar que inexistente menção legal expressa à imprescritibilidade. A diferenciação feita pelo constituinte no que concerne aos prazos prescricionais das ações próprias dos ilícitos e de uma não especificação para suas respectivas ações ressarcitórias jamais pode levar o intérprete a pensar que houve a vontade de tornar as últimas imprescritíveis, visto que, certamente, se fosse esse o objetivo, haveria expressão inequívoca nesse sentido. Como supracitado, a imprescritibilidade é matéria a ser lida de maneira restritiva.

Nessa análise, argumento fundamental para o respaldo do que se vem analisando é justamente o que foi levantado pelo Ministro Luís Roberto Barroso durante sessão de julgamento. O Ministro evidenciou a redação do Anteprojeto da Constituição Federal de 1988, na qual havia taxativamente a menção à imprescritibilidade.

Assim como defendido pelo Ministro, entende-se, neste estudo, não se poder ignorar tal fato, pois não parece possível a leitura de que a exclusão do termo “imprescritíveis” ainda pudesse trazer o mesmo significado caso ainda estivesse presente na redação da norma. Houve, claramente, a intenção da retirada, o que traz ao debate o fato de que não era a intenção do constituinte essa permanência, sendo questionável acreditar no contrário.

3. INTERESSE PÚBLICO NA PROTEÇÃO DO ERÁRIO E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Adjacente às discussões acerca da significação da prescrição no ordenamento e em choque com a segurança jurídica de seus destinatários, debate-se, também, a subsistência da supremacia e da indisponibilidade do interesse público como justificativas para a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário. Ambos os princípios, considerados por alguns autores como as grandes “pedras de toque”²⁶ do Direito Administrativo, são explicitamente arguidos pela União em suas razões recursais e pelo Ministério Público Federal em seu parecer.

No voto vencido do Min. Luiz Edson Fachin, por sua vez, não há menção expressa a tais princípios, mas é notória a preocupação por parte do Ministro em demonstrar a existência de um interesse público na proteção da coisa pública como um compromisso fundamental a nível constitucional. Para tanto, levanta os princípios aplicáveis à Administração Pública e o ideal republicano idealizado por nosso documento constitucional, que demanda do particular cautela para com o patrimônio do qual também é titular. Entendimento oposto, a partir do voto de Fachin, levaria à impunidade dos que violam o erário, beneficiados pelo transcurso do tempo.

É bem verdade que o ordenamento jurídico pátrio confere proteção reforçada à coisa pública. A título de exemplo, temos os seguintes instrumentos, com menções expressas em seus dispositivos: a Lei de Ação Popular,

²⁶ É a designação dada por Celso Antônio Bandeira de Mello aos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015, p. 55.

em seu art. 1º²⁷; a Lei de Ação Civil Pública, no art. 1º, VIII²⁸; e a Lei de improbidade administrativa, em preceitos como o previsto em seu art. 5º²⁹. Todas essas normas fornecem um instrumental jurídico ao cidadão para que a defesa do patrimônio público seja possível fática e materialmente.

Contudo, a sustentação da cláusula “interesse público” em discussões jurídicas, bem como sua “supremacia” ou “indisponibilidade”, deve ser realizada com a devida cautela. A mera invocação do interesse público sem a tentativa de respaldá-lo em aspectos da realidade pode se mostrar vaga e insuficiente. Isto porque, conforme nos adverte Marçal Justen Filho, a pluralidade e a contraditoriedade entre os interesses dos diferentes agrupamentos sociais são intensos numa sociedade plural, aberta e democrática como a nossa. Logo, não há que se falar num interesse público monocromático, mas de variados interesses públicos, no plural³⁰.

A solução, portanto, não se resume a perquirir o interesse público como se único fosse: ao lado de um interesse público na manutenção e preservação do erário – uma vez este ser patrimônio dos integrantes da sociedade –, há, também, um interesse público na estabilização das relações sociais, que deve ser resguardado da intervenção de pretensões arbitrárias e extemporâ-

27 Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

28 Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...) VIII – ao patrimônio público e social.

29 Art. 5º 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.

30 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 146.

neas, bem como o interesse público em se ter uma máquina administrativa eficiente em reaver seus recursos em prazo determinado. Cada uma das possibilidades é legítima na arena política nacional, inexistindo qualquer relação de hierarquia entre uma e outra.

Neste sentido, só se pode falar em satisfação e alcance do interesse público quando este for compatível com a disciplina dos direitos fundamentais. Num Estado Democrático em que se estabelece a dignidade da pessoa humana como um de seus pilares, os direitos fundamentais antecedem logicamente a uma dita “supremacia do interesse público”. Nas palavras de Marçal Justen Filho:

Então, somente é possível aludir a interesse público como resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito. Não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública. Uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo o interesse público. Mas não se legitimará mediante a invocação a esse interesse público, e sim porque compatível com os direitos fundamentais³¹.

Quando se fala em interesse público na conservação do erário, fala-se, principalmente, num dever republicano do cidadão para com algo do qual também desfruta. Contudo, este dever não traduz um “direito à incolumidade do patrimônio público” ou uma ampliação satisfatória de direitos conferidos aos indivíduos que sustentaria, por si só, uma leitura pela imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento. Inexiste uma dimensão fundamental a ser fruída pelos indivíduos como se direito fosse, e a leitura pela imprescritibilidade não assegura qualquer extensão de direitos – ao

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 158.

contrário, há um alargamento da pretensão existente em face da esfera jurídica individual.

Em contrapartida, ao se fazer uma leitura pela prescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário, temos a consolidação de um interesse público que é correspondente ao domínio dos direitos fundamentais: consagra-se a proteção da segurança jurídica e das legítimas expectativas construídas pelos cidadãos.

Embora a ordem jurídica não mencione expressamente um “direito à segurança jurídica”, este está inscrito de forma ampla no *caput* do artigo 5º do documento constitucional – direito à segurança –, e pormenorizado em direitos com maior especificidade ao longo deste texto – como alguns exemplos, o princípio da legalidade e a proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada previstos nos incisos II e XXXVI do mesmo artigo.

Neste diapasão, o constitucionalismo contemporâneo considera a segurança jurídica como expressão do Estado de Direito, uma vez que é inócuo um ordenamento jurídico que não assegure estabilidade e previsibilidade às relações dos indivíduos. Para tanto, o cidadão necessita estar diante de uma segurança que trate os fatos de forma uniforme, com univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas³².

Desta maneira, a segurança jurídica tem duas faces de grande relevância: num primeiro momento, com sentido mais objetivo, constitui princípio fundamental da ordem estatal e internacional. Acrescido a este, há um sentido subjetivo: um direito fundamental da pessoa humana, imantando confiança e expectativas legítimas na esfera jurídica dos indivíduos³³.

32 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.97.

33 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileira. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, março, abril, maio, 2010. Disponível na internet:

Com a adoção da tese da prescritibilidade, portanto, a jusfundamentalidade da proteção à confiança dos indivíduos é resguardada, dado que o instituto da prescrição traz racionalidade e estabilidade no desenvolvimento das relações sociais. A segurança jurídica, em especial na perspectiva subjetiva, garante “a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica no sentido de uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas”³⁴. O sujeito pode se inserir em relações no âmbito patrimonial sem que se tenha uma pretensão arbitrária e iníqua em face de seus bens.

Insta salientar que, ao lado da amplitude da segurança jurídica e como derivação desta proteção à confiança, a opção pela tese da prescritibilidade conserva, também, o direito fundamental à ampla defesa. Em conformidade com o explicitado durante voto da Min. Carmen Lúcia, o cidadão não precisará guardar consigo provas por tempo indeterminado para certificar não ter locupletado o patrimônio público – ônus este que se perduraria indefinidamente no tempo caso se definisse pela imprescritibilidade das pretensões da Fazenda Pública³⁵.

Ademais, optar pela leitura da prescritibilidade não mitiga, nem in-

<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>.

Acesso em 20 de julho de 2016.

34 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileira. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 21, março, abril, maio, 2010. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2016.

35 É o que nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, convencido pelo jurista Emerson Gabardo em Congresso Mineiro de Direito Administrativo: com a imprescritibilidade “restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo. De fato, o Poder Público pode manter em seus arquivos, por período de tempo longuíssimo, elementos prestantes para brandir suas increpações contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições desfavoráveis que se lhe fizessem.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015, p. 1093.

compatível é com o ideal republicano de preservação do patrimônio público – a prescrição apenas prevê um prazo específico para que a Administração Pública exerça a pretensão de reaver o que lhe é devido. Isto, inclusive, como bem denota Emerson Gabardo³⁶, faz com que a máquina burocrática tenha de ser eficiente em obter seus ressarcimentos. Caso o agente responsável pela apuração assim não o faça, poderá ser responsabilizado diante de sua omissão. Há um incentivo às cobranças por parte do aparato estatal, e não uma premiação de eventuais transgressores do erário, como sugere o Min. Luiz Edson Fachin ao longo de seu voto.

Portanto, a arguição da indisponibilidade do interesse público em termos abstratos se mostra inconclusiva diante de sua pluralidade e controvérsia na discussão sobre as pretensões da Fazenda Pública. Em face de colisões entre interesses e direitos – especialmente quando conceitos jurídicos indeterminados estão em debate –, a fundamentação e a correlação com os aspectos da realidade social são imprescindíveis. Por conseguinte, em vista de ser a interpretação mais adequada a que traga maior amplitude aos direitos e garantias fundamentais, a adoção da tese da prescritibilidade se mostra como um imperativo. Isto porque prestigia a segurança jurídica, o direito à ampla defesa e a proteção da confiança dos cidadãos, sem a completa mitigação da legítima pretensão do Estado de ressarcimento ao erário – esta pretensão não é extinta, mas apenas delimitada em lapso temporal demarcado.

36 GABARDO, Emerson. A mudança de entendimento do STF sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/emerson-gabardo/a-mudanca-de-entendimento-do-stf-sobre-a-imprescritibilidade-das-acoes-de-ressarcimento-ao-erario>. Acesso em: 14/07/2016.

4. POSSÍVEIS INTERPRETAÇÕES DO ART. 37, §5º E A RESPOSTA MAIS ADEQUADA

Diante do que foi até aqui exposto, o maior desafio do tema colocado em discussão diz respeito à adequada interpretação que deve ser conferida ao art. 37, § 5º da Constituição Federal, em especial sobre a ressalva posta ao fim do dispositivo. Para tanto, abaixo serão apresentadas diferentes leituras feitas pela doutrina sobre o problema, como forma de se chegar à solução mais sensata do ponto de vista hermenêutico e constitucional.

A primeira perspectiva refere-se à adoção pela tese da imprescritibilidade de qualquer pretensão de ressarcimento ao erário, independentemente de qual seja a natureza do ilícito cometido. Acredita-se que a lei que estabelece os prazos prescricionais mencionada no início do dispositivo faria menção às sanções imputáveis ao agente responsável pelo dano, o que não se estende às suas respectivas ações de ressarcimento, não passíveis de prescrição. Tal posicionamento advém, como já explicitado, do princípio da indisponibilidade do interesse público, do ideal republicano e da proteção reforçada que o ordenamento jurídico brasileiro faz sobre o patrimônio público.

Trata-se de visão dominante no cenário jurídico nacional³⁷, abarcada pelo voto do Min. Luiz Edson Fachin no julgamento do Recurso Extraordinário 669.069/MG. Nas palavras do Ministro, inseridas em seu voto:

O texto constitucional é expreso ao prever a ressalva da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário. Não nomeia, elenca, particulariza e nem restringe a natureza dos ilícitos que geram danos e que, assim, podem ensejar o ressarcimento dos danos ao erário.

³⁷ Há jurisprudência farta sobre o tema. Neste sentido, no STF: MS 26.210/DF. Por sua vez, no STJ: AgRg no AREsp 76985/MS, AgRg no AREsp 25522/MG, AgRg no AREsp 33943/RN e AgRg no AREsp 557733/RJ.

No mesmo sentido desta tese, posicionam-se os autores Diógenes Gasparini³⁸, José dos Santos Carvalho Filho³⁹, Maria Sylvia Zanella Dapporto⁴⁰, Alexandre de Moraes⁴¹ e o constitucionalista José Afonso da Silva, que, lamentando a opção do constituinte, enuncia:

Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus no succurrit ius*). Deu-se assim à Administração inerte, o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada.⁴²

Conforme explorado anteriormente neste texto, tal interpretação não parece ser a mais adequada do ponto de vista constitucional. Isto porque insere a imprescritibilidade onde o constituinte não a reservou de forma explícita, infringindo o preceito da prescritibilidade como regra. Ademais, não se coaduna com a segurança jurídica, visto que traz instabilidade à esfera jurídica dos administrados e grande ônus aos que estão sujeitos a uma ilimitada pretensão da Fazenda Pública.

Acrescida a esta, há a tese de que a inteligência do dispositivo caminha no sentido de alçar a prescritibilidade tão somente aos ilícitos civis, mantendo a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento que sejam decor-

38 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1115.

39 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade Administrativa: Prescrição e outros prazos extintivos**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 240.

40 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28 ed., São Paulo: Atlas, 2015, p.996.

41 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 2753.

42 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012, p.675.

rentes de ilícitos criminais ou de atos de improbidade administrativa. Este foi o posicionamento adotado inicialmente pelos Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux ao longo de julgamento de Recurso Extraordinário em que se travou o tema. Contudo, diante da ausência de contraditório suficiente para fixação de tese mais ampla em Repercussão Geral – uma vez que o RE 669.069/MG restringe-se a debate meramente sobre o ilícito civil, sem tangenciar o tema da improbidade administrativa – o Plenário recuou e optou por estabelecer tese discreta.

A interpretação acima exposta sustenta que o constituinte, ao redigir o dispositivo em comento, pretendeu resguardar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento decorrentes do ato de improbidade administrativa, independentemente de haver a prescrição da sanção desta categoria de ato estabelecida ao início do dispositivo. Em termos mais simples: as sanções decorrentes da improbidade administrativa estarão sujeitas à prescrição – como a suspensão dos direitos políticos, por exemplo –, mas dada a gravidade desta categoria de ilícito, o constituinte previu que não haverá prescrição sobre as respectivas ações de ressarcimento. Assim, os transgressores do erário não poderiam desfrutar da impunidade em duas oportunidades. Nos termos do voto do Min. Cezar Peluso, com interpretação vencida em acórdão de julgamento do MS 26.210, antecedente ao decidido em Repercussão Geral:

Não se trata, portanto, de qualquer ação de ressarcimento, senão apenas das ações de ressarcimento de danos oriundos de ilícitos de caráter criminal. Aí se entende, então, o caráter excepcional da regra da imprescritibilidade. Por quê? Porque é o caso do ilícito mais grave na ordem jurídica.

Esta segunda leitura também não aparenta ser a mais adequada. Primeiramente, a linha de pensamento aqui adotada adere à hermenêutica de

que o dispositivo em questão não estipula categorias de ilícitos, mas trata a questão de forma integral e genérica – os ilícitos são todos, independentemente de natureza civil, administrativa ou penal.

Acrescido a isso, ainda que diminuta com relação à tese anterior, a imprescritibilidade permanece colocando a esfera jurídica do indivíduo – no caso, aquele que realiza ilícito criminal ou de improbidade – sob vigília de uma eterna pretensão a ser exercida a qualquer tempo, criando a lógica de um juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública em obter o que lhe é devido. Não há uma ampliação satisfatória da segurança jurídica para os jurisdicionados e administrados.

Ademais, mesmo que o ressarcimento não seja uma sanção propriamente dita, a Lei de Improbidade, em seu art. 23⁴³, estabelece prazo prescricional para todas as cominações ali aplicáveis – e o ressarcimento se insere entre estas cominações conforme disposto no art. 12⁴⁴. Isto porque,

43 Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

44 Art. 12. Independentemente das sanções penais, cíveis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até

mesmo que não detenha aspecto punitivo, o exercício de uma pretensão de ressarcimento possui nitidamente um caráter afltivo de situações jurídicas⁴⁵. A redação legal, portanto, flerta com a prescritibilidade, tendo em vista que o texto constitucional dá abertura para o legislador ordinário realizar complementação. E o legislador, inclusive no caso da improbidade administrativa, optou por estender a prescritibilidade das respectivas ações de ressarcimento.

Por último, tem-se a perspectiva de que todas as ações de ressarcimento seriam prescritíveis, independentemente de sua natureza. Essa corrente doutrinária tem como respaldo o princípio da segurança jurídica e a noção de estabilidade das relações sociais construídas no tempo. Entre seus adeptos autores estão Ada Pellegrini Grinover⁴⁶, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁷, Clito Fornaciari Junior⁴⁸, Elody Nassar⁴⁹ e Marçal Justen Filho⁵⁰.

Em primeiro lugar, sustenta, esta acertada ideia, a observação de que não há taxatividade de imprescritibilidade no dispositivo constitucional em comento, o que não permitiria uma conclusão tácita de que a ressalva opta por essa via. O constituinte, quando quis se direcionar a esse caminho, comportou-se de maneira muito expressiva, a exemplo do crime de racismo,

cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.
45 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 540.

46 GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de Improbidade Administrativa: Decadência e Prescrição. *Interesse Público - Revista Bimestral de Direito Público*. Ano 8, n 33, 2005, p.55-92.

47 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed., São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2015, p. 1093.

48 FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, n. 165, jan/mar. 2005, p.33-38.

49 NASSAR, Elody. **Prescrição na Administração Pública**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 348.

50 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1356.

fixado no art. 5º, inciso XLII .

Ademais, acredita-se que não haveria sentido em o Estado deter um “direito eterno”, como salientou o Ministro Marco Aurélio, de ajuizar uma ação a qualquer tempo como bem lhe aprouvesse. Optar por essa linha seria adotar uma visão antidemocrática que privilegiaria a Fazenda Pública a ter prerrogativas exorbitantes.

Insta salientar que argumento incisivo usado pelos doutrinadores dessa concepção é o de que seria irrazoável uma questão patrimonial não ser restrita temporalmente quando, no mesmo ordenamento jurídico, o crime de homicídio possui prazo prescricional de 20 anos. Há, claramente, uma contradição na valoração dos bens jurídicos tutelados e uma desigualdade verticalizante no tratamento de particulares e Administração Pública.

Nesse sentido, para Elody Nassar, jurista que enfrentou brilhantemente o tema, do choque existente entre a necessidade de ressarcimento ao erário (ou, ainda, da indisponibilidade do interesse público) e a segurança jurídica, deve prevalecer esta última, visto ser elemento estruturador da ordem jurídica brasileira. A autora enfatiza que os danos ao erário não teriam valores realmente essenciais, não sendo plausível que a patrimonialidade seja o motivo pelo qual haja a desestabilização das relações construídas com o tempo.

O tema, assim, merece ser enfrentado com serenidade e coragem porque a inexistência de restrição temporal ao ius puniendi do Estado põe reféns pessoas físicas e jurídicas, além de representar ofensa ao devido processo legal inscrito nos direitos fundamentais da Carta Política⁵¹.

Por fim, é imperativo ressaltar argumento do Ministro Luis Roberto Barroso apresentado em discussão do RE 669.069/MG. O jurista trouxe

51 NASSAR, Elody. **Prescrição na Administração Pública**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.354.

a informação de que na redação do Anteprojeto da Constituição de 1988 havia menção à imprescritibilidade no artigo aqui estudado. Analisando esse período em específico, pôde-se notar que houve, de fato, menção expressa ao vocábulo, estando, até mesmo, presente no Anteprojeto de junho de 1987⁵². Veja-se alguma das ideias existentes à época:

§ 5º. São imprescritíveis os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor público ou não, que causar prejuízo ao Erário, bem como a respectivas ações de ressarcimento.⁵³

A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, que serão imprescritíveis.⁵⁴

Nota-se que existia o debate não apenas das ações de ressarcimento, mas também acerca da imprescritibilidade das próprias ações contra os atos ilícitos. Houve diversos argumentos e propostas de emendas no sentido de fixar a imprescritibilidade para as hipóteses supracitadas. Todavia, ocorreu uma clara posição do constituinte frente a esses embates: o afastamento da tese. Ora, é muito evidente a intenção manifestada em 1988 pela sua rejeição, de modo a extinguir deliberadamente o vocábulo do dispositivo constitucional e fincar no seio do ordenamento jurídico a opção pela segurança jurídica.

Uma vez expostos os motivos pelos quais se adota a tese de prescrite-

52 Vê-se que no artigo 80, §2º, do Anteprojeto de Junho de 1987 a redação tinha aspectos totalmente diferentes daquela inscrita no artigo 37, §5º, tendo o constituinte reestruturado o dispositivo e eliminado o termo “imprescritibilidade” de ambas as ações, isto é, as do próprio ilícito e as de ressarcimento. Veja-se: <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-219.pdf>

53 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/baseshist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=4&codDocumento=72102&sgBase=APEM&q=ressarcimento+ao+erario>

54 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/baseshist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=4&codDocumento=65841&sgBase=APEM&q=ressarcimento+ao+erario>

bilidade das pretensões de ressarcimento ao erário, contudo, não se pode acreditar que o problema posto em discussão está encerrado. Deve-se discutir, ainda, qual a interpretação mais adequada a ser conferida à parte final do dispositivo, no que tange ao trecho “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, uma vez esclarecido que a ressalva não impõe ações imprescritíveis.

Adere-se, no presente artigo, à inteligência do dispositivo apontada por alguns dos doutrinadores defensores da tese da prescritibilidade: a ressalva pende para o desmembramento entre a prescrição das ações de ressarcimento e das ações dos próprios ilícitos, independentemente de sua natureza. Por este ângulo, expõe Celso Antônio Bandeira de Mello:

Como explicar, então, o alcance do art. 37, § 5º? Pensamos que o que se há de extrair dele é a intenção manifesta, ainda que mal expressada, de separar os prazos de prescrição do ilícito propriamente, isto é, penal, ou administrativo, dos prazos das ações de responsabilidade, que não terão porque obrigatoriamente coincidir. Assim, a ressalva para as ações de ressarcimento significa que terão prazos autônomos em relação aos que a lei estabelecer para as responsabilidades administrativa e penal.⁵⁵

Neste mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover, em artigo publicado no periódico *Interesse Público*, entende que o parágrafo traria a ideia de que resta, também, ao legislador infraconstitucional a prerrogativa de estabelecer os prazos prescricionais para as ações de ressarcimento⁵⁶.

Assim sendo, qual o prazo prescricional deve ser aplicado às pretensões de ressarcimento ao erário, tendo em vista que nem o legislador constitu-

55 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015, p. 1093.

56 GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de Improbidade Administrativa: Decadência e Prescrição. *Interesse Público - Revista Bimestral de Direito Público*. Ano 8, n 33, 2005, p.55-92.

cional, tampouco o legislador ordinário ocuparam-se de regular a questão de modo específico? Para esta indagação, têm-se três possíveis respostas espalhadas pelo ordenamento jurídico.

A primeira resposta encontrada insere-se no art. 206, § 3º, V do Código Civil⁵⁷, em que se coloca – em termos genéricos – o prazo de três anos para prescrição de pretensão de reparação civil. Trata-se de corrente com menor adesão, uma vez que põe a Fazenda Pública sob alta onerosidade, com curto prazo para reintegrar seus cofres.

Solução que agrada a críticos do tema, a exemplo de Emerson Gabardo⁵⁸, é a fixação do prazo quinquenal para as ações de ressarcimento ao erário de mesmo modo como sucede com as dívidas da Fazenda Pública. Além das Leis de improbidade administrativa e de Ação Popular se direcionarem nesse sentido, a fixação da prescritibilidade em cinco anos coaduna com um ideal isonômico – se ações do particular prescrevem em cinco anos, idêntico tratamento deve ser reservado às ações de titularidade da Administração.

No que diz respeito aos prazos prescricionais, estes não são apenas ditados pelo Código Civil, mas também pelo Decreto n 20.910, de 1932 e pelo Decreto-lei n 4.597, de 1942. Importante pontuar que a prescrição quinquenal mencionada no Decreto de 1932, em seu primeiro artigo, estende estes prazos para todas as pretensões, independente de sua natureza:

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

57 Art. 206. Prescreve: § 3º Em três anos: V - a pretensão de reparação civil;

58 GABARDO, Emerson. A mudança de entendimento do STF sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/emerson-gabardo/a-mudanca-de-entendimento-do-stf-sobre-a-imprescritibilidade-das-acoes-de-ressarcimento-ao-erario>. Acesso em: 14/07/2016.

Por fim, há corrente que defende imediata aplicação do artigo 205 do Código Civil⁵⁹, fixando-se o prazo em dez anos por inexistir lei ou dispositivo específico que estipule prazo menor. Para os defensores deste prazo prescricional, como não há um dispositivo expresso que regule o lapso temporal das ações de ressarcimento – em especial, do erário –, o artigo em questão deverá ser aplicado enquanto o legislador quedar-se inerte sobre a matéria.

Entende-se no presente artigo que o posicionamento mais acertado para a problemática seja aquele que preconiza por um tratamento uniforme entre Estado e particular no que diz respeito ao prazo prescricional de cinco anos. Isto porque traz maior confiança e coerência para o ordenamento jurídico, tratando situações semelhantes com um mesmo regime prescricional.

Desta forma, a segurança jurídica e a proteção à legítima confiança são asseguradas aos indivíduos: haverá período demarcado para que pretensões possam ser exercidas em face de suas esferas jurídicas. Ao mesmo tempo, a leitura pela aplicação do prazo prescricional de cinco anos consagra a isonomia ao não admitir abomináveis privilégios à máquina pública em um ordenamento jurídico-constitucional comprometido com o empoderamento e ampliação das garantias do cidadão.

5. CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, a ampliação da prescritibilidade sobre as ações de ressarcimento ao erário – qualquer que seja a natureza dos ilícitos que originaram tais ações – mostra-se como um imperativo. Para demonstrar

59 Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

tal necessidade, o presente artigo procurou desenvolver e trazer diferentes abordagens sobre o art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no intuito de fazer com que o próprio STF possa, em futura oportunidade, ao inserir o tema da improbidade administrativa sob o crivo do contraditório, expandir a tese fixada no RE 669.069/MG como forma de munir os jurisdicionados de segurança jurídica.

Para tanto, buscou-se ao longo desse estudo aprofundar argumentos levantados sutilmente pelos Ministros. Tentou-se fixar determinados posicionamentos, bem como desconstruir outros, a exemplo da tese levantada pelo Ministro Luiz Edson Fachin acerca da proteção do erário frente ao interesse público.

Nesse sentido, compreende-se como insuficiente a defesa da imprescritibilidade baseada meramente em argumentos conexos ao interesse público e, por consequência, à “necessária” proteção ao patrimônio público. Viu-se que o próprio conceito de interesse público é plural, não existindo uma unicidade para esse termo, motivo pelo qual se torna um conceito contraditório e de difícil delimitação.

Desta forma, não resta outra interpretação a não ser aquela que consiga assegurar o interesse público em conformidade com o princípio da segurança jurídica. Sendo esta imperativa aos ordenamentos jurídico e social, existe uma imprescindível necessidade de compatibilidade desse ideário com uma interpretação ampliativa dos direitos fundamentais.

Por fim, delimitou-se que a opção pela prescritibilidade geral não seria apenas uma mera hipótese, mas, sim, uma condição para que haja estabilidade das relações jurídicas construídas com o tempo e uma devida segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/prescricao-agnelo1.pdf>.

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Prescrição e decadência: conceitos lógico-jurídicos ou jurídico-positivos? *Prescrição e Decadência - Estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Editoria Juspodivm, 5 série. 2013. p 217-230.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade Administrativa: Prescrição e outros prazos extintivos*. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares; DANTAS Rodrigo Numeriano Dubourcq. Prescrição em face da Fazenda Pública: o âmbito de aplicação do enunciado n.106 da Súmula do STJ à luz da boa fé e da segurança jurídica. *Prescrição e Decadência - Estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Editoria Juspodivm, 5 série. 2013. p 591-609.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./ maio/jun. 2005. Disponível em: < www.direitodoestado.com.br >.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed., São Paulo: Atlas, 2015.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade administrativa. Revista de Informação Legislativa, n. 165, jan/mar. 2005, p.33-38.

GABARDO, Emerson. A mudança de entendimento do STF sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/a-mudanca-de-entendimento-do-stf-sobre-a-imprescritibilidade-das-acoes-de-ressarcimento-ao-erario>.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de Improbidade Administrativa: Decadência e Prescrição. Interesse Público - Revista Bimestral de Direito Público. Ano 8, n 33, 2005, p.55-92.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LEAL, Antônio Luis da Câmara. Da prescrição e da decadência. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil brasileiro (ou o jogo dos sete erros). Revista da Faculdade de Direito. Curitiba n 51 p.101-120, 2010.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 9ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Civil: Parte Geral. 2ed, Tomo VI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2007.

NASSAR, Elody. Prescrição na Administração Pública. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileira. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 21, março, abril, maio, 2010. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>.

SOUZA JUNIOR, Antonio Carlos Ferreira de; FERRAZ FILHO, Luiz Henrique Gomes. (Im) possibilidade jurídica de alteração da prescrição tributária por meio de regras processuais. Prescrição e Decadência - Estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho. Editoria Juspodivm, 5 série. 2013. p 25-51.

Recebido em 27/10/2016 – Aprovado em 15/02/2017