

**FACULDADE DOCTUM DE GUARAPARI
REDE DE ENSINO DOCTUM
CURSO DE DIREITO**

DARCY MARCHIORI DE PAULA GAIGHER

**A IMPRESCRITIBILIDADE NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA VISANDO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO E SEU
CARÁTER INCONSTITUCIONAL**

GUARAPARI/ES

2017

DARCY MARCHIORI DE PAULA GAIGHER

**A IMPRESCRITIBILIDADE NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA VISANDO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO E SEU
CARÁTER INCONSTITUCIONAL**

Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso no Curso de Direito da Faculdade Doctum de Guarapari, como requisito para obtenção de Título de Bacharel em Direito.

**Professor Orientador Esp.
Rubens dos Santos Filho**

**GUARAPARI/ES
2017
DARCY MARCHIORI DE PAULA GAIGHER**

**A IMPRESCRITIBILIDADE NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA VISANDO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO E SEU
CARÁTER INCONSTITUCIONAL**

Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Doctum de Guarapari como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de dezembro de 2017

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Esp. Rubens dos Santos Filho

Prof. Avaliador

Prof. Avaliador

**FACULDADE DOCTUM DE GUARAPARI
REDE DE ENSINO DOCTUM
CURSO DE DIREITO**

**A IMPRESCRITIBILIDADE NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA VISANDO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO E SEU
CARÁTER INCONSTITUCIONAL**

Darcy Marchiori de Paula Gaigher
darcympg@hotmail.com
Graduando em Direito

Prof. Esp. Rubens dos Santos Filho
rubensfilhoadv@outlook.com
Especialista em Direito Processual Civil
pela Anhanguera/LFG

RESUMO

Este artigo é dirigido a graduandos e graduados em Direito, onde se aborda uma posição contrária acerca da imprescritibilidade no que tange as ações de improbidade administrativa com pedido de ressarcimento ao erário público, questionando este a luz dos princípios norteadores do direito, concluindo-se pela necessidade de reanálise do dispositivo do §5º do artigo 37 da Constituição Federal por afronta aos princípios aqui abordados.

PALAVRAS-CHAVE: Imprescritibilidade. Improbidade administrativa. Princípios. Inconstitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de um artigo desenvolvido com base em um tema atual, com o objetivo de demonstrar o possível erro colacionado pela Constituição Federal, no que tange principalmente à esfera dos princípios, com base em doutrinas e trabalhos científicos que versam sobre o tema.

Apesar de grande parte da doutrina e jurisprudência entender e adotar a posição a favor da imprescritibilidade, faz necessário a possibilidade de enfrentamento dos efeitos desse entendimento frente à análise, como por exemplo, do tempo decorrido e suas mudanças e a consequência para as pessoas envolvidas em todo o contexto de uma lide.

Acrescenta-se ainda a clara desarmonia entre as normas constitucionais quando decide pela recepção deste entendimento.

2 DA AÇÃO CABÍVEL POR ATO DE IMPROBIDADE

Praticada uma conduta que se ajusta ao modelo legal (típica) e contrária ao direito (antijurídica), surgem duas pretensões: a punitiva, que é pública e indisponível, e a pretensão de ressarcimento, que é privada e disponível. Assim, com a prática da conduta delitiva, segundo Sérgio Ricardo de Souza (2008. p. 245) nasce para o Estado o *jus puniendi*, e para o ofendido o direito de restabelecimento do *status quo ante*. Essa é a regra. A exceção fica por conta dos delitos, cujo sujeito passivo é indeterminado. Conclui-se que, além do dano público, que tem origem com a própria prática do delito, é produzido um dano imediato ao titular do bem jurídico tutelado. Praticado o fato, em geral o autor do mesmo está sujeito à sanção penal correspondente e ainda à obrigação de reparar o dano causado. Desta forma, devem ser apuradas a responsabilidade penal para aplicação da pena, nos ditames de individualização fixados pelos artigos 59 a 68 do Código Penal, e, por outro lado, a responsabilidade civil, para fixar a indenização cabível, ressalvados os casos, repita-se, de ofendido indeterminado, bem como se a vítima deixar de pleitear o ressarcimento ou a reparação.

Acrescenta ainda o mesmo autor que, o dever de indenizar surge com o próprio fato, independentemente da consagração, por sentença transitada em julgado, da responsabilidade penal. Por isso, o legislador prevê dois tipos de ação, buscando a satisfação do dano *exdelicto*. Prevê a ação de conhecimento, quando ainda não se tem o título cuja origem é a sentença condenatória transitada em julgado e a ação executiva, quando se tem a sentença penal condenatória transitada em julgado.

Insta registrar que, erário, segundo De Plácito e Silva (2010, p.543), “derivado do latim *aerarium*, é o vocábulo aplicado, segundo sua etimologia, para designar o tesouro público, ou seja, o conjunto de bens ou valores pertencentes ao Estado.”. Em seguinte, continua o autor dizendo que erário é “o conjunto de bens pertencentes ao Estado, representados em valores oriundos de impostos ou de qualquer outra natureza, significando, assim a fortuna do Estado.”.

Segundo Alexandre de Moraes (2005. p. 351) a ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do suposto dano causado ao patrimônio público por ato de improbidade, quanto aplicação das sanções do artigo 37, §4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.

O artigo 129, III da Constituição Federal¹ estabelece como uma das funções institucionais do Ministério Público a promoção do Inquérito Civil e da Ação Civil Pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivo.

Essa disposição constitucional ampliou o rol previsto no artigo 1º, inciso IV, da Lei Federal nº 7.347/85², para incluir a defesa, por meio de ação civil pública, de interesses transindividuais, possibilitando a fixação de responsabilidades (ressarcimentos ao erário; perda do mandato; suspensão dos direitos políticos; aplicação de multas) por prejuízos causados não só apenas aos interesses expressamente nela previstos, mas também a quaisquer outros de natureza difusa ou coletiva, sem prejuízo da ação popular. Entre estes outros interesses, não previstos na lei citada destaca se a defesa do patrimônio público, da moralidade administrativa, ambos de natureza indiscutivelmente de Direito Difuso (ALEXANDRE. 2005. p. 352).

¹[...]Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

²LEI Nº 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.

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Preleciona ainda Alexandre de Moraes (2005. p. 353) que a lei de Ação Civil Pública é de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar os aspectos processuais da tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, alberga a lei material a relação de subordinação dos aspectos de direito material, dos bens protegidos pela lei em questão.

Sobre a ação civil pública, confirma-se a sua natureza eminentemente processual, concluindo-se que (ALEXANDRE. 2005. 353):

“a ação e a condenação devem fundar-se em disposição de alguma norma substantiva (da União, dos Estados ou Municípios) que tipifique a infração a ser reconhecida ou punida pelo Judiciário, independentemente de qualquer outra sanção administrativa ou penal, em que incida o infrator”.

Dessa forma, portanto, a lei da Ação Civil Pública, é a Lei processual, pelo que a hipótese motivadora da ação e possibilitadora da condenação por ato de improbidade administrativa se baseia nas disposições da Lei nº 8.429/92, norma substantiva, de direito material, que foi editada para regulamentar as sanções previstas constitucionalmente no art. 37, §4º, da Constituição Federal, corroborando-se a lição de Pazzaglini, Elias Rosa e Fazzio³, de que

“ação civil pública, no caso de improbidade administrativa, é ação civil de interesse público imediato, ou seja, é a utilização do processo civil como um instrumento para a proteção de um bem, cuja preservação interessa à toda a coletividade”.

Esclarecido o ponto inicial para o todo procedimento judicial quanto às ações civis com ressarcimento ao erário, passamos à análise do tempo relativo a estas ações.

3 PRESCRIÇÃO

A prescrição é o fenômeno jurídico pelo qual se extingue a exigibilidade de uma prestação positiva ou negativa (pretensão) em virtude do decurso do tempo e da inércia de seu titular.

³PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Marcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. Improbidade...Op.cit. p. 181.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, §5º, determinou que a lei estabelecesse os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Dessa forma, o artigo 23 da Lei nº 8.429/92 define que as ações destinadas a levar a efeito as sanções pela prática de ato de improbidade administrativa podem ser propostas em até cinco anos após o término do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; e dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público no caso de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Ressalta-se, porém, conforme já mencionado acima, que as ações para obtenção de ressarcimento por dano causado ao erário público são imprescritíveis, nos termos da citada previsão constitucional (ALEXANDRE, 2005. p. 363)

Ademais, segundo Pontes de Miranda (1955b, p. 100-102):

[...] 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. [...] A prescrição não atinge, de regra somente a ação; atinge a pretensão, cobrindo a eficácia da pretensão e, pois, do direito, quer quanto à ação, quer quanto ao exercício do direito mediante cobrança direta [...] ou outra manifestação pretencional.

Diz-se portanto exceção, pois em condições normais, a pretensão deduzida em juízo deveria ser acolhida; por exemplo, aquele que causa dano tem o dever de indenizar, conforme artigo 927 do Código Civil de 2002. Mas tal pretensão não é acolhida em decorrência da exceção advinda do decurso do tempo e da inércia do sujeito lesado.

4 DA IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE COM RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

Ocorre que quando se versa de ações de improbidade administrativa prevendo um possível ressarcimento ao erário público, a lei prevê a imprescritibilidade, conforme se pode ver no artigo 37, §5º da Constituição Federal:

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

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

Destaca-se a lição de Maria Sylvia Zanella (2005. P. 789-790) de Pietro que assim preleciona:

A prescrição da ação de improbidade está disciplinada no artigo 23 [da Lei n. 8.429/92], que distingue duas hipóteses: pelo inciso I, a prescrição ocorre cinco anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; para os que exercem cargo efetivo ou emprego, o inciso II estabelece que a prescrição ocorre no mesmo prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. São, contudo, imprescritíveis, as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme o estabelece o artigo 37, § 5º, da Constituição. Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos.

Celso Antonio Bandeira de Mello (1999, p. 223) sustenta igualmente com veemência que:

É imprescritível – repita-se – a ação de responsabilidade civil contra o servidor que haja causado danos ao erário público mediante comportamento ilícito, como decorre do art. 37, § 5º, da Constituição do País.

A Constituição Federal de 1988 inovou quando comparada às constituições que lhe antecederam, introduzindo no ordenamento um capítulo especialmente direcionado à Administração Pública, inserindo importante título que define a organização do Estado.

Inaugurado o referido capítulo, tem-se o art. 37, já citado acima, substancialmente modificado pela Emenda Constitucional nº 19 e alterado em pontos específicos pelas Emendas Constitucionais nº. 20, 34, 41, 42 e 47.

Segundo boa parte da doutrina, o constituinte albergou a tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, à luz do que dispõe o parágrafo quinto do dispositivo supracitado, em que pese a sua má redação.

5 DA INCONTITUCIONALIDADE DA IMPRESCRITIBILIDADE

Tal postura adotada pelo legislador, da constituinte vai de encontro ao previsto para todas as outras normas do ordenamento jurídico, tornando-se uma exceção à regra, em face do que deve ser decorrente de previsão expressa e inequívoca.

Desta forma, afirma Cristiane Afonso Balieiro em sua monografia “A imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por improbidade administrativa” apresentada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP em 2010, que tratando-se de exceção, deveria comportar uma exegese restritiva, pois, com base na atual Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, permanece vigente vedação a interpretação extensiva e análoga de normas excepcionais.

Neste raciocínio, é defendido por alguns autores a tese de que a pretensão de reparação de danos seria prescritível, haja vista que o texto constitucional não fez, em momento alguns, a afirmação expressa da imprescritibilidade, tal como se verifica relativamente aos crimes de racismo (art. 5º, XLII) e quanto à ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (Art. 5º, XLIV). (CRISTIANE. 2010)

Ultrapassada a questão da excepcionalidade da imprescritibilidade quando se trata da questão de ressarcimento ao erário, há também que se atentar ao fato de que esta previsibilidade caminha de encontro a princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro. Desta forma, possível se faz em afirmar que tal postura constitucional fora moldada por inconstitucionalidade, se não pelo que vejamos a seguir.

6 DA IMPRESCRITIBILIDADE E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Princípios são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber. Vale dizer, são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento”. (CALCINI, 2003, p. 132).

Por sua vez, Celso Antonio Bandeira de Mello, ao tratar do conceito de princípio jurídico, afirma que este pode ser considerado como (CALCINI, 2003, p. 133):

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Trata-se, assim, daquele cerne axiológico do sistema jurídico, que lhe dá sustentação. São eles que dão liga às regras do ordenamento jurídico. De forma figurada, pode-se afirmar que os princípios jurídicos, em analogia, ocupam, em um prédio, a parte do alicerce, pois são eles que conferem sustentação a toda construção. (CALCINI, 2003, p. 133)

A segurança jurídica significa tanto o conhecimento do cidadão acerca das normas jurídicas que formam o ordenamento quanto à previsibilidade dos negócios jurídicos e de seus efeitos, com o fim de que ao cidadão seja garantida uma vida sem frustrações de expectativas pela falta de estabilidade das situações. (CRISTIANE, 2010, p. 64)

É desta forma que a imprescritibilidade caminhará de encontro ao princípio da segurança jurídica, pois este deve conferir a estabilidade em decorrência do decurso de tempo, como medida de ordem pública em benefício à harmonia social.

O princípio em tela (SILVA, 1999, p. 653) comporta dois vetores básicos quanto às perspectivas do cidadão. De um lado, a perspectiva da certeza, que indica o conhecimento seguro das normas e atividades jurídicas, e, do outro, a perspectiva de estabilidade, mediante a qual se difunde a ideia de consolidação das ações administrativas e se oferece a criação de novos mecanismos de defesa. No direito comparado, especialmente no direito alemão, os estudiosos se têm dedicado à necessidade de estabilização de certas situações jurídicas, principalmente em virtude do transcurso do tempo e da boa-fé. O que se pretende, é que qualquer cidadão não seja surpreendido por questão inesperada de comportamento muitas vezes causado por desídia judiciária, ainda que não se tenha convertido em direito adquirido.

7 DA IMPRESCRITIBILIDADE E O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Tendo origem no direito de ação e na garantia do acesso à justiça, que na atualidade, este princípio representa uma evolução desses ideais, pois, no estágio atual, onde os direitos humanos já alcançaram a terceira gerações (Dimensões de Direitos Humanos), a sociedade não se satisfaz mais com a garantia de conseguir ingressar com uma ação perante o Estado-Jurisdição, pois isto consiste em uma garantia apenas formal. A exigência social é de que, além do acesso e do direito de receber uma prestação jurisdicional, seja também garantido que esta prestação ocorra em um tempo razoável. (SOUZA; SILVA, 2008, p. 24)

Sensível a esta realidade, o legislador constituinte-derivado brasileiro fez inserir, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Concordando ainda com os fatos aqui expostos, há autores que afirmam ser este de interpretação condenável, pois trazem a incoerência lógica de se premiar a desídia daqueles que estão legitimados à persecução do ilícito, como por exemplo, pontua o nobre doutrinador José Afonso da Silva:

A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer tanto às pretensões de interesse em face da Administração, que tanto às desta em face de administrados. Assim, é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providências à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu jus perseguendi. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: 'A lei estabelecerá os prazos de prescrição para os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento'. Vê-se, porem, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porem, do direito da Administração ao ressarcimento, 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 non succurritus). Deu-se assim à Administração inerte o premio da imprescritibilidade na hipótese considerada. (SILVA, 1999, p. 654).

Sobre o tema, socorre-se ainda da lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p.260):

Parecem deduzir-se duas regras deste texto mal redigido. Uma, concernente a sanção pelo ilícito, outra, à reparação do prejuízo. Quanto a primeira, a norma “chove no molhado”: prevê que lei fixe os respectivos prazos prescricionais. Quanto ao segundo, estabelece-se de forma tangente a imprescritibilidade das ações visando ao ressarcimento dos prejuízos causados. A imprescritibilidade é sempre condenada pela doutrina, seja qual for o seu campo, entretanto, a constituinte demonstrou por ela um entusiasmo perverso e vingativo (v. art. 5º, XLII e XLIV).

A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos. (MENDES, 2008, p. 500)

A Constituição conferiu significado especial ao princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional (art. 1º, III, da CF/88). Na sua acepção originária, esse princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposições a ofensas ou humilhações. (MENDES, 2008, p. 500)

8 DA IMPRESCRITIBILIDADE E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

O Princípio da Razoabilidade pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo poder público, no exercício de suas atividades e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes (ALEXANDRE. 2005. p. 144).

É atualmente, de grande importância no controle dos atos do poder público, pois possibilita a inserção do poder judiciário em apreciações que não se vinculam a aspectos meramente formais. Em sentido contrário, o princípio da razoabilidade estende o controle jurisdicional a análise de questões do conteúdo axiológico. Vale

dizer, a razoabilidade permite um controle que possibilite aferir questões de justiça, buscando a observância de valores fundamentais inscritos em nossa Constituição. (MENDES, 2008, p. 122)

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso (apud CALCINI. 2003. p. 145):

“É um parâmetro de valorização dos atos do Poder Público, para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.”

O que se exige do poder público portanto é uma coerência, nas decisões e medidas administrativas e legislativas, bem como na aplicação de medidas restritivas e sancionadoras. (ALEXANDRE. 2005. p. 114).

O princípio da razoabilidade, como vetor interpretativo deverá pautar a atuação discricionária do Poder Público, garantindo-lhe a constitucionalidade de suas condutas e impedido a prática de arbitrariedades. (ALEXANDRE. 2005. p. 115).

Este princípio, se utiliza-se da regra do meio-termo aristotélico, que, conforme Kelsen, é norma de justiça, ou seja, “como norma referida ao modo de tratar os homens, surge também o preceito geral do comedimento, a ideia de que a conduta reta consiste em não exagerar para um de mais nem para um de menos, em manter, portanto, o ‘áureo’ meio termo. (apud ALEXANDRE. 2005. p. 116).

Não custa lembrar, que o princípio da razoabilidade não incide apenas sobre função administrativa, mas, ao contrário, incide em qualquer função pública, inclusive a legislativa. Por isso mesmo, o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já declarou a inconstitucionalidade de lei por violação ao princípio. (MENDES, 2008, p. 120)

9 DAIMPRESCRITIBILIDADE COMO SANÇÃO “AD ETERNUM” FERINDO A PESSOALIDADE DA PENA

Ponto conflitante e que incrementa a tese contrária à previsão da imprescritibilidade, está no fato de se pensar neste como sanção “*ad eternum*”.

Tal afirmativa pode se confirmar posto que no Direito Penal vige o princípio da personalidade da pena, segundo o qual “[...] nenhuma pena poderá passar da pessoa do condenado”[...], conforme lição de Cezar Roberto Bitencourt (, 2010, p. 280).

Por outro lado, a obrigação de reparar o dano é transmitida por sucessão, até o limite do patrimônio transferido, na dicção do art. 5º, inc. XLV, *in legis*:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Vale acrescentar a concepção de sanção trazida por Hans Kelsen (1998; p. 71):

” As sanções são estabelecidas pela ordem jurídica com o fim de ocasionar certa conduta humana que o legislador considera desejável

Assim, concedida à pretensão do ressarcimento ao Erário o benefício da imprescritibilidade, ela consistirá, de fato, em pretensão perpétua, no sentido exato da palavra, visto que o Estado poderia invadir a esfera patrimonial de um sujeito em virtude de um ilícito causado em gerações anteriores, mitigando sobremaneira a segurança jurídica nas relações (MELLO, 2013, p. 108).

Além da perspectiva de que a imprescritibilidade nestas ações provocam sanções que vão além daqueles que “deveriam ser punidos”, ou seja, ultrapassam a personalidade da pena, se assim se entende que previu a norma constitucional como sendo esta uma sanção, não há como não colher, da Lei n. 8429/92, que disciplina as sanções aplicáveis aos agentes públicos, o prazo prescricional, que é por ela definido expressamente em seu art. 23, inciso I, onde proclama após o *caput* que “as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas...”

Transparece inegável que, ao se entender que a prescrição do ressarcimento não estaria sujeita ao prazo disciplinado no art. 23 da Lei n. 8429/92, está se contrariando a norma em questão, já que ele não está sendo aplicada quando deveria ser (CRISTIANE, 2010, p.72).

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício da justiça pode ser viciado de muitas maneiras, e assim então, teremos a descaracterização de seu conteúdo. A perversão da reta razão é, em geral, o modo mais corrente de o agente afastar-se da justiça e aproximar-se da injustiça.

Mais do que isso, o julgamento de um juiz consiste no estabelecimento concreto da igualdade, de alguma forma rompida anteriormente, fato que reclama sua intervenção para o reequilíbrio das partes, sem que haja qualquer interferência externa, fora dos autos.

Nesse sentido, restabelecer o equilíbrio é retomar a igualdade rompida. Não se deve, em um julgamento, favorecer qualquer pessoa, e muito menos desfavorecer com base em suposta legalidade. E isto é exatamente o que sem tem quanto à previsão legal da imprescritibilidade. Deve-se buscar sim um julgamento que satisfaça às necessidades de justiça reclamadas pelo caso. Mas isto em tempo hábil e coerente no sentido jurídico e também humano.

A imprescritibilidade é fato que fere diretamente não só a Constituição, mas todos que a ela buscam proteção. Se não há previsão de penas perpétuas em nosso ordenamento jurídico, não há motivo para que se tenham processos imprescritíveis.

Por fim, após conflitar todas as informações aqui expostas não há qualquer outra forma de se buscar justiça que não seja por procedimentos e processos prescritíveis, havendo assim isonomia dessas ações quando comparadas a outras.

REFERÊNCIAS

BALIEIRO, Cristiane Afonso. **A imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa**. 2010. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/278/Monografia_Cristiane%20Afonso%20Balieiro.pdf?sequence=1> Acesso em: 09 de novembro de 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, volume 1, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 out. 1988**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CALCINI, Fabio Pallaretti. **O princípio da razoabilidade: um limite à discricionariedade administrativa**. – Campinas, SP: Millennium Editora, 2003.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 18. Es. – São Paulo: Atlas, 2005.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Ed. Saraiva: São Paulo, v.1, 1990.

KELSEN, Hans: tradução de Luís Carlos Borges. **Teoria geral do direito e do estado**– 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 11. ed. 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Mártire; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. – 2. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Forense, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. – 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Marcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo.. **Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. Imprensa: São Paulo, Atlas, 1999

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008**. – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.