

DIRCILENE BARBOSA DA SILVA

**A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE
RESSARCIMENTO POR DANOS
CAUSADOS AO ERÁRIO**

BACHARELADO
EM DIREITO

FIC – CARATINGA
2010

DIRCILENE BARBOSA DA SILVA

**A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE
RESSARCIMENTO POR DANOS
CAUSADOS AO ERÁRIO**

Monografia apresentada à banca examinadora da faculdade de direito, das Faculdades Integradas de Caratinga, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em direito, sob orientação do professor Rodrigo Mendes Cardoso.

FIC – CARATINGA
2010

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me dado forças e iluminando meu caminho para que pudesse concluir mais uma etapa da minha vida;

A minha mãe Rita, por ser a pessoa que mais me apóia e acredita na minha capacidade, meu agradecimento pelas horas em que ficou ao meu lado não me deixando desistir e me mostrando que sou capaz de chegar onde desejo, sem dúvida foi quem me deu o maior incentivo para conseguir concluir esse trabalho;

Aos meus irmãos pelo carinho e atenção que sempre tiveram comigo me apoiando em todos os momentos, por todos os conselhos e pela confiança em mim depositada;

Aos amigos que fiz durante o curso, pela verdadeira amizade que construímos em particular aqueles que estavam sempre ao meu lado por todos os momentos que passamos durante esses cinco anos.

Ao meu orientador, professor Rodrigo Mendes Cardoso, pelo ensinamento e dedicação dispensados no auxílio à concretização dessa monografia;

A todos os professores do curso de direito, pela paciência, dedicação e ensinamentos disponibilizados nas aulas, cada um de forma especial contribuiu para a conclusão desse trabalho e conseqüentemente para minha formação profissional;

Por fim, gostaria de agradecer aos meus amigos e familiares, pelo carinho e pela compreensão nos momentos em que a dedicação aos estudos foi exclusiva, a todos que contribuíram direta ou indiretamente para que esse trabalho fosse realizado meu eterno AGRADECIMENTO.

ABREVIATURAS

CF/88 – Constituição Federal da República, de 05 de outubro de 1988.

LACP – Lei de Ação Civil Pública

TJMG - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

A prescrição das ações de ressarcimento por danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa está previsto no artigo 23 da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, e possui limites bem definidos que confrontam com a parte final do § 5º, do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, onde está previsto que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Mas há controvérsias a respeito deste artigo, vez que muitos doutrinadores defendem a tese de prescrição das ações de ressarcimento com base na própria lei de improbidade administrativa, dispondo que o prazo de cinco anos seria apenas para aplicação das penalidades e não ao ressarcimento dos danos causados ao erário. Assim reside a discussão que será abordada no presente trabalho.

Contudo, deve ser ampliada e aprimorada a modalidade interpretativa do referido artigo e da presente lei no que diz respeito à ação de ressarcimento ao dano causado ao erário. Diante disso, muito embora haja margem a uma interpretação simplista, no sentido de serem as ações de ressarcimento imprescritíveis, mas não deixando dúvidas que esta tem como objetivo trazer uma conduta de responsabilidade e transparência aos administradores públicos.

PALAVRAS CHAVE: Ressarcimento ao erário; imprescritibilidade; improbidade administrativa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	9
1.1 As Abordagens do Tema.....	11
1.1.1 O Instituto da Prescrição.....	11
1.1.2 O Erário.....	13
1.2 Dano.....	14
1.2.1 Dano Patrimonial.....	15
1.2.2 Dano Moral.....	16
2. OS MEIOS DE PROTEÇÃO AO ERÁRIO	19
2.1 Ação Popular, Ação Civil Pública e o Ressarcimento.....	20
2.2 Ação de Improbidade Administrativa.....	20
3. A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO	24
3.1 A Prescrição no artigo 23 da Lei de Improbidade.....	25
3.2 Conflito de Normas.....	26
3.3 O prazo prescricional.....	27
3.4 Posicionamento Contrário.....	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS	33
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34

INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é trazer à luz a discussão a respeito da imprescritibilidade das ações de ressarcimento quando tenha por objetivo a reparação de danos causados ao erário, consoante disposição do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvados as respectivas ações de ressarcimento**”.¹

Busca-se aprimorar a discussão a respeito da imprescritibilidade da ação de ressarcimento trazida na Constituição Federal, confrontando-a com as leis infraconstitucionais e entendendo os seus efeitos na prática jurídica.

A principal controvérsia reside no limite temporal definido para a propositura de ação encontrado no artigo 23, inciso I, da Lei 8429, de 02 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa - que confronta com a parte final do § 5º do artigo 37 da Constituição da República, já citado, conforme se vê:

As ações destinadas a levar a efeito 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.²

Os entendimentos a respeito da imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos causados ao erário ainda não são pacíficos na doutrina e nem nos tribunais, vez que muitos defendem a tese da prescrição das ações de ressarcimento e outros não.

Os que concordam com a imprescritibilidade, defendem que o prazo de cinco anos, previsto na Lei de Improbidade Administrativa, seria apenas para aplicação das penalidades e não ao ressarcimento dos danos causados ao erário.

¹ grifamos

² Art. 23, Lei Federal nº. 8.429, de 02 de junho de 1992.

Os que são contrários, que defendem a prescrição em cinco anos, como previsto na citada lei, atentam para o fato que por ser uma pena condenatória a mesma sofreria a ação do tempo, vez que “os direitos de natureza patrimonial que se exercem mediante pretensão condenatória estão sujeitos à prescrição”.³

O alcance do tema do presente estudo passa pela relevância do instituto abordado, a prescrição, já que o mesmo foi criado para trazer segurança para as relações jurídicas que sem a sua ação estariam comprometidas pela possibilidade infinita de ações por prazo indeterminado.

Como visto, a discussão passa não só pela ação do tempo, como também pela interpretação e comparação das normas e pelo princípio da hierarquia das leis, vez que há um confronto entre a Constituição e a lei de improbidade, de modo que busca-se com o comparativo dar maior clareza à questão.

Para isso é necessário conhecer os institutos envolvidos, tais como o que venha a ser erário e as modalidades de dano sofridas pelos entes públicos, conceituando-os e diferenciando-os, de modo que a discussão possa ser ampliada sem se ater a questões de significados.

É necessário ainda conhecer os instrumentos existentes para se alcançar um possível ressarcimento, que além da própria ação que leva o mesmo nome, existe a ação de improbidade administrativa que traz o ressarcimento no seu interior.

Da interpretação do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal frente à Lei de Improbidade, no que tange à prescrição, é que se tem condições de nos posicionar a respeito do tema, já sabendo que há divergência no posicionamento dos mais respeitados juristas que já se manifestaram sobre o tema, de modo que é preciso analisar todos os dispositivos legais e a sua aplicabilidade para nos permitir uma linha pensamento.

A discussão a ser abordada deve ser ampla e aprimorada, vez que o referido artigo da Constituição Federal e a lei de improbidade tratam de assunto comumente visto na atualidade, uma vez as referidas normas, tem como objetivo promover uma conduta de responsabilidade e transparência aos administradores públicos.

Portanto, dada a aplicabilidade do tema tão presente em nossos dias entende-se ser relevante o presente estudo e a discussão que advir do mesmo de modo a ampliar o conhecimento.

³ NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.742

1. CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Busca-se com o presente trabalho abordar a imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos causados ao erário.

Com o advento da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), tornou-se viável a punição dos agentes públicos ímprobos, na seara cível, pelos atos descritos nos arts. 9º, 10 e 11 daquele diploma.

Ocorre que, a necessidade de se conferir segurança às relações jurídicas solidificadas no decorrer do tempo, ainda que possivelmente ilegais, exigia o estabelecimento de marco prescricional para o exercício do poder punitivo estatal (no particular, refere-se aos atos de improbidade).

Atenta a tal necessidade, a Lei nº 8.429/92 estabeleceu determinados prazos prescricionais aplicáveis às ações de improbidade, mas quedou-se inerte quanto às ações de Ressarcimento, as quais, sendo dotadas de natureza autônoma, podem ser ajuizadas independentemente daquelas.

Certamente, a omissão do legislador ordinário foi influenciada pela previsão expressa do art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988, que permite interpretação no sentido de que as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis conforme se vê:

§ 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 ressarcimento⁴.

Como visto no artigo da Constituição Federal acima, a lei estabelecerá os prazos prescricionais para ilícitos praticados por qualquer agente, que causar prejuízos ao erário, ressalvadas as ações de ressarcimento, que são então, imprescritíveis.

⁴ VADE MECUM/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

Os prazos prescricionais são um dos temas mais polêmicos em Direito. Tidos como fator imprescindível à harmonia das relações sociais os mesmos são um tema complexo e discutível de modo que saber com exatidão até quando será possível exigir o cumprimento de uma obrigação é tarefa hermenêutica das mais complexas.

Sobre o tema o renomado doutrinador Washington de Barros Monteiro leciona que "dentre todos os institutos jurídicos, o da prescrição foi provavelmente o que mais se prestou às especulações filosóficas. Já na antiguidade, divergiram a seu respeito os pontos de vista"⁵.

A questão da imprescritibilidade da ação de ressarcimento já chegou aos tribunais superiores conforme se vê no caso em que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, durante o julgamento do recurso especial n. 1.069.779 [02], reiterou o entendimento de que é imprescritível a ação civil pública que tem por objeto o ressarcimento de danos ao erário. Precedentes citados do STF: MS 26.210-DF, DJ 10/10/2008; do STJ: REsp 764.278-SP, DJ 28/5/2008; REsp 705.715-SP, DJ 14/5/2008, e REsp 730.264-RS. REsp 1.056.256-SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16/12/2008.

Diante disso, o prazo de cinco anos diria respeito, no entendimento do Ministro, apenas à aplicação das penalidades (suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e proibição de contratar com o Poder Público), não se aplicando aos casos em que haja necessidade de pleitear o ressarcimento dos danos causados ao erário.

No julgamento, o Ministro destacou a efetividade do princípio da moralidade administrativa e a impossibilidade de se dar aos prazos prescricionais, nas ações de ressarcimento por atos de improbidade administrativa, a lógica da "vala comum" dos prazos prescricionais que tomam por base conflitos individuais de natureza privada.

A Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) regulou o § 5º, art. 37 da Constituição Federal estabelecendo o prazo prescricional de cinco anos:

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

⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 331.

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 emprego⁶.

Note-se que a Ação de Improbidade continua sujeita aos prazos prescricionais estabelecidos no art. 23, mas as Ações de Ressarcimento – e que, portanto, não podem englobar pedidos de aplicação das sanções descritas na Lei nº 8112/90, sendo de natureza autônoma – são imprescritíveis, por força do disposto no §5º, do Art. 37, da Constituição Federal de 1988.

O pedido de ressarcimento ao erário pode ser formulado no bojo da Ação de Improbidade, ou em ação autônoma, denominada Ação de Ressarcimento ao Erário. Entende-se que a Ação de Ressarcimento é imprescritível por força do contido no §5º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, que prevê:

Diante das disposições legais citadas, é necessário que se discuta até onde é possível estender-se um prazo prescricional sem ofender as demais normas (princípios e regras) do ordenamento jurídico brasileiro, o que se terá condições de analisar, ainda que não profundamente em neste trabalho, bem como esclarecer o motivo de se dar um caráter imprescritível às ações de ressarcimento ao erário.

1.1 As Abordagens do Tema

Antes de se abordar o tema propriamente dito, é necessário que se aprofunde o conhecimento a respeito dos institutos e termos jurídicos que o envolve, de modo que se possa entender claramente as conceituações e a finalidade de cada norma.

1.1.1 O Instituto da Prescrição

Em seu sentido etimológico, o vocábulo prescrição vem do termo latim *praescriptio*, que significa “escrever antes” ou “no começo”.

⁶ VADE MECUM/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

Para o doutrinador Silvio Rodrigues:

A prescrição é a perda da ação atribuída a um direito e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso delas, durante um determinado espaço de tempo. [...] CAMARA LEAL prefere a primeira opinião e a sustenta mostrando que, historicamente, a prescrição foi introduzida no sistema pretoriano como exceção oposta ao exercício da ação, com o escopo de extinguir-lhe os efeitos, pois o direito podia sobreviver à extinção da ação.⁷

No Dicionário Aurélio, tem-se o termo prescrição como sendo:

s.f. **1.** Ato ou efeito de prescrever. **2.** Ordem expressa e formal. **3.** Preceito, regra. **4.** *Jur.* Perda dum direito pelo não uso dele durante determinado tempo. **5.** *Jur.* Extinção da punibilidade de criminoso ou contraventor por não ter o Estado agido contra ele no tempo legal. **6.** Instrução escrita relativa a preparo e ministração de remédio e/ou outras medidas integrantes de tratamento. [Pl.: -ções].⁸

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello ensina ser a prescrição:

[...] instituto concebido em favor da estabilidade e segurança jurídicas (objetivo este também compartilhado pela decadência), é segundo entendimento que acolhemos [...], a perda da *ação judicial*, vale dizer, do *meio de defesa de uma pretensão jurídica*, pela exaustão do prazo legalmente previsto para utilizá-la.⁹

Discorrendo sobre a prescrição, Maria Helena Diniz ensina que:

⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Ed. Saraiva: São Paulo, v.1, 1998. disponível em:< <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3070&p=1>>. Acesso em: 10 maio 2010.

⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Século XXI Escolar: o MINIDICIONÁRIO DA Língua Portuguesa**. Coordenação de edição, Margarida dos Anjos, Maria Baird Ferreira; lexicografia Maria dos Anjos... [et al.] 4. ed. rev. ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p. 554.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21.ed., São Paulo: Melhoramentos, 2006. p. 995.

Esse instituto foi criado como medida de ordem pública para proporcionar segurança às relações jurídicas, que seriam comprometidas diante da instabilidade oriunda do fato de se possibilitar o exercício da ação por prazo indeterminado. Constitui-se como uma pena para o negligente, que deixa de exercer seu direito de ação, dentro de certo prazo, ante uma pretensão resistida.¹⁰

A prescrição vista de forma mais simples e baseando-se nas exposições já apresentadas, é a extinção do direito de ação em razão da inércia do titular do direito envolvido, em virtude de ter transcorrido determinado lapso temporal. O efeito da extinção é sobre a ação e não propriamente sobre o direito. Porém, o direito não terá nenhuma eficácia real, vez que o mesmo não poderá ser alcançado.

1.1.2 O Erário

Outro ponto que se precisa entender melhor, para compreender o tema proposto neste trabalho é a questão do erário e a sua definição, que inicialmente há que se destacar, apenas como ilustração, difere do entendimento de patrimônio público.

Tecnicamente, erário e patrimônio público não representam objetos idênticos, sendo este mais amplo do que aquele, abrangendo-o.

Para Pazzaglini Filho, fazendo uma distinção entre os dois termos:

Erário diz respeito ao econômico-financeiro, ao tesouro, ao fisco, enquanto patrimônio público é noção de espectro muito mais abrangente, sintetizadora não apenas do econômico, mas também do estético, do histórico, do turístico e do artístico.¹¹

Segundo a definição de erário encontrada no Dicionário Aurélio, tem-se que:

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. vol. 1 – Teoria Geral do Direito Civil. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 1996. p. 245.

¹¹ FILHO, Pazzaglini. **Improbidade Administrativa – Aspectos Jurídicos da defesa do Patrimônio Público**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 1999, p.75. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/12/12>>. Acesso em 20/02/2010

s.m. Fisco. Conjunto de órgãos da administração pública, incumbidos da arrecadação de tributos. Tesouro.¹²

Assim, vê-se que erário é o mesmo que tesouro ou fazenda pública. E em um conceito mais prático:

Entende-se por erário o conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira pertencentes ao Poder Público (*rectius*: União, Estados, Distrito Federal, Municípios, entidades da administração indireta e destinatários do dinheiro público previstos no art. 1º da Lei nº 8.429/92)¹³

No artigo 1º da Lei nº 8.429/92, o vocábulo “erário” é utilizado como substantivo designador das pessoas jurídicas que compõem a administração direta e indireta, contribuindo para identificação do sujeito passivo dos atos de improbidade, podendo ser enquadradas sob tal epígrafe as entidades para as quais o “erário” tenha contribuído para a formação do patrimônio ou da receita anual.

1.2 Dano

Quando se fala em ressarcimento por dano causado ao erário é necessário também que se conceitue o referido termo.

A palavra dano deriva do latim *damnum*, genericamente, significa todo mal ou ofensa que uma pessoa tenha causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo ao seu patrimônio. Possui, assim, o sentido econômico de diminuição ocorrida ao patrimônio de alguém, por ato ou fato estranho à sua vontade.

¹² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Século XXI Escolar: o MINIDICIONÁRIO DA Língua Portuguesa**. Coordenação de edição, Margarida dos Anjos, Maria Baird Ferreira; lexicografia Maria dos Anjos... [et al.] 4. ed. rev. ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p. 277.

¹³ GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3 ed. Rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 261.

Com este estudo identifica-se dois tipos de dano que o ente público pode sofrer, a saber, comum a todas as pessoas jurídicas: o dano patrimonial e o dano moral.

1.2.1 Dano Patrimonial

Dano patrimonial, de maneira mais geral, é aquele que atinge os bens que compõem o patrimônio de uma pessoa, física ou jurídica, cuja avaliação em dinheiro é sempre possível.

Os bens que compõem este patrimônio são considerados de uma maneira geral, sem restrições, sendo que, porém, devem ser suscetíveis de avaliação pecuniária.

A doutrinadora Maria Helena Diniz, tratando sobre o tema, assim o define:

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão.

Para que haja pagamento da indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, fundados não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica.¹⁴

O dano patrimonial é a lesão concreta (e não só a ameaça de lesão), que afeta interesse relativo ao patrimônio do ente público, e consiste na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens, ou de um dos bens, que lhe pertencam.

A Lei nº 8.429/92, a já citada Lei de Improbidade Administrativa, define em seu artigo 10, quais atos praticados são considerados danosos ao erário, conforme se lê:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol.7. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 55.

[...]¹⁵

Os fatos tipificados nesse artigo e em seus quinze incisos (*vide* Lei nº. 8.429/92) não constituem crime no âmbito da referida lei. Muitas dessas condutas são de natureza criminal, assim definidos em outras lei, a exemplo do Código Penal.

Aquelas que não são consideradas crimes, têm, contudo, uma sanção, de natureza política ou civil, previstas na referida lei, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

Dentre as sanções cominadas, está o ressarcimento do dano, que será sempre cabível nas hipóteses da prática de atos que causem prejuízo ao erário.

Clama por maior atenção esta sanção específica pelo fato de que sempre que um administrador comete um ato de improbidade administrativa, ou viola algum dos princípios da administração ocorrerá um dano, seja ele patrimonial, quando atingir o erário seja ele moral.

1.2.2 Dano Moral

A Constituição Federal determina que o responsável pelo dano eventualmente constatado se obrigue ao ressarcimento ao erário. Aceita ainda, a reparação dos danos morais sem reservas, a qual, aliás, pode ser cumulativa à indenização por danos patrimoniais.

A Constituição Federal garante a indenização por dano moral sem fazer qualquer distinção entre pessoas físicas ou jurídicas. Essas podem ter atributos de reputação e conceito perante a sociedade atingida. Nesse sentido, pronunciou-se, inclusive, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça: “Cabível a ação de indenização, por dano moral, sofrido por pessoa jurídica, visto que a proteção dos atributos morais da personalidade não está reservada somente às pessoas físicas”.¹⁶

Tratando-se se pessoa jurídica de direito público, o dano moral decorre do princípio constitucional da moralidade, esculpido no artigo 37 da Constituição Federal. Os danos morais decorrentes de atos de improbidade administrativa são experimentados pela própria administração pública e, de maneira difusa, por toda a

¹⁵ Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

¹⁶ STJ – 3ª T. Resp. 58.660/7 – Rel. Waldemar Zveiter – j. 3.6.97 – RSTJ 103/173 e RT 747/221.

coletividade. Por isso, a doutrina moderna vem aceitando a reparação de danos morais difusos, causados a um número indeterminado de pessoas.

R. Limongi França (in RT 631/31) ensina que: "... o dano moral é aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa, física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos".¹⁷

O mesmo entendimento é esposado por Carlos Alberto Bittar:

Tem-se, portanto, que os danos morais podem ser suportados por todos os entes personalizados, ou mesmo não, diante da evolução ocorrida nesse campo com o reconhecimento de direitos de categorias, ou de grupos sociais, ou mesmo de coletividades.¹⁸

Segundo Maria Helena Diniz, "Dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo".¹⁹

As pessoas jurídicas de direito público e a coletividade, segundo Yussef Said Cahali, também são passíveis de indenização por dano moral:

Ora, se o indivíduo pode ser vítima de dano moral, não há por que não possa sê-lo a coletividade. Assim, pode-se afirmar que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção de fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.²⁰

A previsão de responsabilidade e o conseqüente ressarcimento está previsto no artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública, onde se lê: "Regem-se pelas disposições

¹⁷ LIMONGI FRANÇA, R. **Reparação do dano moral**. Revista dos Tribunais, vol. 631, p. 29-37, 1988. Disponível em: < http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1323&categoria=Responsabilidade%20Civil>. Acesso em: 10 maio 2010.

¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: RT, 1994, 2 ed., p.46

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol.7.São Paulo: Saraiva,1999. p. 81

²⁰ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: RT, 2 ed., p.347. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/12/12>>. Acesso em: 20 fev. 2010.

desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados(...)”.²¹

A própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, prevê que: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.²²

Quando a moralidade coletiva for lesionada, por prática de improbidade administrativa, que também causou prejuízos de ordem material, mostra-se totalmente possível a cumulação de pedidos feita em ação civil pública, que vise ao ressarcimento desses danos patrimoniais e morais, e ainda das demais sanções da Lei de Improbidade, se cabíveis, por óbvio.

²¹ Lei Federal nº. 7347, de 24 de julho de 1985.

²² grifamos

2. OS MEIOS DE PROTEÇÃO DO ERÁRIO

Para a proteção de direitos difusos ou coletivos tem-se a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo. Todos fogem aos esquemas tradicionais do direito de ação estruturados para proteger o direito subjetivo, o direito individual.

Discorrendo sobre o tema Maria Sylvia Zanella di Pietro, nos ensina que:

Nas três hipóteses os que se protege são os interesses metaindividuais, os chamados **interesses públicos**, que abrangem várias modalidades: o **interesse geral**, afeto a toda a sociedade; o **interesse difuso**, pertinente a um grupo de pessoas caracterizadas pela indeterminação e indivisibilidade; e os **interesses coletivos**, que dizem respeito a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis.²³

Fazendo uma competente distinção entre os instrumentos citados, a autora continua:

A proteção do patrimônio Público (considerado em sentido amplo, para abranger o econômico, o turístico, o estético, o paisagístico) pode ser do interesse geral ou pode ser de um grupo apenas e se faz por meio da ação popular ou da **ação civil pública**, nitidamente distinguíveis pela legitimidade ativa e passiva (cf.item 17.5.4.6.2).

A proteção do interesse coletivo, pertinente a uma coletividade determinada, é feita por meio de mandado de segurança coletivo.²⁴

Isto posto, ater-se-á principalmente às duas ações citadas, de modo a entender certas distinções existentes entre elas, definindo as suas finalidades comuns, entre as quais, a proteção ao erário, fazendo um paralelo ainda com a ação de improbidade, advinda da própria lei nº 8.429/92.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.758.

²⁴ Idem

2.1 Ação Popular, Ação Civil Pública e o Ressarcimento

Prevista no artigo 5º, inciso LXXIII e disciplinada pela Lei nº 4.717/65, a Lei de Ação Popular, vem desempenhando importante papel no resguardo do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.

Dotada também de previsão constitucional, mais precisamente no artigo 129, inciso III, a Ação Civil Pública que é disciplinada pela Lei nº 7.347/85 veio aprimorar o sentido de proteção iniciado pela Ação Popular. Ambas possuem como característica principal a proteção de interesses difusos.

Alguns aspectos facilitam a distinção entre as duas ações, entre os quais merece destaque, é o relativo à legitimação ativa: somente o cidadão está habilitado ao exercício da ação popular, diferente da ação civil, em que entre os legitimados este não aparece. Outro ponto diz respeito ao objeto das ações: a ação popular, embora de índole desconstitutiva-condenatória, não comporta obrigação de fazer ou não-fazer, limitação que não se verifica na ação civil pública.

Visto tais aspectos, nada impede que o cidadão busque através de ação popular, a anulação de ato lesivo ao patrimônio público e a conseqüente condenação do réu ao ressarcimento do dano. O único impedimento é que através da referida ação não se é admitida a aplicação das sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o poder público ou receber incentivos fiscais ou creditícios), que para tal dependeriam do ajuizamento de ação civil pública, no caso pelos legitimados do artigo 5º da lei de Ação Civil Pública e 17 da Lei de Improbidade. Porém em ambas, há coincidência de pedido em relação à condenação do réu no ressarcimento ao erário.

2.2 Ação de Improbidade Administrativa

Com a edição da Lei de Improbidade, lei nº 8.429/92, deparou-se com uma nova modalidade de ação, estranha às já conhecidas ação popular e ação civil pública, já expostas no presente trabalho.

Essa nova modalidade de ação, inaugurada pela referida lei, em primeiro momento parece não ter natureza penal. No entanto, esta não é a interpretação mais conforme com a nossa Constituição Federal que, em seu art. 37, § 4º, dispõe:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e na graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.²⁵

Ora, a ressalva do cabimento de ação penal para o caso não deixa dúvida de que a ação de improbidade administrativa escapa e esse caráter, tendo natureza extrapenal.

Raimilan Seneterri da Silva Rodrigues, em estudo sobre o tema explana que:

Como é cediço, a taxonomia clássica das ações não admite um tal caráter penal para ações cíveis, como se fosse uma zona cinzenta. Ou entender-se-á a ação por improbidade administrativa como cível ou como penal. Ou será julgada pela justiça cível ou penal.

Além disso, a simples gravidade das sanções previstas na lei, não é suficiente para ceder caráter penal a ação alguma.[...]

Porém, mesmo admitindo a natureza cível da ação por improbidade administrativa, registra a doutrina opiniões contrárias no que concerne ao seu enquadramento como ação civil pública ou como uma outra ação específica. Apesar da discussão ser de fundamental relevo, uma vez que tal definição traz importantes conseqüências, inclusive para o tema da competência, poucos autores cedem espaço à discussão do tema com a devida profundidade.²⁶

Portanto há uma discussão doutrinária a respeito da co-existência da ação civil pública e a ação de improbidade no caso concreto. Ainda sobre o tema continua o autor:

[...] pensamos ser o entendimento que postula a inadmissibilidade de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, em verdade, decorrente de uma falsa compreensão da verdadeira ontologia do instituto. Assiste

²⁵ Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.

²⁶ RODRIGUES, Raimilan Seneterri da Silva. Ação de improbidade administrativa: competência e prerrogativa de foro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3938>>. Acesso em: 12 maio 2010.

razão à teoria filosófica francesa ao afirmar que *il y a le nom, il y a le chose*. Em verdade, a denominação de ação civil pública ou de ação de improbidade administrativa carece de maior importância teórica. Sabemos, inclusive, que em todo o território nacional tem sido propostas essas ações sob a denominação de "ação civil civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa" ou denominações semelhantes, não trazendo menção expressa de que se trata de ação civil pública. Em verdade, o que realmente importa é a finalidade última do instituto que, de fato, tem por escopo a tutela de interesses difusos e coletivos, ainda que relativamente ao erário público, como já se disse acima, ou à moralidade administrativa. E para tanto, a ação civil pública é o instrumento, por excelência, absolutamente admissível.²⁷

Dessa forma vê-se que as especificidades trazidas pela Lei de Improbidade, nada mais são do que uma forma de adequar a ação civil pública ao objeto do litígio, qual seja: a condenação do agente ímprobo, ressarcimento ao erário público, moralização da administração pública, entre outros pontos de proteção da moralidade e do patrimônio público.

Ainda sobre o tema o autor esclarece:

É na tentativa de adequação da ação civil pública ao direito e interesse em jogo no processo que, em alguns momentos, a Lei de Improbidade Administrativa amplia o objeto da ação (civil pública), pelo que admite formas de condenação diversas daquelas que trazem a Lei de Ação Civil Pública (suspensão de direitos políticos, proibição de contratar como o poder público, destinação da condenação à pessoa jurídica interessada), em outros momentos, reduz a legitimidade apenas ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada. Não é por outro motivo também que estabelece como rito da ação o ordinário, inadmite a transação bem como traz outras especificidades de que tratam a MP 2.225-45/01.

Além disso, pensamos que, se a intenção do constituinte fosse prever uma modalidade diversa de ação de improbidade administrativa, o teria feito expressamente na Constituição Federal. É que em diversos pontos do texto há referências expressas à possibilidade de propositura de ações judiciais por ato de improbidade administrativa (arts. 14, § 9º e 37, §, da Constituição Federal). No entanto, no art. 129, da mesma Constituição Federal, que dispõe acerca das funções institucionais do Ministério Público não traz a hipótese de propositura de uma ação *autônoma por improbidade administrativa*, mas apenas trata da *ação civil pública*. É o texto do art. 129, II: "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." Daí é que não nos resta dúvida de que a intenção do legislador constituinte foi, em verdade, prever a ação civil pública como instrumento idôneo, outrossim, para a aplicação das cominações a que dão ensejo a prática do ato ímprobo.²⁸

²⁷ Idem

²⁸ Ibidem

Dessa forma, há que se considerar os principais objetivos da ação civil pública baseada na lei de improbidade: a prevenção, a reparação e o ressarcimento dos danos causados ao erário.

Quando for possível evitar-se o dano, o aspecto preventivo é o único objetivo almejado pela Lei de Ação Civil Pública, sendo os demais, portanto, meramente subsidiários. A reparação do dano apenas surgirá como objetivo da lei nas hipóteses em que os mecanismos de prevenção se tenham mostrado insuficientes.

O aspecto ressarcitório, por seu turno, é o último dos objetivos da lei. Somente haveremos de falar em indenização quando a função preventiva tenha sido ineficaz e o dano venha a ser considerado tecnicamente irreparável.

3. A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO

Vistos os principais pontos que envolvem o tema, é momento de se tratar do mesmo especificamente.

Viu-se até aqui que a prescrição é fator imprescindível para a harmonia das relações sociais atuando como elemento impeditivo do avanço de uma instabilidade generalizada.

O emprego desse instituto é generalizado, estando presente nos mais variados ramos do direito. Para o nosso estudo, interessa dois pontos: o artigo 37, §5º, da Constituição Federal e o artigo 23 da Lei de improbidade, Lei nº 8.429/92.

Como já visto, o referido artigo da Constituição Federal, dispõe sobre caráter imprescritível das ações a serem ajuizadas em face de qualquer agente, visando o ressarcimento de danos causados ao erário. Portanto somente as demais sanções previstas na lei de improbidade, sofrerão a ação do tempo.

Em relação ao artigo 23, da referida lei infra-constitucional, conclui-se que ele é inaplicável em relação às ações de ressarcimento ao erário.

Nesse sentido, ensina a doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro:

São, contudo, imprescritíveis, as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor ou não, conforme 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.²⁹

Também nesse sentido é o ensinamento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ressalte-se, todavia, que por força do artigo 37, § 5º, da Constituição, são imprescritíveis as ações de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário.³⁰

²⁹ Ob. Cit. p.789/790.

³⁰ Ob. Cit. p. 1005.

3.1 A Prescrição no artigo 23 da Lei de Improbidade

Apesar de se tratar da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, é necessário abordarmos a parte do artigo 23 que não conflita com o dispositivo constitucional já mencionado, sofrendo desta maneira a ação do tempo.

Conforme o artigo 23 da Lei de Improbidade:

Art. 23 - As ações destinadas a levar a efeito 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 do exercício de cargo efetivo ou emprego.³¹

O artigo em estudo apresenta os prazos prescricionais próprios de improbidade administrativa. Para os agentes públicos que exercem mandatos, cargos em comissão ou de confiança, as sanções da lei prescreverão em cinco anos após o término do mandato. Essa é a regra disposta no inciso I da referida lei.

O inciso II trata dos agentes públicos que exercem cargos efetivos ou emprego, sendo que para estes, o prazo prescricional será o mesmo previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

Se o ato de improbidade administrativa resultar prejuízo para o erário ou para o patrimônio público será necessário o ressarcimento do dano, como forma de recompor o patrimônio lesado. Conforme dito alhures, a prescrição da ação de improbidade está disciplinada no artigo 23, em seus incisos I e II. Cabe, no entanto, ressaltar que, em se tratando de ações de ressarcimento de danos causados por agente público, seja ele servidor ou não, não correrá a prescrição, em face do disposto no artigo 37, § 5º da Constituição Federal.

³¹ Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

3.2 Conflito de Normas

Toda norma está ligada à idéia de como se deve proceder para atingir determinada finalidade. As normas jurídicas, como regras de conduta e de organização que são, prescrevem a maneira de agir de cada indivíduo, de modo que se consiga estabelecer harmonia, ordem e segurança na sociedade.

São normas éticas predominantemente de imperativo hipotético, ou seja, cujos comandos se aplicam apenas às hipóteses previstas nas mesmas. Foi Hans Kelsen quem estabeleceu a idéia do denominado ordenamento jurídico piramidal, estruturado em diversos escalões hierárquicos, como que constituindo uma verdadeira pirâmide.³²

A lei que ocupa o vértice da pirâmide, denominada Lei Fundamental ou lei fundante, é a Constituição Federal. Abaixo dela, surgem, então, em diferentes graus hierárquicos as chamadas leis fundadas. Lei fundante é a que estabelece os princípios e comandos gerais. As Leis fundadas devem-lhe obediência. Elas não podem dispor em sentido contrário ao que tenha sido preceituado pela lei fundante, sob pena de serem invalidadas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a lei fundante é a Constituição Federal, surge aqui o aspecto da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis. A constitucionalidade das leis é a total obediência destas aos dispositivos e princípios contidos na Constituição Federal. Na condição de norteadora das demais leis, obviamente que seus preceitos não de ser rigorosamente respeitados. Nenhuma Lei Fundada deverá dispor em sentido contrário ou diverso da Constituição Federal, sob pena de ser declarada a sua inconstitucionalidade.

José Afonso da Silva, ao discorrer sobre a supremacia da Constituição Federal, explica que:

Nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

³² Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/juídica/article/view/12/12>>. Acesso em 12 mar.2010

Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se conformarem com as normas da Constituição Federal.³³

E mais à frente continua o mesmo autor: “O dispositivo que integra a Constituição tem supremacia sobre toda e qualquer outra norma jurídica – lei ou ato administrativo – do sistema jurídico de que faz parte”.³⁴

Assim, não resta dúvidas de que a norma constitucional está acima de todas as outras, que lhe devem obediência, sendo, portanto, hierarquicamente superior.

As normas infraconstitucionais, no caso em tela a Lei de Improbidade, por sua vez, como o próprio nome já diz, estão hierarquicamente abaixo da Constituição Federal. As leis ordinárias são assim, leis infraconstitucionais, pois encontram-se abaixo da Constituição e devem obedecer seus preceitos.

De fato, se a Constituição está acima de todas as normas vigentes, as demais normas, chamadas de infraconstitucionais, por sua posição de inferioridade frente à Constituição Federal, deverão ter com ela compatibilidade absoluta, ou seja, deverão ter uma adequação perfeita, não existindo dispositivos que contrariem no todo ou em parte qualquer mandamento constitucional.

3.3 O Prazo Prescricional

Diante de todo o exposto acima, a interpretação do artigo 23, I da Lei 8.429/92, é apenas uma:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito 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,³⁵

³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 1998. p.48.) Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/12/12>>. Acesso em 12 mar. 2010.

³⁴ Idem

³⁵ Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992..

O artigo 23 apresenta prazos prescricionais próprios de improbidade administrativa. Para os agentes exercentes de mandatos, cargos em comissão ou função de confiança, as sanções da lei prescrevem em cinco anos a partir do término da investidura.

Por sua vez, o Texto Constitucional estatui que: “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”.³⁶

Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior ensinam que:

O texto constitucional, pois, ao excepcionar as ações de ressarcimento em relação à regra geral de prescrição, tornou imprescritíveis tais ações contra agentes públicos que, ilicitamente, geraram lesão ao patrimônio público. Já o art. 23 estatui o prazo prescricional de cinco (5) anos para o exercício do direito de ação nela fundada contra agentes públicos eleitos, comissionados e ocupantes de cargos de confiança, a partir do término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou em função de confiança. Como não pode, pena de inconstitucionalidade, recusar validade à norma contida no Texto Maior, o único entendimento que se pode retirar da lei em questão é que, o prazo prescricional que estabelece, pertine com as demais sanções estipuladas em seu contexto e não com o ressarcimento dos danos. Quanto a este, ainda que se trate de agente eleito, comissionado ou detentor de cargo de confiança, o lapso prescricional não incide.³⁷

Wallace Paiva Martins Júnior explana em sua obra: “A prescrição não se aplica às penalidades previstas na lei que objetivam a reparação do dano material e moral (perda dos bens ilicitamente acrescidos, ressarcimento do dano e pagamento de multa civil).³⁸

A reparação de danos morais concretizada pela multa civil prevista na Lei Federal n. 8.429/92 deve ser pleiteada com observância da prescrição regulada no art. 23, porque somente é imprescritível o ressarcimento por danos materiais. Entretanto, não procede a distinção: a imprescritibilidade prevista no art. 37, §5º, da Constituição Federal atinge tanto os danos materiais como os morais, apesar de não

³⁶ Constituição Federal de 1988, artigo 37, § 5º.

³⁷ FILHO, Marino Pazzaglini; ROSA, Márcio Fernando Elias; e JÚNIOR, Waldo Fazzio. **Improbidade Administrativa – aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 1999, p.213.

³⁸ JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.291.

haver exceção no corpo do art. 23, interpretação que se ajusta com a abolição da vetusta discussão acerca da reparabilidade (cumulada) do dano moral e material produzida pelo art. 5º, V e X, da Constituição Federal. Da mesma forma, constituindo forma de ressarcimento do dano moral sofrido pela Administração Pública, independentemente do ressarcimento do dano patrimonial, a perda de bens também é sanção imprescritível, a teor do art. 37, §5º, da Constituição Federal, sem que se possa aventar proteção jurídica derivada do ato ilícito.

O art. 37, § 5º, da Constituição Federal ressalva da prescrição a pretensão de ressarcimento dos danos causados ao erário consagrando a regra da imprescritibilidade do ressarcimento do dano do ato ilícito praticado em detrimento do patrimônio público.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já debateu se o prazo de prescrição da ação de reparação de danos causados ao erário seria ou não aquele do artigo 23, I, da Lei nº 8.429/92. Eis o teor da ementa:

Ementa: Atos de Improbidade Administrativa – Prejuízos ao Erário Público – Prescrição – Lei n. 8.429/92 – Artigo 37, §5º, da CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ‘A prescrição aludida no art. 23, inciso I, da Lei n.8.429/92, editada por disposição do art. 37, §5º, da CONSTITUIÇÃO FEDERAL, refere-se à ação para a perda da função e suspensão dos direitos políticos, eis que o mencionado §5º, *in fine*, do art. 37 da CONSTITUIÇÃO FEDERAL ressalvou ‘as respectivas ações de ressarcimento’. ‘Embargos infringentes n. 98.889/9 na Apelação Cível n. 77.469/7- Comarca de Bom Sucesso – Embargante – Ministério Público do Estado de Minas Gerais – Embargado: Guido Dirceu Reis – Relator: Exmº Sr. Dês. *Orlando Carvalho*’. ‘Acórdão Vistos etc., acorda a Primeira Câmara Cível do tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, em acolher os Embargos, vencido o 1º Vogal. Belo Horizonte, 21 de outubro de 1997. Des, Orlando Carvalho – Presidente e Relator.³⁹

Assim sendo, não resta dúvidas, pois, que a ação civil pública que seja intentada com o objetivo de ressarcir o Estado de danos que lhe foram causados por seus agentes no exercício de suas funções não prescrevem, podendo ser ajuizadas a qualquer tempo a contar da ocorrência do dano.

³⁹ Disponível em: <www.tjmg.jus.br/juridico/.../inteiro_teor.jsp?> Acesso em: 12 mar. 2010.

3.4 Posicionamento Contrário

Analisando a questão da imprescritibilidade frente ao princípio da isonomia como garantia constitucional tem-se o seguinte questionamento:

Até onde é possível estender *ad aeternum* um prazo prescricional sem ofender as demais normas (princípios e regras) do ordenamento jurídico brasileiro?

O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento, entendeu que as ações de ressarcimento ao erário por danos decorrentes de atos de improbidade administrativa são imprescritíveis. A conclusão foi da Segunda Turma durante o julgamento do recurso especial n. 1.069.779.⁴⁰

O relator, Ministro Herman Benjamin, concluiu que o artigo 23 da Lei de Improbidade, que prevê prazo prescricional de cinco anos, se aplica apenas à primeira parte do § 5º, art. 37 da Constituição Federal.

Dessa forma, decidiu o ministro que o prazo de cinco anos diria respeito apenas à aplicação das penalidades (suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e proibição de contratar com o Poder Público), não se aplicando aos casos em que haja necessidade de pleitear o ressarcimento dos danos causados ao erário.

Flávio Freire de Oliveira, discorrendo sobre o julgamento, diz que:

O Ministro destacou a efetividade do princípio da moralidade administrativa e a impossibilidade de se dar aos prazos prescricionais, nas ações de ressarcimento por atos de improbidade administrativa, a lógica da "vala comum" dos prazos prescricionais que tomam por base conflitos individuais de natureza privada.⁴¹

É certo que quando a Lei de Improbidade Administrativa regulou o § 4º, do art. 37 da Constituição Federal estabelecendo o prazo prescricional de cinco anos, o legislador não fez distinção entre as sanções por ele abrangidas. Pelo contrário, o

⁴⁰ STJ. Recurso especial n. 1.069.779. Rel. Min. Herman Benjamin. 2ª Turma. Julgado em 18/09/2008.

⁴¹ Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/16565/16129>>. Consulta em 12 maio 2010

caput do art. 23 deixa claro que todas as sanções previstas na lei sofrem a influência do quinquênio prescricional, conforme visto anteriormente.

Ainda sobre o tema continua o autor:

Lado outro, no plano constitucional, cogitar em imprescritibilidade em semelhante caso é difundir a insegurança nas relações sociais, premiando a desídia dos legitimados ativos à persecução do ilícito e, acima de tudo, ofender os princípios jurídicos, notadamente o da isonomia, como garantia da igualdade também aos sujeitos processuais (art. 5º da Constituição Federal e art. 125, I, do Código de Processo Civil).⁴²

Com a positivação de vários princípios pela Constituição Federal de 1988, houve uma crescente preocupação com o erário, bem como com a adoção de mecanismos tendentes a protegê-lo. Mas isso não significa que outros princípios igualmente positivados no texto constitucional resem ignorem, como é o caso do princípio da isonomia.

O Estado, em seu papel de criador das leis, as quais estão sujeitas a critérios de interesses políticos, não pode ultrapassar a barreira da razoabilidade, sob pena de propiciar verdadeiros privilégios a determinadas categorias, o que denotaria a inobservância do princípio da isonomia e, por consequência, a inconstitucionalidade desta legislação.

O problema surge quando é o próprio Estado o detentor do privilégio. Uma reflexão sobre a questão poderia trazer à tona o estudo mais aprofundado – o que aqui não se pretende – sobre o traço de legitimidade que fundamenta determinado fator discriminatório de uma norma, *in casu*, o § 5º, art. 37 da Constituição Federal de 1988.

É certo que o Estado (erário) é detentor de prerrogativas em face às demais pessoas, bem como há direitos que, por seu interesse coletivo e social, não estão sujeitos à prescrição, já que se encontra ausente sua natureza patrimonial, como é o caso dos direitos de personalidade e aqueles inerentes ao estado da pessoa.

Entretanto, inserir dentre os direitos imprescritíveis o ressarcimento do dano ao erário, de cunho eminentemente patrimonial, é ignorar a interpretação sistemática

⁴² idem

do ordenamento jurídico, especificamente da Constituição Federal. Constituição não é texto.

A justiça que reclama tratamento igual para os iguais pressupõe tratamento desigual dos desiguais. O princípio da isonomia, portanto, deve ser considerado e, até mesmo, confrontado com a norma também constitucional inserida no § 5º, art. 37, uma vez que o erário, na qualidade de sujeito passivo em uma ação de reparação de danos (material ou moral), é resguardado por normas (Decreto n. 20.910/32 e Decreto-lei n. 4.597/42) que garantem o *dies ad quem* para o exercício do efetivo direito de ação.

Essas considerações têm o propósito de fazer uma crítica ao modo como se interpretam referidos dispositivos legais e constitucionais, merecedores, talvez, de uma reflexão mais aprofundada dos operadores do Direito sobre o tema, a fim de não subjugarem princípios constitucionalmente positivados, como é o caso do princípio da isonomia.

Não se nega o caráter imprescritível de alguns direitos, conforme já mencionados, nem que o Estado possui certas prerrogativas (questionáveis ou não) em detrimento dos administrados. Entretanto, alargar esse leque ao arripio do princípio da isonomia é quebrar a segurança (ainda que não haja segurança absoluta) e dar ensejo a uma instabilidade generalizada, deixando ainda mais distante o tão almejado sonho de tratar com igualdade os iguais e com desigualdade os desiguais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o estudo feito, conclui-se que em relação às ações de ressarcimento ao erário, a mesma não sofre os efeitos do tempo, ocorrendo a sua imprescritibilidade, nos termos do § 5º, do Art. 37, da Constituição Federal de 1988.

Pela hierarquia das normas, em relação ao instituto da prescrição, o disposto na Constituição vai de encontro à Lei de Improbidade, de modo que o mesmo se sobressai, dando o caráter de imprescritível à ação.

Entende-se do estudo ainda, que a Ação de Improbidade, na parte que trata de outras ações lesivas ao patrimônio, continua sujeita aos prazos prescricionais estabelecidos no art. 23 da Lei nº. 8429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

Portanto, ao final, sobressai o entendimento da maioria dos estudiosos de que, por força da Constituição, as ações de ressarcimento de danos causados ao erário são imprescritíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., Rev. e atual, São Paulo: Malheiros, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: RT, 1994, 2 ed., p.46.

CAHALI, Yussef Said. Dano moral. São Paulo: RT, 2 ed., p.347

CARVALHO, L.; Henriques Filho, T.. A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA ATO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. Intertem@s ISSN 1677-1281, América do Norte, 329 04 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/12/12>>. Acesso em 12 mar. 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro.vol. 1 – Teoria Geral do Direito Civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 245.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio Século XXI Escolar: o MINIDICIONÁRIO DA Língua Portuguesa. Coordenação de edição, Margarida dos Anjos, Maria Baird Ferreira; lexicografia Maria dos Anjos... [et al.] 4. ed. rev. ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p. 554.

FIGUEIREDO. Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 8 ed. Rev. Ampl. e Atual. São Paulo: Melhoramentos, 2006

FILHO. José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. Rev. ampl. e atual. 13.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

FILHO, Marino Pazzaglini; ROSA, Márcio Fernando Elias; e JÚNIOR, Waldo Fazzio. Improbidade Administrativa – aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 4 ed., São Paulo: Atlas, 1999, p.213.

FILHO, Pazzaglini. Improbidade Administrativa – Aspectos Jurídicos da defesa do Patrimônio Público. 4 ed., São Paulo: Atlas, 1999, p.75.

GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 3 ed. Rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 261.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Ação de Improbidade Administrativa. Decadência e Prescrição. Interesse Público. Porto Alegre: Notadez, nº 33, Ano VII, 2005, p. 55-92.

JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. Probidade Administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001, p.291.

LIMONGI FRANÇA, R. Reparação do dano moral. Revista dos Tribunais, vol. 631, p. 29-37, 1988.

MELLO. Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 21 ed. Rev. e Atual. São Paulo: Melhoramentos, 2006

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 39. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 13. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.742.

OLIVEIRA, Flávio Freire de. A imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário por improbidade administrativa. O princípio da isonomia como garantia do processo constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1931, 14 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11849>>. Acesso em: 12 mar. 2008.

RODRIGUES, Raimilan Seneterri da Silva. Ação de improbidade administrativa: competência e prerrogativa de foro. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3938>>. Acesso em: 12 mar. 2008.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Ed. Saraiva: São Paulo, v.1, 1998. disponível em:< <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3070&p=1>>. Acesso em: 10 maio 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 1998. p.48.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A Constituição e o Supremo. 2 ed. Brasília: STF, 2009.

VADE MECUM/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

SÍTIOS PESQUISADOS:

<<http://www.dicionariodoaurelio.com>>

<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/12/12>>

<http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1323&categoria=Responsabilidade%20Civil>

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3938>>

<<http://www.stf.jus.br>>

<<http://www.stj.jus.br>>

<<http://www.tjmg.jus.br>>