XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

MARCOS LEITE GARCIA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

CLODOALDO MOREIRA DOS SANTOS JÚNIOR

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Marcos Leite Garcia

Lucas Gonçalves da Silva

Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-806-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, da UFG - Universidade Federal de Goiás que ocorreu nos dias 19, 20 e 21 de junho de 2019, em Goiânia, cujo tema foi: CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO INCLUSIVO

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I, coordenado pelos professores Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior, Lucas Gonçalves da Silva e Marcos Leite Garcia, foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1- (IN) EFICIÊNCIA DA REGULAÇÃO JURÍDICA SOBRE O PODER ECONÔMICO DAS EMPRESAS PATROCINADORAS QUE OBJETIVAM A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

2 - A (IM)POSSIBILIDADE DE REVISÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS

3 - A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE 3

4 - A AUTONOMIA COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA DIGNIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

5 - A HUMANIZAÇÃO DAS PENAS COMO CONQUISTA CIVILIZATÓRIA

6 - A PRESCRIÇÃO DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, EM RAZÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO PERPETUIDADE DA PENA

7 - A REFORMA TRABALHISTA E A TESE DA INDÚSTRIA DO DANO MORAL SOB A ÓTICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

8 - A SOLUÇÃO DE CONFLITOS CONSTITUCIONAIS ENTRE A LIBERDADE DE CRENÇA E DIREITO À VIDA: O CASO DOS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.

9 - A TUTELA JURÍDICA DA IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

10 - A VIOLAÇÃO DE DIREITOS DECORRENTE DE TESTES DE ORIENTAÇÃO SEXUAL

11 - ACESSIBILIDADE EM ESPAÇOS FÍSICOS: AVANÇOS, EXPECTATIVAS E UTOPIAS CONSIDERANDO AS DECLARAÇÕES CONSTITUCIONAIS HUMANÍSTICAS

12 - AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E O ACESSO À EDUCAÇÃO NO BRASIL.

13 - DO AGENTE POLÍTICO E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

14 - EDUCAÇÃO, DEMOCRACIA E LIBERDADE: UMA VISÃO LIBERAL E REPUBLICANA

15 - INCAPACIDADE BIOPSICOSSOCIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: UTOPIA OU NECESSIDADE?

16 - LEI 13.491/2017: UMA QUESTÃO DE RETROCESSO DEMOCRÁTICO, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE

17 - O AUMENTO DAS “FAKE NEWS” DURANTE A PROPAGANDA ELEITORAL E SUA POSSÍVEL INFLUÊNCIA NO RESULTADO DO PLEITO

18 - O DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS FORMAS DE MAXIMIZAR O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO ATO DO JUBILAMENTO DE ALUNOS NA EDUCAÇÃO SUPERIOR

19 - OS DIREITOS ESTABELECIDOS PELA LEI Nº 9.656/1998 E OS PRINCIPAIS ENTENDIMENTOS FIXADOS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

20 - OS LIMITES DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR

21 - RESTRIÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE DIANTE DE SUA FUNDAMENTALIDADE

22 - TUTELA DA LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE: RELAÇÕES ENTRE DIREITO E RELIGIÃO À LUZ DO CONCEITO DE LAICIDADE

23 - UMA ANÁLISE DOS DIREITOS À EDUCAÇÃO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I também proporcionou um entoado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior - UFG

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia - UNIVALI

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A PRESCRIÇÃO DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, EM RAZÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO PERPETUIDADE DA PENA

THE PRESCRIPTION OF REIMBURSEMENT TO THE PUBLIC TREASURY IN ACTIONS OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY, DUE TO THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF THE NON PERPETUITY OF SANCTION

Silverio De Oliveira Candido
Felipe Galego

Resumo

O presente artigo visa demonstrar, através da colisão dos princípios constitucionais da supremacia do interesse público e da limitação da pena, a aplicação da prescrição quinquenal em ações de ressarcimento por improbidade administrativa. O estudo, fundado na teoria de Rober Alexy, aborda a colisão de princípios, ressaltando que o princípio da limitação da pena assegura um direito fundamental: da proibição de pena de caráter perpétuo, mesmo na esfera civil. Ao final, conclui que pelo reconhecimento da prescrição do ressarcimento ao erário em ação de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Prescrição quinquenal, Ressarcimento ao erário, Supremacia do interesse público, Pena de caráter perpétuo, Improbidade administrativa

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to demonstrate, through the collision of the constitutional principles of the supremacy of the public interest and the limitation of the penalty, the application of the five - year prescription in actions of compensation for administrative improbity. The study, based on the theory of Rober Alexy, addresses the collision of principles, emphasizing that the principle of limitation of punishment ensures a fundamental right: from the prohibition of perpetual punishment, even in the civil sphere. In the end, it concludes that by the recognition of the prescription of the compensation to the treasury in action of administrative improbity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Five-year prescription, Reimbursement to the public treasury, A perpetual punishment, Administrative improbity ,

1 INTRODUÇÃO

Visando regulamentar o art. 37, § 4º, da Constituição da República foi editada a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), dispondo sobre os atos de improbidade administrativa e suas sanções.

O presente artigo visa analisar o equívoco da interpretação de imprescritibilidade do ressarcimento ao erário à luz do § 5º, do art. 37, da Constituição da República de 1988, apontando flagrante colisão entre o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da não perpetuidade da pena em afrontamento ao instituto da prescrição, frente às leis infraconstitucionais.

E, no intuito da persecução pela devolução aos cofres públicos dos prejuízos causados por ilícitos causados por agentes públicos e também a terceiros ímprobos que implicassem em dano ao erário, o constituinte remeteu à norma infraconstitucional, a definição dos prazos para prescrição dos ilícitos praticados, fazendo, contudo, ressalva com relação às ações de ressarcimento ao erário, conforme disposto no art. 37, § 5º da Carta Magna.

Instaurou-se, entretanto, controvérsia no campo jurídico, acerca da aplicação ou não da prescrição administrativa nas ações de ressarcimento, fundando-se em duas vertentes: a inaplicabilidade da prescrição, diante do princípio da supremacia do interesse público e o acatamento da prescrição, com base no princípio da segurança jurídica.

Saliente-se que não se pretende com este estudo afastar o direito do Estado em ver ressarcido aos cofres públicos os danos causados por agentes e servidores ímprobos. Pelo contrário, o que se pretende é demonstrar que o agente público ou o terceiro que cometa ato ilícito de improbidade ou se beneficie pela pratica de tais atos, causando danos ao erário, pode e deve ser instado a ressarcir ao erário. Contudo defende-se, que seja respeitado o princípio constitucional da não perpetuidade da pena, bem como respeitado o prazo prescricional trazido na Lei de Improbidade Administrativa.

Quanto ao direito de regresso pela administração pública, nos casos de ilícitos civis, cometidos por agentes públicos, houve uma mudança de paradigma na Suprema Corte, que, ao julgar o Recurso Extraordinário- RE-(669069)/MG, decidiu, em sede de repercussão geral, que há a prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário em razão de danos decorrentes de ilícitos civis praticados pelos agentes públicos.

Com o novo *decisum*, a ressalva compreendida na parte final do art. 37, § 5º da Constituição da República remonta à indagação acerca do tema pelo qual se pretende

enfrentar: a pretensão de ressarcimento por dano causado ao erário público por agente ímprobo nas ações de improbidade administrativa é também prescritível ou viola o princípio da não perpetuidade da pena?

Para responder ao questionamento, o estudo filiou-se na linha metodológica dogmático-jurídica, enfatizando conceitos, aspectos normativos e pesquisa bibliográfica acerca da prescrição do ressarcimento ao erário nas ações de improbidade administrativa, abordando, principalmente, doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho e de Roque Antônio Carraza.

Por se tratar de pesquisa teórica, o procedimento perfilhado para precisar as particularidades do tema será o estudo aprofundado de normas, doutrinas e de dados jurisprudenciais, com coletas de jurisprudências recentes acerca do tema, em decisões proferidas pelos tribunais pátrios e pelo Supremo Tribunal Federal. Desta feita, para o desenvolvimento do estudo, serão aplicados dados primários e secundários, quais sejam: legislação, doutrina, jurisprudência e artigos de revistas jurídicas, visando auferir acerca da incidência ou não do instituto da prescrição nas ações de improbidade administrativa que visam o ressarcimento ao erário, ajuizadas pelo Estado em razão de ilícitos praticados por agentes públicos ou por particulares, diante da colisão dos princípios da supremacia do interesse público e da não perpetuidade da pena, assegurados na Constituição da República.

2 DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A improbidade administrativa consegue ser entendida como toda e qualquer ação que agrida a moralidade pública, visando coibir a corrupção no âmbito da administração pública.

Partindo do ponto de vista semântico, improbidade é falta de probidade, mau caráter, desonestidade, conforme se depreende do dicionário Aurélio (FERREIRA, 1996, p.925).

De acordo com Nicolau Maquiavel, citado por Figueiras "[...] corrupção é o fenômeno segundo o qual os homens são incapazes de canalizar suas energias na construção do bem, colocando suas exclusivas vantagens privadas acima do bem comum da comunidade"(MAQUIAVEL *apud* FILGUEIRAS, 2003, p.14)

A Constituição de 1988 estabeleceu no art. 37, *caput,* a moralidade como princípio apropriado à Administração Pública. O referido artigo ordena que "[...] 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." (BRASIL, 1988)

Vê-se que a moralidade administrativa visa impedir que os agentes públicos se desvirtuem das finalidades do Estado. Diante disso, tem-se que o cumprimento da norma jurídica pelo agente público só será válido se vinculado aos valores em que a referida norma se funda.

E os destaques conferidos pela Constituição da República de 1988 aos princípios da administração pública, em especial aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, visaram proteger o patrimônio público, fato este bem destacado, quando os constituintes de 1988, prevendo consequências aos agentes públicos pelos atos de improbidade administrativa, porventura cometidos, determinando ao Poder Legislativo a criação de uma lei infraconstitucional visando regular a matéria.

De fato, o dever de probidade, decorrente do princípio da moralidade, foi abrigado na Constituição da República de 1988, em seu artigo 37, §4º, que assim dispõe:

> Art. 37 [...]
> § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 1988)

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429), de dois de junho de 1992, veio regulamentar o referido parágrafo, se tornando em uma das formas infraconstitucionais de guarida à moralidade e à probidade administrativa. Embora não seja a única, pois a proteção da probidade na administração pública não se esgota na lei em questão, existe ainda, na legislação penal, normas que definem crimes das condutas que violam a probidade administrativa, bem como existem normas administrativas que as elucidam como ilícito administrativo e, também, normas cíveis que prenunciam o ressarcimento.

Contudo, a Lei 8.492/92 não trouxe, especificamente, um conceito para a improbidade administrativa, distinguindo apenas três espécies de atos de improbidade, expostos na referida lei de maneira distinta, de acordo com os efeitos provocados para a Administração, quais sejam: atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito (art.9º), que causam prejuízos ao erário (art.10) e, finalmente, os que violam os princípios da Administração Pública (art.11). (BRASIL, 1982)

Acerca do conceito de improbidade administrativa, busca-se a lição de Fábio Medina Osório, quando assevera:

> "o conceito de improbidade administrativa está ligado a dois pilares fundamentais da ética pública na pós-modernidade: as noções de grave ineficiência funcional e grave

> desonestidade. Na raiz etimológica da expressão, reside a proteção da honra institucional no setor público, sendo que os fenômenos de má gestão pública remontam à Antiga Roma. De qualquer sorte, é na formação do Estado moderno que se consolidam pressupostos mais específicos relacionados à responsabilidade dos governantes, cujos vínculos com a sociedade demandam prestações de contas (como algo inerente à confiança)". (OSÓRIO, 2012)

Desta feita, a normatização dos atos de improbidade demonstra a preocupação do legislador constituinte em abrigar e tutelar o patrimônio público, isto é, com o efetivo cuidado com os princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público.

2.1 Do dever de ressarcir ao erário

Os agentes públicos, enquanto componentes da estrutura estatal, ao exercer suas funções públicas, as desempenham como representantes do próprio Estado, igualando as suas manifestações à idealização da própria vontade do organismo estatal. Quando estes agentes públicos ultrapassam ou atuam à margem do direito, causando danos ao erário, à coletividade ou a particulares, estes ilícitos praticados, sob o manto do poder público, inclusive com a participação de particulares, sejam por atos comissivos ou omissivos, ensejam o dever de ressarcir aos cofres públicos.

A Constituição da República de 1988 prevê em seu art. 37, § 5º 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" (BRASIL, 1988).

Em primeira análise, desprendida de qualquer interpretação mais apurada do artigo retro citado, verifica-se, que tratou o constituinte de preservar o direito ao ressarcimento ao erário, buscando desprender a prescrição das ações de ressarcimento, porventura propostas das demais ações, deixando a cargo do legislador infraconstitucional a oportunidade de estabelecer prazos variados conforme a natureza da sanção a ser imposta.

Com efeito, uma visão literal, vê-se nitidamente, da transcrição do dispositivo constitucional em discussão e trazido à apreciação, que o constituinte oportunizou ao Estado, *ad infinitum*, a possibilidade da persecução do ressarcimento por danos causados ao erário, importando em aplicação de sanção de caráter perpétuo, vedada pela própria Constituição e em agressão ao princípio da segurança jurídica, também assegurado na Carta Magna.

Vale dizer que a prescrição das sanções aplicáveis aos demais casos, que não de ressarcimento, ficariam a cargo de leis que regulamentassem o dispositivo do art. 37, § 5º da Constituição da República.

Para Odete Medauar, a Constituição da República garante a restituição ao erário decorrente de ilícito administrativo, mas aponta ressalvas:

> "na preservação ao patrimônio público, garante a lei fundamental o direito do Estado de obter a restituição ao erário público da importância despendida no ressarcimento da vítima pelo ilícito administrativo, porém, desde que comprovado, o dolo ou culpa do agente estatal (MEDAUAR,2006, p.360).

De fato, visando à proteção do patrimônio público, o constituinte positivou no texto constitucional, preceito de responsabilidade civil do Estado, conforme se extrai do artigo 37, § 6º, da Constituição da República de 1988, que dispõe: as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes públicos, nessa qualidade, causarem a terceiros (BRASIL,1988).

Nota-se que o controle da administração pública foi prestigiado pela Lei de Improbidade Administrativa - Lei 8.429/92, possibilitando a aplicação de sanções aos agentes públicos, e também a terceiros, que cometam atos ilícitos, caracterizados como atos de improbidade administrativa e, quando estes provocam danos a administração pública ou à coletividade, ensejam o dever de ressarcir ao erário.

Nos termos do art. 2º da Lei 8.429/92 "reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior (BRASIL,1992).

De se destacar que a responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, conforme disposto no artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa: "Art. 3° As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta". (BRASIL, 1992).

Ressalte-se que o particular ou o agente público no exercício de suas funções, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, podem causar danos ao patrimônio público de forma direta ou indireta. A forma direta do dano ocorrerá quando a própria Administração sofrer o

dano, por outro lado, ocorrerá dano na forma indireta nas hipóteses de dano causado a terceiro, que posteriormente busca a reparação junto à administração.

Nos ensinamentos de Fábio Medina Osório, a pretensão do ressarcimento ao erário está mais direcionada ao campo da responsabilidade civil, como afirma o autor:

> O ressarcimento ao Erário se aproxima mais da teoria da responsabilidade civil do que penal ou das sanções administrativas, pelo que não se submete ao conceito de sanção administrativa nos mesmos termos em que ocorre com outras medidas, até porque a obrigação de ressarcir é uma restituição ao estado anterior. Fora de dúvida, não se trata de uma sanção administrativa, mesmo que assim venha denominada na legislação pertinente (OSÓRIO, 2009).

Portanto, conforme disposto no art. 5º da Lei 8.492/92, caso ocorra lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente público ou de terceiro, desde que este tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo ou tenha agido em concorrência com o agente público para a prática do ato tido como ímprobo ou ainda, tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público, é devido o integral ressarcimento do dano (BRASIL,1992).

3 DA PRESCRIÇÃO

O instituto da prescrição vincula-se ao tempo, e assegura, de maneira sólida, a paz que deve reinar na vida social e também nas relações jurídicas.

Nos dizeres de Caio Mario da Silva Pereira "o tempo domina o homem, na vida biológica, na vida privada, na vida social e nas relações civis". (PEREIRA, 2014, p.569)

De fato, o tempo exerce enorme predomínio nas relações jurídicas estampadas no seio da sociedade, pois não se admite a eterna incerteza nas relações inerentes aos fenômenos individuais e subjetivos socialmente produzidos a que o direito confere licitude. A prescrição tem por fim exatamente poder conferir estabilidade a tais situações, pois transmite segurança e firmeza ao laço jurídico constituído entre os membros desta relação.

Caio Mário da Silva Pereira ressalta inda que "a prescrição é o modo pelo qual se extingue um direito (não apenas a ação) pela inércia do titular durante certo lapso de tempo". Como visto, o autor aponta que, com a prescrição, extingue-se um direito e não apenas uma ação, trazendo à tona possíveis discussões acerca da decadência e da prescrição. Mas é o próprio autor quem esclarece a distinção dos efeitos ou consequências operados pela prescrição e pela decadência, ao afirmar que:

> "No modo peculiar de operar, ou pelas conseqüências práticas, diferencia-se ainda a decadência da prescrição. O prazo desta interrompe-se pela propositura da ação conferida ao sujeito, recomeçando a correr de novo; o de caducidade é um requisito de exercício do direito, e, assim, uma vez ajuizada a ação, o tempo deixará de atuar no perecimento dele. A prescrição se interrompe por qualquer das causas legais incompatíveis com a inércia do sujeito, a decadência opera de maneira fatal, atingindo irremediavelmente o direito, se não for oportunamente exercido. A prescrição é instituída com fundamento em um motivo de ordem pública, mas no interesse privado do favorecido, e, por esta razão, somente pode ser pronunciada a seu requerimento; a decadência é criada não só por motivo, mas no interesse também da ordem pública, e pode ser decretada a requerimento do órgão do Ministério Público, e até ex officio." (PEREIRA, 2014, p.577)

Portanto, tanto a prescrição, como também a decadência, objetivam penalizar aqueles que se quedaram, se tornaram inertes, conforme o aforismo jurídico, *dormientibus non succurit jus*, e principalmente, assegurar a estabilidade das relações jurídicas. Destarte, a prescrição implica num sacrifício da justiça em prol da segurança jurídica, visando à finalidade do Estado, que, através da ordem jurídica, busca garantir a paz social.

3.1 Da prescrição da Fazenda Pública contra o particular

Numa interpretação literal do art. 37, § 5º, da Constituição de 1988, depara-se com a criação de regimes jurídicos distintos para a prescrição.

De fato, ao fazer a ressalva na parte final do referido artigo o constituinte previu a possibilidade de dois regimes de prescrição: um, para os casos de prescrição dos ilícitos praticados por agente, servidor ou não; outro visando o ressarcimento dos danos causados ao erário.

Vê-se, claramente, que o texto exposto no artigo deixou margem de interpretação, que leva a crer que a pretensão ao ressarcimento por danos causados ao erário, promovido por agentes, servidores ou não, seja prescritível, devendo ser remetida a uma análise da legislação infraconstitucional, uma vez que a Constituição da República não disciplinou a questão da prescrição com relação ao ressarcimento ao erário.

Com efeito, o constituinte quando quis estabelecer a imprescritibilidade na Carta da República, o fez expressamente, conforme se constata no artigo 5º, incisos XLII e XLIV e também no art. 231, § 4º da CR/1988. (BRASIL, 1988)

Vê-se que o constituinte ao tratar das hipóteses de imprescritibilidade na Constituição de 1988, o fez expressamente no texto constitucional, sem deixar qualquer dúvida de interpretação de normas.

Daí o entendimento de que se deve interpretar o § 5º, do art. 37, da Constituição de 1988, paralelamente com a interpretação da legislação infraconstitucional.

E é de bom alvitre destacar que a legislação infraconstitucional faz, expressamente, menção a prazos prescricionais para propositura de ações, estipulando prazos de cinco anos na Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/92, (art. 23, I) Lei de Ação Popular, Lei 4.717/65, (art. 21) e no Decreto 20.910/32, "Que regula a prescrição", recepcionado pela atual Carta Magna.

Ademais, o Código Civil Brasileiro de 2002, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, alterou consubstancialmente as regras acerca dos prazos prescricionais.

Com efeito, no artigo 205 do referido Código tem-se a regra geral dos prazos, sendo que, a prescrição ocorre em dez anos quando a lei não tenha fixado prazo menor, conforme dispõe: Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor." (BRASIL, 2002).

É importante observar que este é o prazo absoluto prescrição, não prazo maior. Nas hipóteses em que o Código Civil não tenha previsto outro prazo, o prazo mencionado vale para todos os casos de prescrição, de modo que, ou a lei impõe um prazo menor, ou a ação prescreve dentro do prazo de 10 anos conforme referido no art. 205 do referido diploma.

Como não há fixação de prazo para o ressarcimento ao erário, deveria, *ad argumentandum tantum*, prevalecer o prazo máximo de dez anos previsto no Código Civil Brasileiro.

Contudo, conforme ressaltado, a própria lei que define os atos de improbidade administrativa e aponta sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, Lei 8.429/92, estabelece em seu art. 23, inciso I, prazo prescricional de cinco anos para propositura de ação visando o ressarcimento ao erário (BRASIL, 1992).

Vale ressaltar que a prescrição qüinqüenal é aplicável tanto em favor da fazenda pública, quanto contra a mesma.

De fato, neste sentido, nos autos de Apelação Cível nº 1.0000.00.220663-9/000, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reconheceu a prescrição quinquenal contra o Estado, com base no Decreto 20.910/32:

> EMENTA: ADMINISTRATIVO - AÇÃO ANULATÓRIA DE PENALIDADE [...] PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL A FAVOR DO EX-SECRETÁRIO PUNIDO - SENTENÇA CONFIRMADA.[...] Quanto à PRESCRIÇÃO quinquenal é, sem dúvida, instituto da Teoria Geral do Direito que se aplica, tanto a favor do Poder Público, da forma regulada pelo Decreto nº 20.910/32, como contra ele.

> [...]porquanto envolve preclusivo decurso do tempo, quanto ao direito poderdo Estado de impor penalidade administrativa a ex-titular de um de seus órgãos (MINAS GERAIS, 2002).

Portanto, é incoerente a aplicação de prazo diverso ao de cinco anos assegurado tanto na Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/92, quanto na Lei de Ação Popular, Lei 4.717/65 e no Decreto 20.910/32, porque se privilegia o Estado, dando lhe poderes de atuar, "*ad infinitum*" ferindo-se princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, caput), da legalidade (art. 5º, II e art. 37, caput), da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI) e da não perpetuidade da pena (art. 5º, XLVII, "b"). (BRASIL, 1988)

3.2 Da prescrição do ressarcimento ao erário decorrente de ilícito civil

E diante desta incoerência retro apontada, embora tardiamente, inaugurou-se no Supremo Tribunal Federal um novo paradigma acerca da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário decorrente de ilícito civil, conforme ultrapassada interpretação literal do art. 37, § 5º da Constituição da República.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário - RE 669.069-MG, com reconhecimento de Repercussão Geral (Tema 666), pelo voto condutor do então ministro Teori Zavascki, entendeu, sustentando no princípio da segurança jurídica, que há a prescrição da ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil instaurando um novo paradigma, uma nova interpretação ao § 5º do art. 37 da Constituição de 1988. Na ementa daquele julgado, com voto condutor do Ministro ficou consignado que:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento.
>
> Ou seja, resta em suspenso o debate relativo à imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento oriundas de atos de improbidade e inerentes à persecução penal. Este assunto irá retornar ao Supremo, haja vista a quantidade imensa de reparações de dano inclusas nestas outras duas categorias (BRASIL, 2016).

Vale ressaltar, no julgado retro, o voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki abordando a interpretação sobre o alcance ilimitado da norma do art. 37, § xxx da Lex Fundamentalis:

> [...] não há dúvidas de que o fragmento final do § 5º do art. 37 da Constituição veicula, sob a forma da imprescritibilidade, uma ordem de bloqueio destinada a conter eventuais iniciativas legislativas displicentes com o patrimônio público. Esse sentido deve ser preservado. Todavia, não é adequado embutir na norma de

> imprescritibilidade um alcance ilimitado, ou limitado apenas pelo (a) conteúdo material da pretensão a ser exercida – o ressarcimento – ou (b) pela causa remota que deu origem ao desfalque no erário – um ato ilícito em sentido amplo. (BRASIL, 2016)

Neste sentido, o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao aplicar a prescrição do ressarcimento ao erário decorrente de ilícito civil:

> EMENTA: APELAÇÃO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. DANOS CAUSADOS A VEÍCULO OFICIAL CONDUZIDO POR SERVIDOR. ILÍCITO CIVIL. APLICAÇÃO DO DECRETO Nº 20.910/32. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.
> - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE n° 669.069/MG, analisou o alcance do disposto na parte final do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, fixando a seguinte tese: "É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil". [...]
> No caso, considerando que o Estado de Minas Gerais ajuizou a presente ação - objetivando o ressarcimento dos danos materiais causados a veículo oficial decorrentes de acidente de trânsito - após o transcurso de mais de cinco anos da data do evento danoso, impõe-se a manutenção da r. sentença que reconheceu o ocorrência da prescrição.
> - O procedimento administrativo, instaurado pela Administração Pública visando apurar eventuais responsabilidades, não tem o efeito de suspender o prazo prescricional. - Recurso não provido (MINAS GERAIS, 2019).

Vê-se que, com o posicionamento da Suprema Corte no julgado retro, instaurou-se um novo paradigma acerca da interpretação do art. 37, § 5º, acatando-se a prescrição do ressarcimento ao erário nas ações movidas pelo Estado, decorrentes de ilícitos civis, oportunizando o debate acerca da prescrição do ressarcimento ao erário, também nas ações de improbidade administrativa.

Entretanto, a Suprema Corte ao analisar o Recurso Extraordinário- RE 852.475/SP, que cuida pontualmente das pretensões de ressarcimento resultantes de atos de improbidade administrativa, numa decisão contraditória e divergente, por seis votos a cinco, entendeu, *a contrario sensu*, que o ressarcimento ao erário derivado de ações de improbidade é imprescritível.

No referido julgado, o Supremo Tribunal Federal num tom diverso ao paradigma instaurado no RE 669060/MG, quando acolheu a prescrição derivada de ilícito civil, adotou novamente seu entendimento acerca do ressarcimento ao erário, mantendo a decisão de imprescritibilidade.

No RE 852.475/MG destaca-se o voto vencido do Relator, Ministro Alexandre de Moraes, quando acertadamente, baseando-se seu voto sobretudo no princípio constitucional no devido processo legal, quando assegura:

> "O devido processo legal, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em restringir a liberdade ou a propriedade individual, entre elas, certamente, a estipulação de prazos fatais para o exercício das pretensões em juízo, na hipótese de improbidade administrativa." (BRASIL, 2019)

Na mesma esteira, o voto do Ministro Gilmar Mendes ao aduzir:

> "sendo a existência de prazo prescricional a regra e as hipóteses de imprescritibilidade a exceção, estando todas expressas na Constituição
> Federal, não me parece viável a ampliação do significado da norma contida no §5º do artigo 37 para abarcar nova hipótese de imprescritibilidade não prevista expressamente na norma." (BRASIL, 2019)

De fato a Constituição não deu interpretação de amplitude da norma, possibilitando ao intérprete que se aplique a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, conforme fora decidido pelo voto da maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Na linha pela imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, contrariando o entendimento firmado outrora no RE 669069./MG, o reverso no posicionamento fora inaugurado pelo Ministro Edson Fachin:

> "[...] se o § 5º estiver se referindo a outra lei, a outra lei deve tratar da forma e da gradação, e não da prescrição; a menos que "prescrição" seja espécie de gênero "gradação" ou do gênero "forma". Se não for, como de fato não me parece que é, portanto estou pedindo todas as vênias para manter o meu ponto de vista" (BRASIL, 2019)

Também, em posição pela imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, destaca-se o voto do Ministro Luiz Fux, quando assevera:

> "[...] numa ideologia de gestão da coisa pública, pelos princípios constitucionais da moralidade e do republicanismo, e mantendo a coerência e a estabilidade da jurisprudência que eu fiz prevalecer no Superior Tribunal de Justiça, eu entendo que, hoje em dia, não é consoante os princípios e a postura judicial do Supremo Tribunal Federal que danos decorrentes de crimes praticados contra Administração Pública e de atos de improbidade praticados contra a Administração Pública fiquem imunes da obrigação de ressarcimento." (BRASIL, 2019)

Vê-se que houve um retrocesso na decisão proferida pela Suprema Corte uma vez que a imprescritibilidade viola princípios constitucionais, conforme se demonstrará a seguir.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS AO DEBATE DA PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA

Acerca da conceituação de princípios, importa ressaltar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando assegura:

> "princípio é, por definição, 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. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo"(BANDEIRA DE MELLO, 2006)

Para Luís Roberto Barroso, princípios "caracterizam-se pela relativa indeterminação de seu conteúdo. Trazem em si, porém, um núcleo de sentido, em cujo âmbito funcionam como regras, prescrevendo objetivamente determinadas condutas. Para além desse núcleo, existe um espaço de conformação, cujo preenchimento e atribuído prioritariamente aos órgãos de deliberação majoritária, por força do princípio democrático. Aí não caberia mais ao Judiciário impor sua visão do que seria a concretização ideal de determinado princípio" (BARROSO, 2011, p. 192).

Vê-se que o princípio concretiza a considerável função de respaldar o ordenamento jurídico pelo qual está inserido, fazendo com que todas as relações jurídicas que aprofundam ao sistema tragam na principiologia constitucional o nascedouro das estruturas e organização jurídica.

Busca-se aqui, o estudo da interpretação de aplicação de princípios constitucionais para a imposição da responsabilidade de ressarcir ao erário nas ações de improbidade administrativa, destacando-se dois princípios essenciais para a análise: princípio da supremacia do interesse público e princípio da limitação da pena intrínseco ao princípio da não perpetuidade da pena, decorrente da dignidade da pessoa humana.

4.1. Do princípio da supremacia do interesse público

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado retrata, implicitamente, na Constituição da República de 1988, seu assentamento normativo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assegura que "o princípio da supremacia do interesse público, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação" (DI PIETRO, 2006)

Contudo, tema de bastante repercussão doutrinária é acerca da indagação se o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado possui *status* de norma

constitucional ou não. Não resta dúvida de que a resposta é afirmativa, conforme se depreende das exposições trazidas por renomados doutrinadores.

Inicialmente, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, vê-se o reconhecimento da existência de um princípio constitucional implícito preconizando a superioridade do interesse público sobre o interesse privado:

> O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social (BANDEIRA DE MELLO, 2006)

No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho ao compreender que os princípios podem ser recepcionados expressa ou implicitamente no texto constitucional:

> Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa e ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. (CANTOTILHO, 2002)

Roque Antônio Carraza também perfilha do mesmo entendimento, abordando a importância dos princípios sejam, explícitos ou implícitos:

> Não importa se o princípio é implícito ou explícito, mas, sim, se existe ou não existe. Se existe, o jurista, com o instrumental teórico que a Ciência do Direito coloca à sua disposição, tem condições de discerni-lo. De ressaltar, com Souto Maior Borges, que o princípio explícito não é necessariamente mais importante que o princípio implícito. Tudo vai depender do âmbito de abrangência de um e de outro, e não do fato de um estar melhor ou pior desvendado no texto jurídico. Aliás, as normas jurídicas não trazem sequer expressa sua condição de princípios ou de regras. É o jurista que, ao debruçar-se sobre elas, as identifica e as hierarquiza. (CARRAZA, 1998)

Em sentido contrário, Gustavo Binenbojm questiona a existência de um princípio supremacia do interesse público sobre o privado, ao afirmar que:

> "[...]se existente o referido princípio, não seria possível taxar de inconstitucional uma lei que privilegiasse os interesses coletivos e estatais (interesse público), em detrimento de interesses privados. Tal princípio absoluto, posto que prega a prevalência de um interesse sobre o outro legitimaria toda e qualquer outorga de vantagens à Administração prescindindo de qualquer análise a respeito de sua razoabilidade e proporcionalidade. Em síntese: a idéia de supremacia como norma jurídica não se coaduna com os postulados da proporcionalidade e da

> razoabilidade, que preconizam a cedência recíproca entre interesses em conflito. (BINENBOJM, 2005, p.13)

Apesar da divergência apontada, não restam dúvidas de que o princípio da supremacia do interesse público, embora não esteja expressamente positivado no texto constitucional é sem dúvida alguma, um princípio constitucional de fundamental relevância na ordem jurídica, contudo deve ser aplicado em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

E é arrimado no referido princípio que o Estado tem sustentado a imprescritibilidade de sua pretensão de buscar o ressarcimento ao erário nas ações de improbidade administrativa.

4.2. Do princípio da não perpetuidade da pena

A Constituição da República de 1988 prevê em seu artigo 5º, inciso XLVII, o princípio da limitação da pena e na alínea "b", do referido artigo veda a aplicação de pena de caráter perpétuo. No referido artigo, o constituinte, arrimando-se principalmente no fundamento da dignidade da pessoa humana, pretendeu limitar as penas, proibindo a aplicação de pena de caráter perpetuo no ordenamento pátrio.

E ao tratar deste princípio é de fundamental importância destacar que esta proibição de pena, de caráter perpétuo, não se limita à esfera penal, mas é aplicável, também, na esfera civil e no direito administrativo, conforme se colhe da doutrina e da jurisprudência.

Com efeito, Canotilho ao comentar a Constituição Portuguesa, em especial, o art. 30°, atesta com propriedade a vedação da aplicação de penas de caráter perpétuo em todas as esferas e não somente no âmbito penal:

> "O princípio da natureza temporária, limitada e definida das penas (bem como das medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade) (n° 1) expressão do direito liberdade (art. 27), (da idéia de proibição de penas cruéis, degradantes ou desumanas (art. 25°-2) e, finalmente, da idéia de proteção da segurança, ínsita no princípio do Estado de direito. teor do preceito parece abranger (e alteração da Ia revisão constitucional vai nesse sentido) todas as penas, não somente as privativas da liberdade (proibindo a prisão perpétua), mas também todas as outras (proibindo todas as que se traduzam em amputar ou restringir, perpetuamente esfera de direitos das pessoas)" (CANOTILHO, 1984).

Não se pode interpretar a proibição de pena de caráter perpétuo apenas no âmbito penal para aplicação de sanções.

Nesta linha, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que "não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções

penais. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção" (BANDEIRA DE MELLO, 2011).

Vale destacar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE n° 154.134/SP, com voto da lavra do Ministro Sydney Sanches, posicionou-se no referido julgado de natureza civil, no sentido de dar efetividade ao princípio da não perpetuidade da pena,nos termos do art. 5º , XLVII, "b" da Constituição da República afastando "o caráter permanente da pena de inabilitação permanente para exercício de cargos de administração ou gerência de instituições financeiras impostas a funcionários que exerciam cargos de administração ou gerencia em instituições financeiras:

> EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO PROCESSUAL CIVIL PENA DE ÍNABILITAÇÃO PERMANENTE PARA EXERCÍCIO DE CARGO DE ADMINISTRAÇÃO OU GERÊNCIA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. INADMSSIBILIDADE: ART. 5, XLVI, "e", XLVII, "b" DA CF [...] No mérito, é de se manter aresta, no ponto em que afastou caráter permanente da pena de inabilitação imposta aos impetrantes, ora recorridos, em face do que dispõem o art5, XL VI, "e", XL VII, "b", e § 2da CF.3.[...] 4. Na verdade, Mandado de Segurança é de ser deferido, apenas para se afastar caráter permanente da pena de inabilitação, devendo, então, Conselho Monetário Nacional prosseguir no julgamento do pedido de revisão, convertendo-a em inabilitação temporária ou noutra, menos grave, que lhe pareça adequada. 5. Nestes termos, R.E conhecido, em parte, e, nessa parte, provido (BRASIL, 1998).

Apenas para corroborar com a proibição da aplicação de pena de caráter perpétuo na esfera civil, destaca-se que a Procuradoria Geral da República ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2975), questionando o parágrafo único do artigo 137 da Lei 8.112/90, que "Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais", ao argumento de que a pena trazida no artigo imputa ao servidor público um caráter perpétuo, proibindo-o de retornar ao serviço público *ad eternum.*

De fato, o referido artigo dispõe expressamente de pena de caráter perpétuo: art. 137: [...] Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI(BRASIL, 1990)

Em muitos casos os agentes ou servidores não têm como escolher seus assessores ou subordinados e não seria plausível que estes gestores probos que foram envolvidos por atos de infidelidade ou desonestidade de outros servidores, agentes e terceiros, tivessem que arcar, "*ad infinitum*", com seus bens - transmitido também aos sucessores – o ressarcimento aos

cofres públicos, sem que houvesse um prazo estipulado por lei, caracterizando-se uma insegurança jurídica e uma perpetuação da pena contra os mesmos.

5 DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A colisão se verifica quando diante de um caso concreto, isto é, as normas em abstrato possuem uma cumplicidade, entretanto, por ocasião deu uma situação fática estabelecida, divergem-se, autorizando apenas a aplicação de uma das normas.

No caso de colisão de princípios a solução encontra-se na importância e no valor do peso, conforme nos ensina Robert Alexy:

> "Quando princípios colidem, um deles tem que ceder em relação ao outro. Porém isto não significa declarar inválido o princípio afastado tenha que se introduzir uma cláusula de exceção. O que sucede, mais exatamente é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro. O que sucede mais, exatamente é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. É isto o que se quer dizer quando se afirma,que nos casos concretos, os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio com o maior peso. Os conflitos de regras resolvem-se na dimensão da validade; a colisão de princípios válidos tem lugar para além da dimensão da validade, na dimensão do peso. " (ALEXY, 2008, p.89)

Como visto, Alexy propõe que a colisão dos princípios seja resolvida através da dimensão do peso, e que esta dimensão se dê através do método da ponderação dos direitos e bens constitucionalmente envolvidos nesta ponderação, sendo que o princípio de menor peso não perderia sua validade.

Destarte, em determinada situação, cuja proposição possa incidir mais de um princípio, pode-se, tão somente, estimular a aplicação de apenas um, *in casu*, o mais preponderante, determinando o afastamento circunstancial dos demais princípios colidentes.

E no estudo proposto temos o princípio da supremacia do interesse público em conflito com o princípio da não perpetuidade da pena, destacado no rol dos direitos fundamentais na Constituição da República em seu art. 5º, XLVII, "b", configurando-se, portanto, em cláusula pétrea (art. 60,§ 4º, inciso IV, CR/1988), intrínseca à dignidade da pessoa humana.

Portanto, aplicando-se a técnica de ponderação sustentada por Alexy, ao sopesar os princípios colidentes, *in casu*, o princípio da não perpetuidade da pena e o princípio da supremacia da constituição, deve-se prestigiar o primeiro, em respeito à dignidade da pessoa humana, ao interesse da coletividade e, principalmente, repita-se, por se incluir no rol de

direitos fundamentais, sustentados como cláusula pétrea na Carta Magna, sendo vedado ao Estado buscar, a qualquer tempo, o ressarcimento ao erário nas ações de improbidade administrativa, que visa uma condenação de ordem patrimonial.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo cuidou da interpretação de aplicação de princípios constitucionais para a imposição da de ressarcimento ao erário nas ações de improbidade administrativa, destacando dois princípios essenciais para a análise: princípio da supremacia do interesse público e princípio da limitação da pena.

Para tanto, destacou-se o surgimento da Lei de Improbidade Administrativa, por recomendação constitucional, que veio como um instrumento de fundamental no controle da probidade na administração pública e na efetivação do princípio da moralidade administrativa, assegurado na Constituição da República em seu art. 37.

O estudo abordou que a Lei de Improbidade Administrativa é um instrumento legal de fundamental importância no combate à corrupção, mas contém falhas, em especial, quando não prevê expressamente, a prescrição do ressarcimento ao erário nas ações de improbidade administrativa, abordando, ainda, as hipóteses e o dever de ressarcir ao erário, conforme previsto na Constituição da República.

Neste sentido, buscou-se no estudo, apontar o instituto da prescrição, iniciando através de seu contexto histórico e pela sua interpretação na legislação civil, e, na própria legislação que envolve a fazenda pública principalmente. O entendimento de imprescritibilidade como regra, provoca insegurança jurídica e contraria preceito de paz social, que é a finalidade do Estado.

Ainda sobre a prescrição, destacou-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, em mudança de paradigma, privilegiando a segurança nas relações jurídicas, acatou a prescrição do ressarcimento ao erário, em se tratando de ilícito civil, num novo avanço jurisprudencial. A pesquisa trouxe que a nova interpretação dada ao artigo 37, § 5º quanto à prescrição do ressarcimento ao erário decorrente de ilícito civil, abriria um precedente para discutir a prescrição do ressarcimento ao erário, também nas ações de improbidade administrativa.

Contudo, o estudo demonstrou que, numa linha contrária à evolução acerca do tema, o Pretório Excelso, em julgamento controverso, entendeu pela imprescritibilidade do ressarcimento ao era nas ações de improbidade administrativa.

Com base em princípios constitucionais, o estudo apontou que o ressarcimento ao erário nas ações de improbidade administrativa é prescritível, demonstrando que a norma do § 5º do artigo 37 da Constituição da República, de per se, não permite que se interprete que as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis, pois não se vislumbra qualquer determinação ou comando expresso de imprescritibilidade das ações de ressarcimento, o que de fato, se descompõe do próprio texto constitucional, sob análise dos incisos XLII e XLIV do artigo 5º, da Constituição de 1988.

Como fundamento para se chegar a uma conclusão acerca da prescrição do ressarcimento ao erário nas ações de improbidade administrativa, foi destacado o princípio da limitação da pena, normatizado no artigo 5º inciso XLVII da CR/1988, em especial, a proibição de pena de caráter perpétuo, que, embora interpretada equivocadamente apenas no âmbito penal, deve também ser aplicada na esfera civil, conforme reconhecido pela doutrina, especificamente, por José Joaquim Gomes Canotilho e por Celso Antônio Bandeira de Mello, além de ser acatada pelos tribunais superiores em julgados sobre o tema, conforme demonstrado neste estudo.

Abordou-se, ainda, que o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da indisponibilidade do interesse público, embora não expressos no ordenamento jurídico, são reconhecidos como princípios constitucionais, uma vez que todos os outros princípios da administração pública se desdobram destes dois princípios examinados, sendo estes reconhecidos, em razão da relevância na seara administrativa, como supra princípios da administração pública.

Por fim, o estudo concluiu que, com a aplicação da técnica de ponderação sustentada por Robert Alexy, quando da colisão de princípios constitucionais, em especial o princípio da supremacia do interesse público em confronto com o princípio da limitação da pena, ao contrário do que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal, deve se instaurar um novo paradigma, dando nova interpretação ao artigo 37, § 5º da Constituição da República, com o acatamento da prescrição do ressarcimento ao erário, também nas ações de improbidade administrativa, em razão da impossibilidade de se instituir pena de caráter perpétuo, violando um direito fundamental assegurado na Carta Magna, o que, certamente, restabeleceria não somente a ordem e a segurança jurídica, mas, principalmente, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, definidos como cláusula pétrea na Constituição da República.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de Direito Administrativo.;**28ª ed. São Paulo: -Malheiros, 2011.

BARROSO, Luis Roberto**. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf . Acesso em: 2 abr. 2019.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 239, p. 13-15; Jan./Mar. 2005, Disponível em < file:///C:/Users/cmc/Downloads/43855-92380-1-PB.pdf> . Acesso em 4 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D20910.htm> Acesso em: 1º abr. 2019.

BRASIL. **Estatuto do dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm > Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº. 8.429, de 02 de junho de 1992. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm > Acesso em: 1º abr. 2019.

BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 1º abr. 2019;

BRASIL. **Regime jurídico dos servidores públicos civis da União, autarquias e das fundações públicas federais**, lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Processo: Recurso Extraordinário nº 154.134/SP, 29 out. 1999. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1546001> Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Processo: Recurso Extraordinário nº RE 852.475 /SP, 25 mar. 2019. Disponível em: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4670950 > Acesso em: 2 abr. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2 ed.,v.1, Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

_____. **Direito constitucional.** 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1149.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 30 ed., Malheiros, São Paulo, 2015, p.26

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 19 ed. Editora Atlas. São Paulo, 2006, pag. 68

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2 ed., ver. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

FILGUEIRAS, Fernando. **A teoria política da corrupção**. 2003 p.14. Disponível em <http://www.ecsbdefesa.com.br/fts/TPC.pdf.> Acesso em: 1º abr. 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html >
Acesso em: 1º abr. 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDINA, Fábio Osório.**Direito Administrativo Sancionador.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Processo: Apelação cível nº Nº 000.220.663-9/00, 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 14 mai. 2002. Disponível em: file:///C:/Users/cmc/Downloads/InteiroTeor_10000002206639000.pdf. Acesso em: 2 abr. 2019.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Processo: Apelação cível nº Nº 1.0352.13.000050-3/001, 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2 abr. 20192. Disponível em < file:///C:/Users/cmc/Downloads/InteiroTeor_10352130000503001.pdf

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo VI. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 101.

PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.