

ANÁLISE DA IMPRESCRITIBILIDADE NA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

Luiz Carlos Figueira de Melo*

figueiramelo@uol.com.br

Tiago Nunes da Silva**

RESUMO

A pesquisa teve como inspiração o desejo de contribuir cientificamente para uma reflexão acerca do modo como tem olhado erroneamente para o instituto da imprescritibilidade na ação de ressarcimento ao erário. O presente trabalho destina-se a exegese da ressalva final do § 5º, do art. 37, da Constituição da República, o qual dispõe sobre a imprescritibilidade na referida ação. Demonstrar-se-á, que a imprescritibilidade prevista no caso em questão, não coaduna com as nuances da nova ordem constitucional, a qual erigiu o princípio da dignidade da pessoa humana como alicerce primordial do Estado Democrático de Direito. Outro ponto que demonstra a relevância do estudo assenta na conclusão de que as regras podem e devem ser ponderadas, buscando a solução que melhor se amolde aos direitos fundamentais. Nesse sentido, demonstrar-se-á a necessidade da proporcionalidade frente às normas que outorgam privilégios à Administração Pública, apontando, ao final, a pertinência da justa medida para aplicação da prescrição.

Palavras-chave: Imprescritibilidade; Proporcionalidade; Dignidade da Pessoa Humana.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo um breve estudo concernente ao instituto da prescrição na Ação de Improbidade Administrativa, mais propriamente na questão do ressarcimento de danos ao erário. A abordagem dessa matéria no âmbito da área de Direito Público, notadamente na esfera do Direito Administrativo, visa demonstrar o dever do Estado em resguardar uma das suas premissas, qual seja, a moralidade na Administração Pública.

O Constituinte reservou o Capítulo VII da Constituição Federal para dispor sobre a Administração Pública. Nesse sentido, o referido Capítulo fora

* Professor da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Doutor pela UFMG.

** Advogado. Pós-graduando em Direito Público pela Instituição Luiz Flávio Gomes (LFG).

inaugurado com o art. 37, dispondo sobre a atuação da Administração Pública Direita e Indireta consignando-as ao dever da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Note-se que os mandamentos apontados pelo Constituinte, os quais a Administração Pública deve obediência, não sobejam afirmar que estão intimamente ligados ao princípio da moralidade, sendo este elevado ao status de mandamento supremo para a boa atuação da Administração Pública. Em razão da tamanha relevância dada ao princípio da moralidade, é inconcebível aceitar hipótese da atuação pública divorciada de tal princípio. Por isso, sua observância é de caráter obrigatório, dizer ao revés, caracteriza-se notável violação a Constituição.

No que refere à prescrição na ação de Improbidade Administrativa por ressarcimento ao erário, a literatura do Direito Administrativo e os Tribunais Superiores ainda se encontram divididos. Os Tribunais, tem entendido que o *ius puniendi* do Estado em relação ao ressarcimento de danos ao erário deve ser imprescritível. Lado outro, parte da doutrina tem defendido que no caso em questão não há que se falar em imprescritibilidade por força do princípio da segurança jurídica.

Considerando o princípio da segurança jurídica juntamente com o princípio da proporcionalidade, frente à questão tormentosa da imprescritibilidade, esse entendimento deve ser revisto e reconsiderado, mesmo porque, no caso em questão, não se trata do bem jurídico de maior relevância, ou seja, a vida.

2 CONCEITO DE IMPROBIDADE

É próprio das leis suprimirem institutos jurídicos, ou mudar a sua substância, prescrevendo novos regimes ou novos efeitos, principalmente no âmbito do Direito Administrativo. Ora, é intuitivo crer que, por conta do grau de abstração, e pelo fato de ser indeterminados, alguns conceitos jurídicos revestidos de subjetividade, tais como “interesse público”, faz “desaguar” ao alvedrio da Administração Pública a respectiva aplicação, surgindo uma emblemática que, ao que parece, está longe de ser dirimida.

Deveras, numerosos são os postulados que regem a atividade impositiva do Estado. Do ponto de vista legislativo, o que se vislumbra é a imprecisão no que tange a inúmeros conceitos abertos e plurissignificativos, como, por exemplo, as expressões “interesse público”, “utilidade pública”,

“ordem pública” e “segurança nacional”. Oportuno dizer que nem sempre o interesse que se diz público atinge a coletividade, mas, determinadas classes sociais e políticas.

É bem verdade que a missão de esclarecer estes conceitos absolutamente abertos recai para a doutrina. Isso enseja outro problema, pois faz com que o intérprete ou o aplicador da lei nem sempre encontre o conceito adequado a ser aplicado no caso concreto, em virtude do elevadíssimo grau de conceitos jurídicos indeterminados existentes em nosso ordenamento.

É de bom alvitre salientar que persiste a preocupação acerca da interpretação teórica de conceitos indeterminados tidos como postulados pela Administração Pública, pois dependendo da interpretação adotada se torna possível, ou não, conter atos pautados em excesso ou abuso de poder. As considerações preliminares expostas realçam a importância e a necessidade inexorável de se fixar o conteúdo dos postulados que regem a Administração Pública.

Felizmente, a despeito da imprecisão do conceito de Improbidade, não persiste dificuldade para chegar a consenso seguro do que realmente exprime. No que tange à improbidade, Carvalho Filho¹, em obra recente, preceitua que:

Improbidade é o antônimo e significa a inobservância desses valores morais, retratando comportamento desonestos, despidos de integridade e usualmente ofensivos aos direitos de outrem. Entre todos, um dos mais graves é a corrupção, em que o beneficiário se locupleta às custas dos agentes públicos e do Estado.

O professor Carvalho Filho enfatiza ainda que improbidade é o antônimo. Convém aclarar, que o antônimo nesse caso, expressa a probidade que o administrador deve cuidar das finanças públicas sempre com decência, pudor e lisura, vetando manobras astuciosas a fim de desviar recursos públicos. Como se nota, a improbidade expressa a astúcia, a dissimulação, amaliçia que, uma vez equacionadas a receita e a despesa pelo administrador, fica fácil detectar atos eivados de improbidade.

A improbidade pode ser considerada sob dois aspectos: subjetivo e objetivo. Este, significa grave violação a um dever vinculado e obrigatório

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa, prescrição e outros prazos extintos**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 98.

com previsão na própria Constituição e legislação ordinária que tratam da atuação do agente. Em relação àquele, expressa o desvirtuamento do ato praticado pelo agente nos negócios públicos, atingindo outra finalidade contrária à almejada.

O Estado manifesta sua vontade por meio da figura do agente, que dotado de competência deve agir com vistas a certo fim de interesse geral. Desse modo, quando a autoridade administrativa emite atos com fins diversos dos pretendidos em lei, o agente já terá praticado o fato gerador ensejando a improbidade administrativa.

Firmados estes pontos, cumpre observar que a improbidade não coaduna com a moralidade administrativa, preceito este explícito na Carta Republicana de 1988.

2.1 A IMPROBIDADE ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Perquirindo-se a origem histórica da improbidade, conforme já elucidado, a Constituição da República, no Capítulo VII, provocou mudanças na ordem jurídica constitucional tratando de forma tardia questões concernentes à Administração Pública, dispondo sobre direitos e deveres dos agentes estatais.

É importante também destacar que, anteriormente à Constituição de 1988, já havia norma que disciplinava as sanções impostas no caso de improbidade. O Decreto Lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941, já disciplinava sobre o modo e efeito de se aplicar a sanção pelos atos cometidos causadores de lesão à ordem financeira pública. Sobre o Decreto Lei nº 3.240, de 1941, Di Pietro² elucida que:

O Decreto-lei nº 3.240, de 8-5-41, sujeita a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resultem prejuízo para a Fazenda Pública. O sequestro pode atingir bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave. No caso de prejuízo não ser coberto por essa forma, deve ser promovida, no juízo competente, a execução da sentença condenatória, a qual recairá sobre tantos bens quantos bastem para ressarcir-lo.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 882.

Com efeito, veja-se que pelo Decreto fora instituída a pena de sequestro dos bens do sujeito passivo na ação de improbidade. Cumpre ressaltar, que o Decreto também disciplinava em relação ao terceiro adquirente do sujeito passivo desde que comprovada a conduta dolosa, ou com culpa grave.

Após o Decreto, a Constituição de 1946, no seu art. 141, §3, tratou da regulamentação da aplicabilidade no que tange ao sequestro e ao perdimento dos bens, uma vez comprovado o enriquecimento ilícito por prerrogativa de função pública ou de cargo. Ademais, o art. 141, §3 determinava que “a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

Ressalte-se, ainda, que a regulamentação dada pelo art. 141, §3, deu ensejo a Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957, que ficou intitulada por Lei Pitombo-Godói Ilha, a qual dispunha sobre a efetividade da aplicabilidade do referido artigo. Sem revogar a Lei nº 3.164 de 1957, a Lei nº 3.502, de 21 de janeiro de 1958, tratou com maior profundidade sobre o sequestro e o perdimento de bens nos casos em que incidiam o flagrante enriquecimento ilícito.

Seguindo a evolução da normatividade, no que se refere à improbidade, com o advento da Constituição de 1967 acrescentou-se o art. 150, §11, que também dispunha sobre o sequestro e a perda de bens. Ainda nesta trilha, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, também contribuiu para vetar atos de improbidade de forma significativa. De tal arte, a Emenda ampliou a responsabilidade dos agentes da Administração Direta e Indireta também.

É de se notar que a essência da improbidade advém de décadas passadas. Contudo, é de grande relevância destacar que o Legislador, ainda que a passos lentos, tem buscado mecanismos diversos, como no aspecto material e processual para coibir condutas desonestas do administrador público. Desta forma, veremos adiante que a Constituição de 1988, no seu art. 37, enfatizou a importância da Administração Pública Direta e Indireta de se ater ao princípio da moralidade.

2.2 A IMPROBIDADE APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Falar sobre improbidade após a Constituição de 1988, é chamar atenção para o princípio constitucional da moralidade.

Não se pode olvidar que o conhecimento, ainda que seja teórico ou prático, deriva da existência de um princípio. Note-se, portanto, que,

em relação aos princípios, seria inegável afirmar que eles detêm valores normativos.

Dessa forma, a atual Constituição da República, em seu texto normativo, valorou um conteúdo basicamente principiológico. Em face disso, os princípios são normas gerais e abstratas do ordenamento jurídico e de crucial importância para o estudo e aplicação do Direito.

Segundo Norberto Bobbio, “a palavra princípios leva ao engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Hoje não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras”³. Note-se que, Bobbio refere-se à relevância dos princípios gerais de direito como fator determinante da completude do ordenamento jurídico.

Ainda a respeito dos princípios, Uadi Lammêgo Bulos⁴ dispõe que:

A ideia de princípio associa-se à de sistema. Desse modo, o princípio é o mandamento nuclear do sistema, espargindo sua força por todos os escaninhos da Constituição. Alicerce, pedra de toque, disposição fundamental, seja qual for o adjetivo que prefira usar, ele compõe e espírito da lógica e da racionalidade que preside o sistema jurídico positivo.

No que refere aos princípios, a concepção de lógica e racionalidade, segundo Lammêgo Bulos, traduz a ideia de segurança jurídica. Com isso, as normas assumem no sistema caráter instrumental na busca de determinados valores idealizados pela sociedade.

Os princípios possuem tanto função interpretativa como função integrativa, sendo de crucial importância a sua existência no sistema jurídico, atuando como normas centrais e conferindo unidade ao sistema.

Nesse sentido, outra não é a lição de Luís Roberto Barroso⁵:

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou

³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 158-159.

⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 72.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 30

aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.

Em razão da tamanha relevância dada aos princípios, atualmente é impossível conceber uma Constituição, norma maior de um Estado, sem princípios. Na Carta Maior é que se delinea o núcleo principiológico básico que conferirá unidade ao sistema jurídico.

Como resultado da relevância dos princípios no ordenamento jurídico hodierno, seria impossível falar sobre Improbidade Administrativa e não enaltecer o princípio da moralidade. Este princípio tem sido determinante para extirpar a figura de um cenário onde o vilão tem sido interpretado continuamente pelo agente público, fomentando paradigma de Administração Pública corrupta.

O princípio da moralidade deve ser tido como norma fundamental, para coibir as ações dos agentes políticos, funcionários e servidores que de forma deplorável, auferem vantagem por conta da função ou do cargo, para se favorecer ou a outrem, faltar com a verdade para finalidades contrárias à moralidade administrativa. Dessa forma, a moralidade administrativa, constitui patrimônio moral inalienável da sociedade, para a manutenção da boa Administração.

Sabe-se que a harmonização e a coerência interna do sistema jurídico decorrem dos princípios e regras sobre os quais se organizam. A esse respeito, da harmonização e coerência do sistema jurídico, veja-se que, ainda que haja previsão da norma positivada de forma clara e concreta, como é o caso da ação cabível por ato de improbidade, o princípio da moralidade administrativa elevado ao *status* de valor constitucional, passou a ter função extremamente relevante ao ser invocado para legitimar o que se propõe na ação por ato de improbidade administrativa.

Por isso, não custa lembrar que nesta introdução consignou-se a importância do princípio da moralidade administrativa em relação à improbidade administrativa.

A Constituição Federal de 1988 não ensejou repercussão e tampouco causou preocupação do que seria realmente improbidade administrativa. Conforme já demonstrado, a improbidade administrativa já vinha sendo tratada por decretos e pelas Constituições anteriores a de 1988.

No que toca às penalidades em relação aos atos ímprobos dos agentes públicos, a Constituição de 1988 no art. 37, § 4º, ampliou as penalidades, disciplinado sobre a suspensão dos direitos políticos e perda da função pública.

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 graduação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

É importante assinalar também que a Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429, de 2 de junho de 1992, no seu art. 23, incisos I e II, passou a ter fundamental importância no que tange à regulamentação da norma contida na Constituição, dispondo sobre a prescrição, tema que veremos adiante.

Logo, importante destacar que a Constituição de 1988 tratou do tema improbidade como aspecto ético-jurídico e imprescindível à atividade estatal. Não é difícil perceber que a atual Constituição, se valendo da moralidade administrativa, impôs limitações a toda e qualquer atividade estatal nociva à boa Administração Pública.

Outro aspecto que merece atenção se dá pelo fato de a Constituição de 1988 ter legitimado o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, no momento em que violado e não valorado o valor ético-jurídico que se expressa pela moralidade administrativa. A Constituição incumbiu ao Poder Judiciário a precípua e valorosa missão de preservar a moralidade para que esta não fosse transgredida.

Desta forma, não seria possível discorrer sobre aspectos da improbidade administrativa, após a Constituição de 1988, no seu art. 37, §4º, sem aventar a moralidade administrativa, que ao nosso ver exerce papel fundamental para a manutenção da probidade administrativa.

3 RESCRIÇÃO NOS ATOS DE IMPROBIDADE

A despeito do instituto da prescrição, Sílvio Rodrigues, citando Clóvis Beviláqua, define a prescrição como sendo “perda da ação atribuída a um direito e de toda capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo”.⁶

⁶ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 318.

Em outras palavras, note-se que a prescrição demonstra a inércia do titular em relação ao decurso de tempo fixado na lei. Se faz mister destacar que tal fato não incide na extinção do direito, e sim no direito da propositura da ação judicial cabível, a qual poderia ter sido ajuizada para fazer valer a tutela de um ou mais direitos violados.

Considerando a ressalva contida na parte final do § 5º, do art. 37 da atual Constituição, é de bom alvitre destacar que, nas outras modalidades da ação de improbidade, não persiste essa discussão, pois, com o advento do art. 23 da Lei 8.429 de 1992, essa emblemática fora dirimida, não havendo razão para cogitar prazo distinto. Transcreva-se o dispositivo da lei federal:

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

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Outro ponto a destacar assenta na questão do início da contagem do prazo da ação de improbidade administrativa. No tocante ao agente que tiver desempenhado cargo eletivo, ocupado cargo em comissão e exercido função de confiança, o prazo de prescrição conta-se a partir do término do mandato, da exoneração ou da dispensa. Distintamente, ocorre em relação ao agente que praticou o ato de improbidade, sendo ele detentor de cargo efetivo ou de emprego público, a contagem do prazo prescricional inicia-se à data em que o fato tornou-se notório.

Entretanto, é forçoso admitir que o grande problema da prescrição por ato de improbidade administrativa se aloja na questão do ressarcimento de danos ao erário. Daí surge a questão tormentosa. Não estando o ressarcimento dos danos causados ao erário por agentes públicos, sujeito ao prazo prescricional previsto no art. 23 da Lei nº 8.429/92, em razão da parte final do §5º do art. 37 da Carta Magna, seria esta consequência jurídica imprescritível? Acreditamos que não.

No âmbito doutrinário⁷, o entendimento tem sido no sentido de

⁷ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 2.ed. São Paulo: Lumen Juris, 2004, p. 550.

não haver tal imprescritibilidade. Ademais, resta evidente que a ressalva consignada propositalmente pelo Legislador visa tão somente ampliar o rol das prerrogativas da Administração Pública. Prerrogativas estas que nem sempre visam o interesse da coletividade, mas têm sido aplicada servindo de manto para fins diversos dos preceitos da moralidade.

3.1 A IMPRESCRITIBILIDADE VISTA COMO UMA PRERROGATIVA

O regime jurídico-administrativo atribui à Administração Pública prerrogativas que não são vislumbradas nas relações entre particulares, tais como a dilação de prazos processuais, a não produção dos efeitos da revelia, o duplo grau de jurisdição, a impenhorabilidade de bens, o pagamento em forma de precatórios, o poder de expropriar, a presunção de veracidade, dentre outras.

Vê-se, assim, que a Administração Pública ostenta uma gama de prerrogativas e poderes que se dizem inerentes à boa administração para o desempenho das atribuições que lhe são conferidas.

Acerca das prerrogativas da Administração Pública, Di Pietri⁸ o assim define:

Isso significa que a Administração Pública possui prerrogativas ou **privilégios**, desconhecidos na esfera do direito privado, tais como a autoexecutoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia. Goza, ainda, de determinados privilégios como a imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos (grifos do original).

A doutrina tem se manifestado no sentido de que o poder é indispensável à atuação da Administração Pública e à defesa e promoção do interesse público. Lado outro, importa ressaltar que a utilização desse poder tido como “essencial à Administração Pública” deve ser desenvolvido da forma mais legal, proporcional e moral possível no que tange aos objetivos perseguidos pelo Poder Público.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 64.

Do panorama traçado, veja-se que destas prerrogativas a Administração Pública detém um “edifício” de vantagens em relação ao particular, sendo importante destacar que estão delineadas em critérios que possibilitam diversas interpretações, ensejando, assim, uma “avalanche” de inseguranças jurídicas em relação ao administrado.

Feitos esses esclarecimentos acerca das prerrogativas que dizem respeito à boa administração, parece não mais pairar qualquer dúvida de que a imprescritibilidade pode ser vista como mais uma das muitas prerrogativas ligadas à Administração Pública.

A doutrina representada por Emerson Garcia⁹ em obra publicada sobre a Improbidade Administrativa, tem se manifestado contrariamente a esta prerrogativa e assim dispõe:

Todavia, é inadmissível oferecer o benefício da eternidade ao titular do direito que se conduz com inércia. A ele se opõe o princípio da segurança jurídica e o da estabilidade da relações jurídicas. Esse é o motivo pelo qual ao legislador compete fixar lapsos temporais dentro dos quais devem necessariamente ser oferecidas as pretensões. Ao Estado também há de se aplicar essa imposição de caráter temporal: nem a ele se pode conceder benesses oriundas de sua inércia.

Demasiadas razões existem, segundo Emerson Garcia, para que a prerrogativa da imprescritibilidade seja repensada. O autor, com propriedade, afirma que cabe ao Legislador fixar o tempo para a propositura da ação cabível, sendo que, em relação ao Estado, não há que se falar em benesses advindas da sua inércia, ao revés, significa grave ofensa ao princípio da segurança jurídica e ao da estabilidade da relação jurídica.

No mesmo raciocínio, colhe-se, por oportuno, a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

A regra geral para a inércia do titular, incluindo o Estado, é a prescritibilidade das pretensões. Não deduzidas no prazos legais, fica o titular despido do direito de fazê-lo ulteriormente. Só assim se pode assegurar a estabilidade das relações jurídicas e evitar que perdurem *ad infinitum* em benefício daquele que se mostrou desinteressado na defesa de seus direitos.¹⁰

⁹ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 2.ed. São Paulo: Lumen Juris, 2004, p. 550.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA pre-**

Em face do que se apontou é ineludível que a imprescritibilidade enseja grave situação de insegurança jurídica, e abala a estabilidade das relações jurídicas, não podendo ser o Estado detentor desta prerrogativa para a eternidade. Do exposto ressoa evidente que a ressalva consignada no final do § 5º, do art. 37 da CF/88, enseja uma situação de ofensa ao princípio da segurança jurídica, no caso da ação por improbidade administrativa quando se tratar de ressarcimento ao erário.

Assim sendo, veremos adiante o modo de se dirimir essa emblemática pautado no critério da proporcionalidade, importando ressaltar preliminarmente que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, elemento de ponderação, exige que meio e fim devem estar seguramente acoplados em uma relação de proporção no caso concreto.

3.2 PROPORCIONALIDADE COM LIMITE À IMPRESCRITIBILIDADE PROVENIENTE DO INTERESSE PÚBLICO

O princípio da proporcionalidade está intimamente ligado à proibição de excessos, visando evitar que a Administração Pública exorbite seus poderes (as prerrogativas que lhe são atribuídas), fazendo com que mantenham uma relação harmoniosa entre os fins que pretende alcançar (o interesse público) e os meios de que irá valer-se para tanto.

Nas palavras do saudoso professor Hely Lopes Meireles¹¹:

Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais.

É de se ver, por outro lado, que o princípio da proporcionalidade alcançou *status* de princípio utilizado para interpretação constitucional. Outrossim, não se pode olvidar que a proporcionalidade deve ser tida como elemento indissociável para a ponderação de valores, com o fiel intento de dirimir eventuais tensões entre normas previstas na Carta Magna e demais fontes normativas.

scrição e outros prazos extintos. São Paulo: Atlas, 2012, p. 98

¹¹ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro.** 24.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 86.

Gustavo Binenbojm¹² escoo no sentido de que:

O postulado da proporcionalidade, remansosamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência como princípio, é condição para a aplicação das normas jurídicas. Tal postulado orienta a interpretação e aplicação de normas no sentido de acomodar os bens jurídicos em jogo, sem que se exclua totalmente um em prol da substância de outro.

Seguindo ainda esta trilha, nota-se que o princípio da proporcionalidade tem por objeto a aferição da relação entre os fins e os meios sob um sentido teológico ou finalístico, reputando-se arbitrário o ato que não observar a adequação dos meios utilizados ou quando for manifesta a desproporção entre fins e meios.

Certamente, cabe advertir que, em relação ao princípio da proporcionalidade, sua importância é tamanha que tal princípio é tido como instrumento fundamental para dirimir a emblemática da hermenêutica constitucional, que não raro tem ocorrido. Sem embargo, é importante destacar que o princípio da proporcionalidade constitui-se instrumento de grande relevância para conter atos estatais agasalhados pela nocividade, tendo como crucial dever a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo Estado Democrático de Direito.

A literatura do Direito Administrativo tem evoluído constantemente com o passar dos anos, tentando romper os paradigmas culminados pelo interesse público. Acerca do Direito Administrativo, convém aduzir que este sempre fora construído sobre dois pilares básicos: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Assim, não é novidade que sua estrutura se assenta sobre esses dois pilares: de um lado, as chamadas prerrogativas e, de outro, as sujeições, que dão identidade ao conteúdo da atividade administrativa.

Mas, afinal, o que constitui exatamente o tão polêmico e invocado “interesse público”, cujo papel se mostra tão relevante? Alice Maria Gonzales Borges¹³ assim o define:

¹² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 98.

¹³ BORGES, Alice Maria Gonzales. **Temas do Direito Administrativo Atual (Estudos e Pareceres)**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 198.

1.O interesse público é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores.

2.Esse interesse passa a ser público, quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, pelos menos, como um querer valorativo predominante da comunidade.

Não é difícil perceber que o interesse público sempre fora empregado com o escopo de justificar uma vasta gama de prerrogativas associadas à Administração Pública, a qual defende ser necessário atuar de tal modo para tutelar os interesses da coletividade, mas o faz mediante atos de imperatividade, ensejando desequilíbrio que sempre tem pendido em favor do Estado.

Dois aspectos merecem ser destacados, por serem de grande relevo. É de bom alvitre salientar que persiste a preocupação acerca da interpretação teórica de conceitos indeterminados tidos como postulados pela Administração Pública, pois dependendo da interpretação adotada se torna possível, ou não, conter atos pautados em excesso e abuso.

Fixados estes pontos, é fácil perceber que a natureza do interesse público alcança uma amplitude que não se consegue mensurar, o que logo resulta num descompasso entre atos praticados pela Administração Pública que atendem a interesses estranhos aos interesses realmente públicos, divorciando-se cada vez mais do efetivo atendimento à coletividade.

As considerações expostas realçam a importância de analisar a imprescritibilidade sob a ótica da proporcionalidade e cuidadosamente invocando o que se diz ser interesse público. Veja-se que, em alguns casos, o próprio Constituinte elencou de forma solar os casos que ensejam a imprescritibilidade.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e **imprescritível**, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (negritou-se);

(...)

XLIV - constitui crime inafiançável e **imprescritível** a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (negritou-se);

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

(...)

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, **imprescritíveis**. (negritou-se).

Considerando o princípio da segurança jurídica, pensamos que o silêncio proposital do legislador constitucional, no que tange ao ressarcimento de danos ao erário, não deve ensejar a imprescritibilidade. Do contrário, seria inovar a ordem jurídica, ensejando desmesuradamente a perpetuidade no sentido de propor à ação cabível, o que não é aceitável, segundo os ditames da proporcionalidade.

Cumprе ressaltar que as hipóteses previstas de imprescritibilidade contidas na Carta Magna, todas têm condão diretamente ou indiretamente com o bem jurídico de maior relevância, o qual não se pode mensurar, ou seja, a vida. Assim, não assiste razão para a perpetuidade no sentido de propor a ação cabível para ressarcimento ao erário, pois não se trata do bem jurídico de maior valor.

Nesse contexto, importante destacar que o direito constitucional contemporâneo passa por momentos de transformações paradigmáticas, mostrando um novo discurso em relação à regra e ao princípio sob a ótica do modelo neoconstitucionalista.

Luís Roberto Barroso¹⁴ assim conceitua o novo modelo neoconstitucionalista:

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 113.

A cada dia que passa novos elementos hermenêuticos são incorporados à interpretação constitucional hodierna, na busca de seu desiderato maior de reaproximar o Direito da ética. No neoconstitucionalismo, a efetividade dos princípios constitucionais vem sendo consolidada mediante harmonização entre o texto da lei e o sentimento constitucional da distribuição de justiça. É nesse diapasão que desponta a relevância da construção científica de novas fórmulas dogmáticas e em especial o reconhecimento da dimensão retórica das decisões judiciais como fator integrante da normatividade do Direito.

O paradigma “neoconstitucionalismo” pode ser conceituado como uma nova forma de interpretar o direito, ou seja, a sua normatividade, valorando crucialmente os direitos fundamentais inseridos pela Constituição de 1988. Note-se que os princípios segundo a ótica do neoconstitucionalismo devem ser consolidados como instrumentos hábeis para a pacificação no momento em que se perceber interesses opostos, buscando a efetivação da aplicabilidade de uma justiça ética, que atende ao sentimento da Norma Maior velando pelos direitos fundamentais.

Em suma, pode-se dizer que a proposta do modelo neoconstitucionalista divorcia-se do modelo positivista legalista, não mais seguindo literalmente somente o que está previsto na lei, mas, sim, velando por uma visão axiológica do Direito. Dentro dessa ordem de ideias é importante notar que o Estado Democrático de Direito, instituído pela Carta Maior de 1988, tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político (CF, art. 1º, *caput*).

É evidente que o novo paradigma, o qual prestigia a tutela dos direitos fundamentais individuais e coletivos instituídos pela atual Constituição, erigiu a dignidade da pessoa humana como um dos principais fundamentos da ordem Democrática. Nesse prisma, sua origem advém dos conceitos de direitos fundamentais e de liberdade, os quais devem receber a proteção do Estado.

A esse respeito, Marçal Justen Filho¹⁵ preceitua que

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 98.

o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, nem com o interesse do aparato administrativo, nem, ainda, com o interesse do agente público. O interesse público não pode servir como manto para os desmandos e arbitrariedades administrativas.

O fato é que o princípio da dignidade humana, sob a ótica do neoconstitucionalismo, foi elevado ao *status* de limitador da atuação estatal, que diuturnamente fundamenta suas decisões no “interesse público”, que, como visto, não passa de um conceito vago e destituído do regime Democrático.

A busca pelo equilíbrio entre o interesse público e privado propõe ao exegeta uma solução que se amolde no exercício dos direitos fundamentais. O Poder Público e o Poder Judiciário devem se abster de decisões que violam os direitos subjetivos individuais e coletivos baseados nas liberdades e nas garantias previstas na Carta Política.

Portanto, inegáveis são os reflexos positivos do novo modelo neoconstitucionalista, ensejando normatividade mandamental aos princípios. Esse novo modelo afasta o retrocesso em relação aos princípios jurídicos do direito, os quais eram vistos pela ciência do Direito sob uma ótica tecnicista.

Em face do que se apontou, é inolvidável que a imprescritibilidade enseja grave situação de insegurança jurídica, e abala a estabilidade das relações jurídicas, não podendo ser o Estado detentor desta prerrogativa para a eternidade, mesmo porque, no caso em questão, não se trata do bem jurídico de maior relevância, conforme dito, a vida. Defender ao revés significa abalar as pilstras que dão sustentação ao Estado Democrático de Direito.

3.3 A NECESSIDADE DE SE PONDERAR A IMPRESCRITIBILIDADE VISANDO À SEGURANÇA JURÍDICA

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral sobre o caso em questão pelo Recurso Extraordinário (RE) 669069, interposto pela União, em virtude do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1), o qual entendeu ser o prazo de prescricional de cinco anos na ação de ressarcimento por danos causados ao erário.

Veja-se:

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a repercussão geral de matéria sobre o prazo de prescrição de ações de ressarcimento ao erário. No Recurso Extraordinário (RE) 669069, a União questiona acórdão (decisão colegiada) do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) que confirmou sentença que extinguiu uma ação de ressarcimento por danos causados ao patrimônio público aplicando o prazo prescricional de cinco anos. A União sustenta a imprescritibilidade da ação¹⁶.

Segundo o relator do (RE) 669069, Ministro Teori Zavascki, o que se está a discutir é o sentido e o alcance a ser dado à ressalva final do dispositivo do § 5º, do art. 37 da CF/88.

No que concerne às regras, não há que se olvidar que são editadas tão somente para serem aplicadas a situações jurídicas determinadas. Veja-se que o grau de determinabilidade demonstra a força da norma, devendo-se buscar a subsunção do fato à regra. Ora, mas afinal, qual o verdadeiro sentido da regra imposta no ordenamento jurídico? Vê-se, assim, o que logo leva-nos a saber que as regras têm como preceito fundamental a proposta de dirimir conflitos de interesses já existentes e/ou conflitos futuros.

Em uma análise crítica, Ávila¹⁷ buscou como coluna de base para sua pesquisa acerca de normas, regras e princípios, autores como Dworkin e Alexy. Ávila destaca o entendimento de Dworkin de que as regras são aplicadas de modo “tudo ou nada”. Noutro ponto, Ávila também destaca o posicionamento de Alexy, o qual advoga com veemência na defesa de que “as regras não podem e nem devem ser ponderadas”.

Um exemplo de que as regras podem ser ponderadas foi o caso levado ao Supremo Tribunal Federal de uma Prefeita que contratou um gari sem observância do requisito prescrito no inciso II, do art. 37 da Constituição da República de 1988. Não obstante a norma sobredita, o Pretório Excelso deixou de dar seguimento à ação cabível em que a Prefeita era denunciada por ato de improbidade administrativa, tendo em vista o fim a que a norma constitucional se destina e a capacidade do ato ímprobo de comprometer o erário público.

¹⁶ STF. **Prescrição da ação de ressarcimento ao erário tem repercussão geral.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=246671>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 48.

O Supremo, no caso em apreço, ponderando a norma constitucional e o princípio da razoabilidade, concluiu afastando a incidência daquela, por atentar contra a ordem natural das coisas, ao exigir realização de concurso público com o fulcro de se contratar uma única pessoa para o exercício de uma função de menor hierarquia (STF, 2ª Turma, HC 77.003-4-PE, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.6.1998).

Observa-se que a decisão foi tomada com base no princípio da proporcionalidade. Convém lembrar, nesse passo, que não é razoável perdurar no entendimento, ao ponto de afirmar que as regras estão enraizadas na aplicabilidade do modo “*tudo ou nada*” e/ou que “*não devem ser ponderadas*”. Vale dizer que tal entendimento seria demasiadamente embrionário, ensejando uma concepção formalista lastreada de excesso rigoroso do valor normativo descrito pela regra. Dito isto, nada impede que se conclua que as regras podem e devem ser ponderadas

Desse modo, os princípios no direito constitucional passaram a ser tidos como enunciados lógicos, servindo de vetores para soluções interpretativas. Assim, no momento em que examinados com visão de conjunto, os princípios alcançaram a pertinência necessária para conferir coerência geral ao sistema, exercendo função dinamizadora e prospectiva, refletindo a sua força sobre as normas constitucionais.

Os princípios foram então valorizados pelo constituinte, sendo recepcionados como vetores para soluções interpretativas das normas constitucionais. Exemplos disso são as diretrizes consagradas no bojo do art. 1º da Constituição de 1988, quais sejam a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo jurídico.

Passemos à análise do ponto fundamental do trabalho, abordando questões a despeito da imprescritibilidade, dentre as quais, refletem a mais notável insegurança no cenário jurídico.

A doutrina representada pelo jurista Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸ tem se manifestado contrariamente ao tormentoso instituto da imprescritibilidade na referida ação. O professor Bandeira de Mello, em obra recente, destacou duas questões relevantes acerca da imprescritibilidade.

A primeira delas, com a seguinte pergunta: “Qual seria, então, o prazo prescricional a vigorar nos casos de dano ao erário? Sem embargo, ele

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 1.081.

assim responde: (...) “Cinco anos, quando não houver má-fé e dez anos, no caso de má-fé - sempre contados a partir do término do mandato do governante em cujo período foi praticado o ato danoso”.

Em relação ao prazo de cinco anos, não é difícil perceber que o jurista segue basicamente a regra dos prazos administrativos como alude o art. 54 da Lei 9.784/99, assim também como o art. 23, I, da Lei 8.429/92. Entretanto, não resta dúvida que o prazo de dez anos apontado por Bandeira de Mello se dá por analogia com o direito privado, conforme teor do art. 205 do Código Civil, que a nosso ver parece duvidoso invocar institutos prescricionais do Direito Civil em matéria administrativa.

A segunda questão apontada pelo jurista está na produção de provas. Ainda se valendo das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹, ele cita o professor Emerson Gabardo, o qual em desfavor da imprescritibilidade preceitua que: “o de que com ela restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além do prazo razoável, de regra não demasiadamente longo”.

Não é crível que a imprescritibilidade no caso em questão deva ser vista como um elemento dotado de efeitos punitivos eternizados, ou seja, de “cadeias eternas”. Dar-se-á ao caso, a necessidade de frisar que a imprescritibilidade elimina valores essenciais plasmados na nova ordem constitucional contemporânea, como o direito de defesa, que diuturnamente é tolhido pela Administração Pública, a qual, em certos casos impõe ao administrado o dever de apresentar prova que seria demasiadamente chamada no processo civil de prova diabólica, ou seja, impossível.

Wolgran Junqueira Ferreira aponta outra questão, indagando se haveria possibilidade de atribuição de responsabilidade consistente aos herdeiros pelos prejuízos causados pelo *de cuius* ao erário. O referido autor entende que “sim, na força de sua herança, pois esta é, em tese, fruto daquele ilícito”²⁰. Pensamos que seria por demais prematura a concepção de que parte dos bens alcançados pelo *de cuius* foi advindo de prejuízos ao erário, o que geraria a mais ampla e radical insegurança jurídica.

Fábio Medina Osório²¹, pensando o conteúdo do § 5º, do art. 37, da

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Op.cit.**, p. 1.081.

²⁰ FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Julex, 1989, p. 348.

²¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?**. Revista de Direito Administrativo, v. 220, abr./jun. 2000.

CF/88, assim dispõe:

Sustentei, anteriormente, em outra obra, a ideia da imprescritibilidade dessas ações, defendendo-a sob um ponto de vista ideológico. Melhor refletindo sobre o assunto, parece-me que, ideologicamente, se mostra inaceitável tal tese, embora, pelo ângulo dogmático, não haja alternativa hermenêutica. Até mesmo um crime de homicídio (art. 121, caput, CP) sujeita-se ao prazo prescricional, por que uma ação por danos materiais ao erário escaparia desse tratamento? Dir-se-á que a medida não constitui uma “sanção”, eis a resposta (...). Sem embargo, a justificação constitucional para o instituto da prescrição é, sem dúvida, o princípio da segurança jurídica. Ninguém pode ficar à mercê de ações judiciais por tempo e prazo indefinidos ou, o que é pior, perpétuos (...). (grifos nossos).

Veja-se que a então ressalva do § 5º, tida como imprescritibilidade, demonstra notável mudança de paradigma da doutrina clássica e contemporânea.

No caso em questão não é tolerável uma ausência de limite para que alguém acione o outro por danos materiais ao erário. Conforme exposto pelo jurista, nem mesmo o crime de homicídio contemplou tal possibilidade, sendo que este crime afeta o bem jurídico de maior valor.

A ressalva final do parágrafo em comento tem ensejado dúvidas e inúmeras indagações quanto à regra geral das ações que é a prescrição. Aquela ressalva, a nosso ver, parece estar alocada no campo da norma constitucional, não auto-aplicável, pelo fato de estar delineada nas disposições tidas como norma incompleta ou insuficiente para a devida aplicabilidade. A essa luz, portanto, resta clarividente que um conjunto de normas, ou uma norma isolada, se aplica de forma plena por força da positividade clara, repete-se, positividade clara, que lhes confere plena normatividade.

Note-se bem: não se nega a relevância da necessidade de se recuperar os prejuízos ao erário para alcançar interesses essenciais a toda a sociedade, que devem ser tutelados pelo próprio Estado, já que este fora instituído como administrador da coisa pública e representante do povo. Noutras palavras, o instrumento ordenador da imprescritibilidade no caso que aqui vem sendo tratado, não pode ser elemento resultante de uma interpretação puramente

com anseio de punir. Mesmo assim, há que se considerar, que a expressão “ressalvados”, à luz do postulado do legislador racional, não deve ser entendida como imprescritível.

Registre-se, ainda, que não se trata evidentemente, de não tentar recuperar o prejuízo causado ao erário, no entanto, é de bom alvitre consignar que a aplicação da ressalva do § 5º em questão oferece insegurança ao administrado, mesmo porque a ressalva, conforme se verificou, hodiernamente é tida como norma incompleta ou insuficiente para a devida aplicabilidade.

Por tudo que foi exposto, é de se considerar que o sistema jurídico deve decorrer da harmonização e coerência, ou seja, valorando os bens e valores da norma, primordialmente quando se tratar de preceitos constitucionais. Por isso, a imprescritibilidade deve ser repensada e revista, sob a ótica da harmonia e coerência do sistema jurídico como um todo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da prescrição sempre esteve presente no Direito Administrativo Sancionador, sendo regra.

A ressalva final do § 5º, do art. 37 da Constituição da República, erroneamente tem sido interpretada no sentido e alcance de uma aparente imprescritibilidade das ações que decorrem de prejuízo ao erário, dado que a ressalva insculpida no final do parágrafo em comento, tem disseminado dúvidas e indagações quanto à sua normatividade, conforme fora demonstrado pela doutrina clássica e contemporânea no ramo do Direito Público, mais precisamente na esfera do Direito Constitucional e do Direito Administrativo.

Quanto ao modo como se tem olhado para a ressalva do parágrafo em alude, se impõem algumas advertências de ordem geral sobre as dúvidas a serem esclarecidas pela doutrina e pelo Poder Judiciário. Nessa altura, acerca da imprescritibilidade prevista no ordenamento jurídico, é importante registrar que todos os casos estão em interface com a vida do ser humano e com os direitos inerentes à personalidade, sendo estes, absolutos; inestimáveis, inalienáveis e imprescritíveis.

Essa prudência, a qual deve ser observada, acerca dos casos que enseja a imprescritibilidade, não pode ser ampliada ao ponto de abarcar as ações de ressarcimento ao erário pela prática de ilícitos praticados por agentes públicos. Manter essa visão exagerada no que refere à imprescritibilidade, seria afirmar genericamente que muito em breve todos os danos materiais ao

patrimônio público vão estar sob a égide da imprescritibilidade. O que não é aceitável.

No âmbito jurídico, em geral, emerge outra emblemática acerca da imprescritibilidade. Frente à ressalva do parágrafo em estudo, nos deparamos com conflito de dois princípios. De um lado, o ressarcimento ao erário sob o manto do princípio da indisponibilidade do interesse público e, de outro, o princípio da estabilidade das relações constituídas no tempo.

Nos casos de colisão, a aplicação de um princípio não leva necessariamente à perda de validade do princípio contraditório. Outrossim, frente à existência de princípios opostos, deve se furta do meio utilizado por via das regras, valorando, ademais, a dimensão dos valores discutidos em apreço, não afastando um em detrimento de outro.

Isto posto, veja-se, em linhas gerais, que a imprescritibilidade enseja indagações as quais, não têm tido respostas pela doutrina e tampouco pelo Poder Judiciário conforme fora demonstrado neste trabalho. O tema da imprescritibilidade aqui abordado ainda deve ser enfrentado com coragem conciliada com a cautela, pois a falta de fixação do lapso temporal no caso em comento representa ofensa ao devido processo legal.

Enfim, considerando que o tema central deste trabalho teve repercussão geral no Supremo Tribunal Federal recentemente (RE) 669069, e ainda se encontra pendente de julgamento, é forçoso, mesmo que com grande temor, acreditar que o óbvio e proporcional, será uma decisão dando interpretação distinta da que se tem fixada atualmente, apontando o prazo prescricional para a referida ação. Manter a imprescritibilidade nesse caso, por conta de “pecúnia”, seria o mais grave retrocesso.

ANALYSIS OF THE ACTION OF REMEDY IMPRESCRIPTIBILITY TO THE TREASURY

ABSTRACT

The research was inspired by a desire to contribute scientifically to a reflection about how it has mistakenly looked to the institute imprescriptibility in action for compensation to the public treasury. This work is intended to exegesis of the final proviso of § 5, Art. 37, of the Constitution, which provides for non-applicability in that action. It will demonstrate that the imprescriptibility, provided in this case, does not accord with the nuances of the new constitutional order, which erected the principle of human dignity as a fundamental building block of a democratic state. Another point that

demonstrates the relevance of the study is the finding that the rules can and should be considered, seeking the solution that best amolde fundamental rights. In this sense, the need for proportionality forward rules that grant privileges to the Public Administration, aiming at the end, just measure the relevance of the application to the prescription will prove itself.

Keywords: Non-Applicability; Proportionality; Human Dignity.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BORGES, Alice Maria Gonzales. **Temas do Direito Administrativo Atual (Estudos e Pareceres)**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA prescrição e outros prazos extintos**. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

EMERSON GARCIA, **Improbidade administrativa**, com Rogério Pacheco Alves, Lumen Juris, 2. ed. 2004.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Julex, 1989.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?** Revista de Direito Administrativo, v. 220, abr./jun. 2000.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

STF. **Prescrição da ação de ressarcimento ao erário tem repercussão geral**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=246671>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

