



Seção: Artigos Científicos

Erário público, dever de regresso e prescrição administrativa: a indisponibilidade do interesse público vs. a segurança jurídica na ação de ressarcimento proposta pelo Estado

Public treasury, duty to return and administrative prescription: the unavailability of public interest vs. certainty in action of remedy motion by the state

Emerson Affonso da Costa Moura

Resumo: A prescrição nas ações de ressarcimento ao Erário propostas pelo Estado é o tema posto em debate a partir da análise do regime jurídico-administrativo, do interesse público, de sua indisponibilidade como o seu epicentro, da prescrição enquanto instituto de preservação da segurança jurídica nas relações privadas e sua função no direito público e, em específico, no direito administrativo, bem como do dever de regresso em caso de violação ao Erário e da controvérsia sobre a existência de prazo prescricional da ação proposta pelo Estado a partir da redação do artigo 37 parágrafo 5º da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: erário; prescrição administrativa; direito de regresso; ação de regresso; interesse público.

Abstract: The limitation on claims for reimbursement to the state ex chequer proposal is put to debate the issue, from the analysis of the legal and administrative arrangements and the public interest and their unavailability as its epicenter, prescription institute while preserving legal certainty in private relationships and their role in public law, in particular, in administrative law, as well as the obligation to return in case of violation of the public purse and controversy of the existence of equitable toll in the proposed action by the State from the wording of Article 37 paragraph 5 of the Federal Constitution of 1988.

Keywords: public treasury; administrative prescription; law of return, return action, public interest.

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v1i2p454-470>

Artigo submetido em: fevereiro de 2014

Aprovado em: junho de 2014

Este conteúdo está protegido pela lei de direitos autorais. É permitida a reprodução do conteúdo, desde que indicada a fonte como "Conteúdo da Revista Digital de Direito Administrativo". A RDDA constitui veículo de excelência criado para divulgar pesquisa em formato de artigos científicos, comentários a julgados, resenhas de livros e considerações sobre inovações normativas.

ERÁRIO PÚBLICO, DEVER DE REGRESSO E PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA: A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO VS. A SEGURANÇA JURÍDICA NA AÇÃO DE RESSARCIMENTO PROPOSTA PELO ESTADO

Emerson Affonso da Costa MOURA*

Sumário: 1 Considerações iniciais; 2 O regime jurídico-administrativo e a indisponibilidade do interesse e do patrimônio público; 3 A prescrição e segurança jurídica na relação jurídico-administrativa; 4 O ilícito administrativo, o dever de regresso e a ação de ressarcimento; 5 Conclusão; 6 Referências bibliográficas.

1 Considerações iniciais

Os agentes públicos, enquanto elemento humano do Estado, exercem a função pública como seus prepostos, correspondendo suas manifestações à projeção da própria vontade do ente estatal, que é imputada ao mesmo em razão da integração deles aos órgãos públicos no exercício de suas atribuições ou a aparência de fazê-los.

Embora no Estado de Direito a atuação desses agentes estatais deva ser pautada pela legalidade, no exercício de suas funções ou em nome delas, eles podem atuar à margem do Direito, ultrapassando, sob o manto da função pública, os limites impostos pela ordem jurídica, causando danos à coletividade em geral ou a particulares individualizados.

Nesse tocante, o ilícito administrativo¹ praticado pelos agentes públicos, inclusive com a colaboração de particulares, pode gerar dano ao Erário, por via *direta* mediante a prática de atos comissivos ou omissivos que causem diretamente lesão ao *patrimônio público* em sentido amplo², como o desfalque, o desvio, o superfaturamento, a perda, dentre outros.

Sob outro ângulo, por via *reflexa*, podem atingir a *res publicae* no viés econômico mediante a prática pelos agentes estatais de atos comissivos ou omissivos que gerem

* Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense. Professor Substituto na Universidade Federal Fluminense, Professor 1 na Universidade Veiga de Almeida e Professor Convidado da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Escola Superior de Advocacia da OAB/RJ. Membro da Comissão de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros. Advogado no Rio de Janeiro. E-mail emersonacmoura@yahoo.com.br.

¹ A ilicitude jurídica é uma só e do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. A distinção entre os ilícitos deve-se por interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e espaço, em definir o maior ou menor grau de cada conduta ilícita na ofensa do bem jurídico tutelado, albergando-a sob a esfera do ilícito administrativo, penal ou civil (HUNGRIA, 1945, p. 24 e 26).

² Utiliza-se o conceito da Lei 4.717 de 1965 para considerar como patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico que compõem o patrimônio da Administração Pública Direta ou Indireta, bem como, de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos (BRASIL, Lei 4.717, 1965, Art. 1º).

danos não juridicamente suportáveis a administrados, que em razão da cláusula geral de responsabilidade civil do Estado³, importará na reparação pecuniária pelo ente federado.

Em um ou outro caso, caberá ao Estado, com fundamento na lesão ao interesse público e na vedação do enriquecimento ilícito, a propositura de ação de ressarcimento em face do agente estatal e dos terceiros envolvidos a fim de assegurar a integral reparação do dano causado ao Erário.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que os ilícitos praticados pelos agentes públicos *latu sensu* que causem prejuízo ao Erário seriam dotados de prazos prescricionais específicos, a ser fixado por lei posterior, porém, ressaltando as respectivas ações de ressarcimento⁴.

Instaurou-se na doutrina a controvérsia acerca da incidência ou não da prescrição administrativa no direito de regresso, sustentando alguns, com fulcro no interesse público, a imprescritibilidade da ação de reparação e outros, com fundamento na segurança jurídica, o direito à prescrição na referida medida judicial.

Reveste-se de tal importância a fixação da existência dessa prescrição administrativa, bem como, de seu prazo e o momento que começa a fruir para a propositura da ação de regresso em face do ilícito praticado pelo agente público, uma vez que em certas hipóteses dependerá da prévia sentença condenatória como no caso da responsabilidade civil do Estado.

Busca o presente trabalho, portanto, investigar a incidência ou não da prescrição administrativa nas ações de ressarcimento ao Erário proposta pelo Estado em razão de ilícitos praticados por agentes públicos *lato sensu*, fixando seus fundamentos, seu prazo e o momento em que se iniciaria.

De início, busca a pesquisa analisar o regime jurídico-administrativo em seu conceito e caracteres essenciais, de forma a delimitar na disciplina específica das relações entre o Estado e seus agentes, e entre a Administração Pública e os administrados, como elemento central, a persecução do interesse público e, por efeito, a indisponibilidade do patrimônio público.

Após, volta-se o trabalho ao estudo da prescrição enquanto instituto de preservação da segurança jurídica nas relações privadas e a sua função no direito administrativo, de

³ A cláusula geral de responsabilidade civil do Estado está prevista na Constituição Federal de 1988: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (BRASIL, Constituição Federal, 1988, Artigo 37 § 6º).

⁴ Dispõe a Constituição Federal de 1988: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressaltados às respectivas ações de ressarcimento.” (BRASIL, Constituição Federal, 1988, Artigo 37, §5º).

forma a delimitar o papel específico exercido sob um regime de direito público e, portanto, um regime distinto da prescrição administrativa.

Por fim, o artigo trata do poder-dever de regresso do Estado em caso de violação ao Erário e da controvérsia sobre a existência de prazo prescricional na ação de reparação proposta pelo Estado em face dos agentes públicos *latu sensu* partir do artigo 37, §5º da Constituição Federal de 1988.

2 O regime jurídico-administrativo e a indisponibilidade do interesse e do patrimônio público

O Direito Administrativo, enquanto ramo do Direito Público, assenta-se sob um conjunto de normas, categorias e institutos, que formam uma disciplina específica que regula o exercício da atividade administrativa, bem como da relação jurídica formada entre o Estado-Administração e a sociedade, que é designado como o regime jurídico-administrativo.

Essa disciplina administrativa tende a ser identificada pelos seus traços distintivos, ou seja, pelo conjunto de *prerrogativas ou potestades públicas* do qual é dotada a Administração Pública na persecução de suas finalidades em relação aos administrados, que denota a sua especialidade em relação ao Direito Comum (CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 276).

Tal qual qualquer ciência, esse regime jurídico-administrativo se estrutura sobre bases ou fundamentos que dão coesão e lógica a essa disciplina específica e justificativa a tais traços distintivos, que orientam a produção, a interpretação e a aplicação das regras, categorias e institutos do direito administrativo.

Ademais, tais princípios orientam o exercício da atuação administrativa, bem como a relação jurídica formada entre a Administração Pública e os administrados, inclusive seus agentes, correspondendo a critério de aferição do grau de legalidade e legitimidade de sua conduta, a partir da observância dos seus princípios basilares.

No Brasil, sustenta a maior parte da doutrina, como fundamento do regime jurídico-administrativo, a qualificação com primazia de determinados interesses pertinentes da sociedade – *interesse público* - em detrimento dos indivíduos considerados singularmente – *interesses privados* (MELLO, 2006, p. 52 e 66) (CARVALHO FILHO, 2012, p. 33) (DI PIETRO, 2012, p. 62).

Por efeito, são tidos como princípios basilares da disciplina administrativa, a *supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade pela Administração do interesse público*, que colocam a Administração Pública em uma

posição privilegiada em relação aos particulares e a dota de privilégios e poderes para a consecução de tais fins.⁵

Pela supremacia do interesse público sobre o privado proclama-se a superioridade do interesse da coletividade em relação aos interesses do particular, com a sua prevalência apriorística, abstrata e absoluta sobre os direitos do indivíduo, ainda, quando se tratar de atividades sob regime de direito privado (MELLO, 2006, p. 66 e 70).

Pela indisponibilidade do interesse público, a Administração Pública não tem a livre disposição sobre os bens e interesses da coletividade que são confiados à sua guarda e a realização, de forma que os poderes e prerrogativas administrativas concedidas correspondem à poder-dever, de curá-los nos termos da finalidade ao qual estão adstritos (DI PIETRO, 2012, p. 67).

Com efeito, se estrutura o regime jurídico-administrativo sob a incidência de tais princípios, de forma que a criação, interpretação e aplicação dos *princípios* e *regras* do direito administrativo ocorrem sob o *influxo* do interesse público garantindo a sua primazia e indisponibilidade em relação aos demais interesses.

No que tange aos *princípios*, tem-se a submissão da atuação administrativa aos princípios gerais - *Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência*— dentre outros que garantem a persecução da satisfação dos interesses públicos em observância aos preceitos legais e éticos, de forma pública, impessoal e eficiente.

No que se refere às *regras*, observa-se a imposição daquelas que preservam, nas relações jurídico-administrativas, a tutela do interesse público ao revés dos privados, como a exigência de concurso público para investidura em cargo e emprego público, de licitação para a contratação de obras, serviços, compras e alienações através da licitação, dentre outros.

Assume tal importância, quando relativa ao *patrimônio público* onde o ordenamento jurídico concede um complexo normativo voltado a garantir a primazia e indisponibilidade do interesse público mediante a criação de medidas de apuração do ilícito administrativo e condenação dos responsáveis, bem como, da preservação e recomposição do Erário.

Assim, a Lei da Ação Popular dispõe sobre a legitimidade de qualquer cidadão para requerer a anulação de atos lesivos aos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, que compõem o patrimônio da Administração Pública

⁵ Forma-se uma *verticalização* na relação entre Administração Pública e administrado, que gera no conflito entre o interesse da coletividade e o direito do indivíduo a prevalência do primeiro sobre outros. Na aplicação da lei, cabe o julgador estabelecer o equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, porém, sem jamais perder de vista aquela supremacia. (MEIRELLES, 2005, p. 49).

Direta e Indireta, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos (BRASIL, Lei 4.717, 1965, Art. 1º).

Prevê que a sentença condenatória, além de decretar a invalidade do ato impugnado, condenará os responsáveis pela sua prática ou os seus beneficiários à restituição de bens ou valores ao Erário, além do pagamento de perdas e danos ressaltando a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em dolo ou culpa.

Garante, na preservação do patrimônio público, a legitimidade extraordinária do Ministério Público em caso de desistência da ação, desídia do autor (BRASIL, Lei 4.717, 1965, Art. 9º) ou não promoção da execução (BRASIL, Lei 4.717, 1965, Art. 16), a execução da sentença pelo ente lesado em relação aos demais réus (BRASIL, Lei 4.717, 1965, Art. 17) e a sujeição ao duplo grau de jurisdição em caso de carência ou improcedência da ação (BRASIL, Lei 4.717, 1965, Art. 19).

Prevê, ainda, que a sentença produzirá efeito erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova, em que qualquer cidadão poderá pleitear novamente a anulação (BRASIL, Lei 4.717, 1965, Art. 18), bem como, a possibilidade de propositura de recurso contra sentenças ou decisões contrárias ao autor, por qualquer cidadão ou Ministério Público (BRASIL, Lei 4.717, 1965, Art. 19, §2º).

Em igual sentindo, a Lei da Ação Civil Pública prevê as ações de responsabilidade pelos danos morais e patrimoniais causados, dentre outros ao patrimônio público, como tal, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, além de qualquer outro interesse difuso ou coletivo (BRASIL, Lei 7.347, 1985, Art. 1º).

Garante, além da imposição de cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva e na omissiva, a condenação em dinheiro, com a reversão da indenização pelo dano causado a um fundo de gestão compartilhada, cuja finalidade dos recursos é reconstituir os bens lesados do patrimônio público (BRASIL, Lei 7.347, 1985, Art. 13).

Alberga, também, com fins de proteção ao patrimônio público, a possibilidade de propositura da ação cautelar para evitar ou conter o dano aos bens tutelados (BRASIL, Lei 7.347, 1985, Art. 4º), bem como o dever dos agentes públicos *latu sensu*, inclusive dos magistrados de provocar a iniciativa do Ministério Público (BRASIL, Lei 7.347, 1985, Art. 6º e 7º) dentre outras.

Relativiza os efeitos da coisa julgada material, de forma que, se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (BRASIL, Lei 7.347, 1985,

Art. 16), mitigando, portanto, a segurança e estabilidade das relações jurídicas em prol da indisponibilidade do patrimônio público.

Do mesmo modo, a Lei de Improbidade Administrativa prevê os atos praticados por agentes públicos *lato sensu* contra a Administração Pública e empresa incorporada ao patrimônio público, entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido com a maioria do seu patrimônio ou receita anual ou que receba subvenção, benefício ou incentivo (BRASIL, Lei 8.429, 1990, Art. 1º).

Estipula que no caso da lesão ao *patrimônio público* independente da conduta ser comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, o agente público ou terceiro, responderá com o seu patrimônio cabendo à indisponibilidade dos seus bens que assegure o integral ressarcimento do dano causado ao erário (BRASIL, Lei 8.429, 1990, Art. 7º).

Impõe, além das sanções penais, civis e administrativas, o ressarcimento integral do dano causado ao patrimônio público, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente, além da perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais (BRASIL, Lei 8.429, 1990, Art. 12, inciso II).

Ainda a título de guisa, a Lei de Responsabilidade Fiscal, em defesa do erário público, considera não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não acompanhada da estimativa do impacto orçamentário-financeiro, demonstre adequação com as leis orçamentárias dentre outras (BRASIL, Lei Complementar 101, 2005, Art. 15).

Ademais, veda a alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para o financiamento de despesa corrente (BRASIL, Lei Complementar 101, 2005, Art.44), bem como a inclusão de novos projetos na lei orçamentária e leis de créditos adicionais após adequadamente atendidos os em andamento e contempladas as despesas de conservação do patrimônio público (BRASIL, Lei Complementar 101, 2005, Art. 45).

Note, portanto, que o complexo normativo ao qual se submete o patrimônio público é voltado à proteção e promoção dos respectivos bens e interesses da coletividade, mediante a imposição de regras e princípios que reforçam a primazia e indisponibilidade do interesse público sobre os interesses eventuais dos particulares causadores dos atos lesivos.

Assim, em razão da supremacia do interesse público sobre o privado decorrem diversas regras, que reforçam a proeminência da preservação e recomposição do patrimônio público sobre os interesses patrimoniais dos entes privados, como a mitigação da coisa julgada material, o reexame necessário no duplo grau de jurisdição, dentre outros.

Do mesmo modo, devido à indisponibilidade do interesse público, surgem distintas regras que impedem a livre disposição dos bens e interesses, impondo a adoção das medidas cabíveis para a sua proteção e reparação, como a legitimidade extraordinária do Ministério Público, a execução pelo ente lesado em face dos demais réus dentre outros.

Abrange, ainda, a estipulação, pela Constituição, de prazos prescricionais distintos do comum a serem fixados em lei, que os ilícitos praticados pelos agentes públicos *latu sensu* que causem prejuízo ao Erário se submetem, ressalvando destes as respectivas ações de ressarcimento (BRASIL, §5º da Constituição Federal de 1988. Art.37).

A fixação de prescrições administrativas, distintas do direito comum, decorre deste regime jurídico próprio a que se submete a Administração Pública e seus agentes, que denota na ponderação realizada pelo legislador a primazia do interesse público – *preservação do patrimônio público* – sobre os interesses privados – *segurança nas relações jurídicas*.

O tema será tratado a seguir.

3 A prescrição e segurança jurídica na relação jurídico-administrativa

Corresponde a prescrição, a perda da pretensão jurídica de exercício de um direito subjetivo pela inércia do titular em prazo legalmente imposto. Tem como fundamento um motivo de ordem pública, de não perturbação de situações contrárias constituídas no tempo, porém, no *interesse privado* do favorecido, sendo apenas pronunciada a seu requerimento (PEREIRA, 2004, p. 689-691).

Assim, correlaciona-se a prescrição com o princípio da garantia da segurança e estabilidades das relações jurídicas, de forma a resguardar o interesse privado do sujeito cuja situação já foi consolidada no tempo, da adoção de qualquer medida contrária por outrem capaz de atingi-lo com fins de sua desconstituição.

Embora seja instituto eminentemente processual, a prescrição será dotada de traços distintivos conforme a natureza da relação jurídica material envolvida e, portanto, do regime jurídico ao qual se submete, em razão das peculiaridades que possuem as normas, categoria e institutos no regime de direito público – voltado à satisfação do interesse público - ou privado – voltado à proteção da autonomia privada.

Assim, por exemplo, no regime jurídico-administrativo, os atos jurídicos são dotados de características - presunção de legitimidade, autoexecutoriedade e coercitividade – distintas das do regime civil e os negócios jurídicos bilaterais de cláusulas exorbitantes – rescisão e alteração unilateral, sanção e fiscalização – superiores aos do direito privado.

Da mesma forma, no que tange a prescrição, não cabe a aplicação de suas normas do direito privado, ainda que na ausência de especificação legal em certos casos dos prazos de prescrição para o Estado, uma vez que as razões que informam e orienta o direito público são distintas do direito privado, devendo buscar nele seus fundamentos (MELLO, 2009, p. 1046).

Porém, diante da falta de normas que regulem a prescrição em certos casos, parte da doutrina sustenta que considerar a imprescritibilidade não coaduna com o princípio da segurança jurídica enquanto corolário do Estado de Direito, devendo ser buscando no plano normativo infraconstitucional o referido prazo (GRINOVER, 2005, p. 55-92).

Porém, no campo do direito privado, embora a prescritibilidade seja a regra alcançando os direitos subjetivos patrimoniais de caráter privado, a imprescritibilidade é garantida quando há um interesse público envolvido que se sobressai: como os direitos de personalidade ou estado de pessoa, as liberdades fundamentais, os direitos políticos e outros (PEREIRA, 2004, p. 687).

Na esfera do direito público, verifica-se a prescritibilidade das pretensões do administrado em face do Estado pela via judicial no prazo de cinco anos, bem como, na via administrativa no caso da reclamação administrativa se não tiver outro lapso fixado em lei no prazo de um ano (BRASIL, Decreto 20.910 de 1932. Art. 1º, 2º e 6º).

Também se observa a prescritibilidade das pretensões da Administração Pública contra os administrados de forma *restrita*, como no caso de exercício de poder de polícia⁶ ou de matéria tributária (BRASIL, Código Tributário Nacional. Art.174), além do prazo decadencial no caso de autotutela⁷, mas sem a fixação de um prazo genérico de prescrição nas ditas ações o que coaduna com o interesse público.

Isto porque, embora a prescrição atue na proteção da segurança jurídica no Direito Público não exerce o mesmo papel no Direito Privado, uma vez que, não é o suficiente para pacificar a estabilidade das relações jurídicas que se submetem ao poder de autotutela da Administração Pública (ZANCANER, 2011, p. 77) com fins de proteção do interesse público.

Trata-se o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo, de princípio expresso na lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, como a interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o

⁶ Prevê que prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. (BRASIL, Lei 9.873, 1999, Art. 1º)

⁷ Dispõe o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decaem em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. (BRASIL, Lei 9.784, 1999, Art. 54)

atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação (BRASIL, Lei 9.784, 1999, Art. 2º).

Note, portanto, que na sua consagração pela ordem jurídica, a função assumida pela Segurança Jurídica deve se adequar ao interesse público que orienta a formação do regime jurídico-administrativo e orienta a produção, interpretação e aplicação das normas, categorias e institutos da referida disciplina.

Por efeito, o Princípio da Segurança Jurídica embora a garantia do indivíduo contra mudança de interpretação de dada norma jurídica capaz de afetar situações reconhecidas e consolidadas sob a vigência de orientação anterior, não assume aplicação absoluta no regime jurídico-administrativo se sujeitando a tutela do interesse público.

Assim, não impede que seja exercido o poder de autotutela com a anulação pela Administração Pública dos atos praticados com inobservância da lei, sendo que tal declaração será dotada de efeitos *ex tunc* para alcançar os atos e situações já consolidados sob a vigência anterior, independente da segurança jurídica, uma vez que atos ilegais não geram direitos (DI PIETRO, 2012, p. 86).

Ademais, se por um lado preserva o ordenamento jurídico os interesses privados reconhecidos e consolidados no tempo garantindo a estabilidade das relações jurídicas⁸, por outro garante a sua adequação e submissão aos interesses da coletividade permitindo a persecução do interesse público em distintas hipóteses.

Embora garantido, por exemplo, o direito de propriedade e as prerrogativas inerentes de uso, fruição e disposição, que abrangem a abstenção, sendo imposto a proprietário de solo urbano que durante décadas não realizou aproveitamento da propriedade urbana, pelo plano diretor a exigência de edificação, não poderá pela segurança jurídica se evadir do dever.

Da mesma forma, não viola a segurança e estabilidade das relações jurídicas o reconhecimento de não incidência da prescrição em dadas hipóteses pelo regime jurídico-administrativo, uma vez que na tensão pode sobrepor-se o interesse público e o privado como ocorre no caso do ilícito administrativo que causa dano ao erário público.

⁸ Dispõe a Constituição da República no Artigo 5º XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

4 O ilícito administrativo, o dever de regresso e a ação de ressarcimento

Corresponde o ilícito administrativo, a lesão efetiva ou potencial a bem ou interesse público juridicamente tutelado pela ordem jurídico-administrativa, que sujeitam o seu responsável a obrigação de direito administrativo, de abstenção ou de atuação (HUNGRIA, 1945, p. 26), evitando ou recompondo o patrimônio público *latu sensu*.

Sob um ângulo, os ilícitos administrativos podem causar lesão *direta* ao patrimônio público quando importarem na perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da Administração Pública Direta ou Indireta, bem como, das entidades privadas subvencionadas pelo erário público.

Isto ocorre, por exemplo, quando o agente público facilita, permite ou concorre para que haja incorporação a título oneroso ou gratuito, ou a locação ou a utilização de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial público ao patrimônio particular, sem observância aos preceitos da legalidade ou da moralidade administrativa.

Por outro prisma, a conduta ilícita dos agentes, também, pode causar lesão por *via reflexa* ao patrimônio público, quando por ação ou omissão, no exercício da função ou a pretexto deste, causa-se dano anormal e não legitimamente suportável pelo particular, ensejando o dever de reparação.

Neste caso, em razão da cláusula geral de responsabilidade civil do Estado, consagrada na Constituição Federal de 1988, 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, Constituição Federal, 1988, Art. 37, §6º).

Abrange, portanto, as condutas comissivas ou omissivas, praticadas pelos agentes públicos *latu sensu* – políticos ou civis com ou sem vínculos de trabalho – independente do seu *animus* – dolo ou culpa – desde que verificada a existência de dano não legitimamente suportado e o nexo causal que o ligue a conduta do agente estatal.

Todavia, 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).

Embora usualmente referido como direito de regresso, traduz-se como um dever jurídico de adotar as medidas necessárias, uma vez que a Administração Pública em razão da autotutela deve sanar as suas ilegalidades, corrigindo a sua atuação à

persecução do interesse público, *in casu*, a recomposição do prejuízo sofrido pelo erário por ato de seu agente.

Neste tocante, dispõe a Constituição Federal de 1988 que cabe ao legislador fixar prazos prescricionais próprios para os ilícitos praticados pelos agentes públicos *latu sensu* que causem prejuízo ao erário se submetem, ressaltando destes as respectivas ações de ressarcimento (BRASIL, Constituição Federal de 1988. Art. 37) o que levou a divergência se estas são imprescritíveis ou não.

Alguns autores sustentam com fundamento no *direito de defesa* a prescritebilidade da ação de ressarcimento, uma vez que seria impossível ao agente público fazer a prova de documentação que é por ele guardada geralmente por prazo razoável em período inferior ao do Poder Público de manter os seus arquivos (MELLO, 2011, p. 1073).

Parece equivocado tal entendimento, uma vez que, o ilícito administrativo não se refere ao ato particular do agente público, mas conduta exercida pelo mesmo na função pública ou a seu pretexto, de forma que eventual prova documental tenderá quase sempre a coincidir com documento público não em posse do particular, mas da própria Administração Pública.

Porém, ainda, que dependa de prova sob posse do agente público, a previsão da imprescritebilidade não impede que na ação de ressarcimento, seja afastado o ônus probatório em relação a produção de prova de difícil obtenção – a prova diabólica – sendo utilizado pelo órgão jurisdicional os demais elementos probatórios na formação do seu convencimento.

Dispensar, todavia, a imprescritebilidade da ação de ressarcimento diante da impossibilidade da guarda por prazo além do razoável pelo agente público dos documentos, violaria o princípio constitucional de proteção do erário público ao dispensar o agente privado do ônus probatório de demonstrar que não lesou o patrimônio da sociedade (CARVALHO FILHO, 2012, p. 1092).

Filia-se, portanto, ao entendimento que o prejuízo ao direito de defesa – interesse privado do agente público – configura frágil argumento diante do objeto da tutela da norma que é a proteção do patrimônio público – interesse público da sociedade – esperando-se do agente público o mínimo de prudência na preservação de prova dos seus atos (DI PIETRO, 2012, p. 906).

Outros se apoiam na *interpretação histórica*, na análise dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, para sustentar na rejeição das emendas em que continha a palavra *imprescritível* e a redação final com o termo *ressalvadas* que as ações de ressarcimento se sujeitam a prazos diferentes das sanções punitivas (FERREIRA, 1991, p. 313).

De igual modo, não parece adequado, a utilização da interpretação histórica para fixar o conteúdo da norma. Uma vez que a Constituição se distancia da conjuntura histórica e política em que foi promulgada, a vontade subjetiva do legislador é substituída gradualmente pelo sentido e objetivo da norma (BARROSO, 2009, p. 293).

Uma vez que a referida norma constitucional integra o regime jurídico ao qual se disciplina o exercício da função administrativa, mais adequado do que buscar o sentido da norma que o constituinte originário queria dar é interpretá-la de forma sistemática com a disciplina ao qual se insere, de modo a extrair o sentido que ela efetivamente possui.

Neste sentido, sendo estruturado o regime jurídico-administrativo sob a primazia e indisponibilidade do interesse público, a interpretação mais adequada à referida norma constitucional é da imprescritibilidade da ação de ressarcimento do Estado como garantia da preservação e recomposição do patrimônio público.

O entendimento em contrário, da existência de prescritibilidade da ação de ressarcimento do Estado importaria na negação do próprio regime jurídico específico a que se submete a Administração Pública e a assunção de uma posição de igualdade na relação jurídica formada com o agente causador do ilícito administrativo.

Isto porque, diante da inexistência de lei que fixe o prazo prescricional das ações de ressarcimento ajuizadas, resta apenas como referência, as regras especiais de pretensão da reparação em face da Fazenda Pública, a saber, no prazo de 5 (cinco) anos⁹ ou a regra geral de pretensão da reparação civil de 3 (três) anos¹⁰.

Por esta via, equipararia o prazo prescricional na ação de reparação proposta pelo particular em face do Estado com a do Estado em face de seus agentes públicos, o que não coaduna com o regime jurídico-administrativo que voltado à satisfação do interesse público, importa na sua primazia em relação aos interesses particulares.

Ademais, a disciplina administrativa concede ao Estado um conjunto de prerrogativas para a persecução do interesse público, inclusive processuais, que coloca a Administração Pública em posição de superioridade em relação aos administrados, também no litígio contra a Fazenda Pública.

O universo e complexidade de litígios que decorrem da atividade estatal, bem como, os interesses públicos envolvidos, não podem permitir situação de inteira igualdade entre a Administração Pública e o administrado na relação processual, sendo

⁹ Assim, dispõe o Decreto nº. 20.910/32: “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 05 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem. (BRASIL, Decreto 20.910, 1932, Art. 1º).

¹⁰ Desta forma, dispõe o Código Civil de 2002: “Prescreve: § 3º Em três anos: V - a pretensão de reparação civil;” (BRASIL, Código Civil, 2002, Art. 206).

concedidas prerrogativas para a Fazenda Pública em juízo^(CARVALHO FILHO, 2012, p. 1100).

Assim, é garantida prerrogativas no processo, como os prazos diferenciados para contestação e propositura de recurso (BRASIL, Código de Processo Civil. Art. 188), o reexame necessário das sentenças proferidas contra o Estado BRASIL, Código de Processo Civil. Art. 475), a dispensa de preparo do recurso, assim como são impostas restrições aos litigantes na relação com a Fazenda Pública (BRASIL, Código de Processo Civil. Art. 511).

Por efeito, não é possível aplicar o prazo prescricional que é concedido por lei aos particulares para a Administração Pública, sob pena de equiparar o *interesse privado* – de mera satisfação pecuniária do particular – com o *interesse público* – de recompor o patrimônio público para satisfação das necessidades de toda a coletividade.

Ademais, se adotada interpretação literal, verifica-se que a ressalva imposta pela norma constitucional, busca excluir as ações de ressarcimento aos prazos prescricionais fixados para os ilícitos administrativos praticados por qualquer agente público *latu sensu* que causem prejuízos ao erário público.

Neste sentido, sustentar que busca a norma constitucional ao fazer a ressalva não submeter a ação de ressarcimento do patrimônio público ao prazo prescricional diferenciado daquele especial que será definido em lei para as responsabilidades administrativas ou penais, importa em aduzir que a referida ação será atingida, a priori, pelo prazo prescricional comum.

Este entendimento subverte a própria tutela da norma constitucional, uma vez que, apuração do ilícito administrativa que cause prejuízo ao erário, tem por finalidade não apenas preservar a legalidade mediante a correção do desvio com a aplicação da sanção ao agente público, mas garantir também a restauração ou reparação do patrimônio público.

Assim, a interpretação da submissão da ação de ressarcimento da *res publicae* a prazo prescricional distinto do prazo especial a ser fixado por lei para as ações de responsabilidade criminal ou administrativa, apenas encontraria sentido se admitido que por prazo superior, o que demandaria nova interposição legislativa.

Todavia, este pensamento, carece também de fundamentos, uma vez que o artigo 37 §5º da Constituição Federal, apenas faz a ressalva das ações de ressarcimento, sem indicar que estas se sujeitariam a prazo prescricional distinto existente na ordem jurídica ou a ser fixado em lei a ser editada.

Por efeito, se afigura mais correto, o entendimento de parte da doutrina que as ações de ressarcimento por danos causados por agentes públicos são imprescritíveis, de

sorte que, ainda que para outros fins a ação de responsabilização penal ou administrativa esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto a recomposição do patrimônio público (DI PIETRO, 2012, p. 906).

Embora seja objeto de críticas em razão da segurança e estabilidade das relações jurídicas, a adoção da imprescritibilidade justifica-se pela recomposição do erário, enquanto relevante componente do patrimônio público e da própria sociedade, que se sobrepõe sobre o interesse do particular de não perturbação da situação anterior (CARVALHO FILHO, 2012, p. 1092).

Assim, na ponderação entre a segurança jurídica da relação formada entre o Estado e o agente público causador do ilícito administrativo e a moralidade e preservação do patrimônio público, diante das diretrizes traçadas pela Constituição, deve prevalecer a imprescritibilidade em exegese mais favorável ao bem comum (MANCUSO, 2010, p. 452).

Assim é imprescritível é toda ação que objetive o ressarcimento integral do dano seja ele moral ou material ao erário público (SAMPAIO, 2002, p. 170-171), de forma que apenas aquela que tenha por objeto a aplicação das demais sanções da Lei de Improbidade Administrativa estará sujeita ao prazo prescricional (GARCIA, 2008, p. 500).

Uma vez que se trata de norma constitucional advinda do poder constituinte originário, não cabe a invocação de norma infraconstitucional, de forma que o prazo fixado na legislação anterior se encontra revogado tratando-se de reparação do erário público e na legislação posterior deverá se submeter a interpretação conforme a Constituição (MARTINS JUNIOR, 2009, p 384-387).

O Supremo Tribunal Federal que tem precedentes da tese da imprescritibilidade das ações que visam o ressarcimento do erário público (BRASIL, STF, AI 712435) (BRASIL, STF, RE 578428) (BRASIL, STF, MS 26210) recentemente reconheceu a repercussão geral da matéria, em Recurso Extraordinário pendente de julgamento proposto sobre decisões das instâncias inferiores de aplicação do prazo de cinco anos (BRASIL, STF, RE 669069).

5 Conclusão

Buscou o presente trabalho, investigar a incidência ou não da prescrição administrativa nas ações de ressarcimento ao erário público proposta pelo Estado em razão de ilícitos praticados por agentes públicos *latu sensu*, fixando seus fundamentos, qual seria o seu prazo e o momento em que se iniciaria.

De início, analisou-se o regime jurídico-administrativo fixando o interesse público como seu princípio estruturante ou fundamento geral, de forma que a sua primazia e a indisponibilidade em relação aos interesses privados orientam a produção,

interpretação e aplicação das normas, categorias e institutos da disciplina administrativa.

Após, voltou-se o estudo à prescrição enquanto correlato à segurança e estabilidade das relações jurídica extraíndo que assume função distinta no regime jurídico-administrativo cabendo a restrição da segurança jurídica diante do dever de autotutela da Administração Pública e perante a primazia do interesse público sobre os privados.

Por fim, tratou-se do ilícito administrativo que causa dano direto ou reflexo ao erário público, verificando que o artigo 37 §5º da Constituição Federal de 1988 enseja duas interpretações, a saber, a sujeição da ação de ressarcimento do erário públicos a prazos prescricionais distintos da ação administrativa ou penal ou a sua imprescritibilidade.

Neste tocante, verificou-se que o mesmo consagra a imprescritibilidade da ação de ressarcimento em razão do interesse público - exteriorizado na preservação e recomposição do patrimônio público - impõe a sua supremacia e indisponibilidade em face do interesse privado – de segurança da relação jurídica entre o agente causador do ilícito e a Administração.

Tal entendimento, não importa em desconsiderar que a Administração Pública se submeta aos prazos prescricionais e não preserve a segurança jurídica, mas que sob a égide de um regime jurídico-administrativo voltado a persecução dos interesses públicos, optou-se por garantir a proteção dos bens da sociedade, ao revés, das expectativas do agente público.

Significa, sustentar que a Constituição Federal optou por diferenciar a pretensão estatal de ressarcimento ao erário público pela lesão causado por seus agentes, do padrão ou regra geral da prescricibilidade, em uma ressalva constitucional ao princípio *dormientibus non succurrit jus* com fins de proteger o interesse público. (SILVA, 2006. p. 673).

6 Referência bibliográfica

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 1ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 25ª ed. rev., atual. e ampla. São Paulo: Atlas, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Sergio de Andréa. *Comentários à Constituição*, 3º vol. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1991. p. 313.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 1, n. 1, 1945.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo; TARTUCE, Fernanda. Prescreve a pretensão ao ressarcimento por improbidade administrativa? in CHEIM JORGE, F. (org.) *Temas de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 30ª ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. Malheiros: São Paulo, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 235, jan./mar. 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. 1. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A probidade na era dos desencantos. Crise e propostas de restauração da integridade dogmática da Lei 8.429/92, in ANJOS, R. dos; DINO, N.; FREITAS, N. de; SAMPAIO, J. A. L. (org.). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e Invalidação dos Atos Administrativos*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.