



## Declarar a inexistência de pretensões sancionadoras



Recentemente, deparamos com situação exótica em que

membro do Ministério Público fazia uso de protesto judicial com vistas a declaradamente ver interrompido prazo prescricional para ajuizamento de ação de improbidade administrativa com pretensão sancionadora.[1] O caso inspirou nossa curiosidade acadêmica e nos trouxe ao escrito de hoje, que busca justamente esgrimir a compatibilidade ou incompatibilidade do instituto do protesto interruptivo com a pretensão sancionadora de que se reveste a ação de improbidade.

De pronto, cumpre-nos dizer que a figura do protesto judicial interruptivo, em nossa opinião, é um tanto curiosa. De feição cautelar nos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973 (desaparecendo no de 2015, com ressalva feita à singela previsão contida no artigo 726, parágrafo 2º), o instituto, que em princípio faria vezes de notificação para publicização da mora (a exemplo do protesto cambial), passou, exatamente porque deduzido judicialmente, a ensejar citação, que, inobstante dar-se em via cautelar-acessória — se há que se falar em pretensão no protesto, somente poderia ser no sentido de manifestar uma predisposição, sem veicular a pretensão principal em si —, teria o condão de, nos termos da legislação processual, interromper a citação.

Como dissemos, temos que a invenção é curiosa (pelo simples fato de ensejar citação, pretensão acessória que não veicula a pretensão principal interromperia o prazo prescricional para dedução da pretensão principal); inobstante isso, fato é que o artifício indubitavelmente vingaria, como de fato vingou.

Registrada essa consideração inicial, voltamos nossa atenção para as disposições de regência da figura, que se situam no Código Civil. E pudera! Em que pese, como dito, diplomas processuais tenham feito referência à roupagem processual conferida ao protesto exercitado judicialmente, o fato indiscutível é que se cuida de instituto de direito material. É que a prescrição, na medida em que fulmina a pretensão — essa entendida como a possibilidade de subordinar o agir do coparticipante da relação jurídica a um direito subjetivo que lhe imponha de algum modo prestação e a respeito do qual resiste —, igualmente fulmina a própria exigibilidade judicial do direito subjetivo violado, ostentando, por isso mesmo, dimensão material. Não é por acaso, então, que a pronúncia da prescrição dá azo à extinção do feito com resolução do mérito, produzindo coisa julgada material.



Enfim, sendo desdobramento processual de um instituto de direito material, o protesto judicial interruptivo encontra como assento principal o Código Civil, mais especificamente o artigo 202, incisos I e II, que assim dispõem: “A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I – por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II – por protesto, nas condições do inciso antecedente”.

Surge, pois, da própria dicção legal acima referida, o primeiro ponto a pôr em dúvida a compatibilidade do protesto interruptivo com a pretensão sancionadora: sendo instrumento de direito puramente privado, previsto no Código Civil — e na Lei 9.492/1997 —, poderia ele alcançar pretensões punitivas, de cariz exclusivamente público, como aquelas de cunho criminal ou sancionador?

Recorrendo ao conceito doutrinário proposto por Stolze Gagliano e Pamplona Filho, notamos que o protesto judicial interruptivo é mecanismo que propicia ao “credor, vencendo sua inércia, (...) dar ciência de seu interesse no cumprimento da obrigação do devedor.”[2] Perceba-se que o conceito em questão acentua no direito subjetivo puramente civil seu caráter de *facultas agendi*, isto é, uma faculdade para que seu titular dele se valha. Exatamente por se cuidar de uma faculdade, aliás, é que se reconhece ser ele disponível, comportando amplamente a possibilidade de composição.[3] Bem diferentemente do direito subjetivo puramente civil, o direito subjetivo no campo penal, lado outro, importa no *jus puniendi*, ou seja, no poder-dever do Estado de fazer atuar o Direito Penal objetivo.

Essa digressão se fez necessária para que assentemos uma premissa importante de nosso raciocínio: não se ignora que a jurisprudência e a doutrina majoritárias advoguem em favor da natureza preponderantemente cível da ação de improbidade administrativa. Acontece que esse aspecto cível, em sentido lato, mais tem a ver, em nosso sentir, com o fato de a natureza da improbidade ser infensa a um enquadramento puramente penal, mais aproximando-se da classificação residual (e ampla) cível.

Ademais, possuir natureza preponderantemente cível não quer dizer que seja a improbidade exclusivamente cível. Prova disso são alguns traços penais que frequentemente permeiam a aplicação da Lei 8.429/1992 no que toca a dosimetria da pena, concurso de pessoas, aferição de dolo (e sua modalidade genérica), o *in dubio pro reo* quando da cognição exauriente (vedada a inversão do ônus da prova), a irretroatividade da lei mais gravosa etc. Na verdade, temos aparentemente caminhado, segundo nos parece, menos para uma classificação puramente cível e mais para uma espécie *sui generis*, que situaria a improbidade administrativa num campo híbrido denominado sancionador, de feições mais cíveis que penais, talvez, mas de inegável viés público, jamais privado.

À vista dessas razões, parece-nos que o poder-dever do Estado de zelar pela probidade administrativa não se afina com uma faculdade, mas sim com uma obrigação. Dito de outro modo, a pretensão sancionadora mais se aproximaria do direito subjetivo penal que do direito subjetivo cível, de sorte que a predisposição do Estado em agir se anuncia desde a virtual prática do ilícito, carecendo da necessidade ou da possibilidade de anúncio.

Daí que, se, no âmbito penal, não se propagandeia o interesse em fazer valer pretensão que, em verdade, é um dever, descabendo a figura do protesto judicial que, exatamente por isso, não figura dentre as hipóteses interruptivas da prescrição, *ex vi* do artigo 117 do Código Penal, essa mesma sorte deveria ser



seguida pela improbidade administrativa, não se admitindo a figura do protesto interruptivo.

Ainda em reforço à posição que aqui sustentamos, vale dizer que a Lei de Improbidade é absolutamente silente a respeito de causas interruptivas, sendo certo que, a despeito do artigo 15 e da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao procedimento especial da improbidade, a prescrição e suas causas interruptivas, previstas no Código Civil, são institutos de direito material, não processual.

De pronto, em complemento ao parágrafo anterior, não nos impressiona o possível argumento de que, em que pese a Lei de Improbidade não faça alusão expressa à possibilidade de interrupção da prescrição, o Decreto 20.910/1932, ao versar sobre prescrição quinquenal das pretensões contra a Fazenda Pública, admite a possibilidade de interrupção, de sorte que, por uma questão de isonomia, o mesmo haveria de ser garantido em sentido oposto, aí incluídas pretensões em sede de improbidade.

Ora, os particulares essencialmente não possuem poder-dever de punir a Fazenda, de modo que, ainda que a prevalecer o racional da isonomia, a interrupção via protesto somente alcançaria pretensões fazendárias congêneres, não incluindo, sob o signo da reciprocidade, pretensão incapaz de ser deduzida por agentes privados.

Sem embargo, ainda que houvesse falar em possibilidade teórica da interrupção da prescrição via protesto judicial em sede de improbidade, desdobramentos práticos advindos dessa admissão evidenciariam (ainda mais) seu aspecto paradoxal. Em primeiro lugar, recorreremos a importante e recente acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região[4] que, ao rechaçar aquela possibilidade, enunciou a inexistência da prescrição intercorrente na seara da improbidade, de sorte que a admissão de causa interruptiva de iniciativa unilateral reverteria em excessiva vantagem em favor do Estado:

(...) 3. O art. 23, da Lei 8.429/92 não prevê a hipótese da prescrição intercorrente para as ações de improbidade, o que certamente implicaria desproporcional vantagem processual da Administração em desfavor do particular, uma vez que a prescritibilidade é regra geral do direito, corolário do princípio da segurança jurídica, ante a necessidade de certeza nas relações jurídicas, ressalvada, como se sabe, a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário decorrente de ato de improbidade, como já assentado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.687.349/AL, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/10/2017).

4. Este Tribunal já decidiu que, dada a natureza constrictiva e restritiva de direitos das sanções previstas na Lei 8.429/92, a ação cautelar de protesto não se aplica às ações de improbidade administrativa (...) [5]

Indo além, a se admitir o protesto interruptivo, perceba-se o absurdo: Ministério Público ou entidade lesada poderiam simplesmente aguardar a ruptura do vínculo do agente político com o seu cargo, fosse qual fosse o tempo que isso levasse. Somente após isso — que poderia consumir anos —, se iniciaria o prazo prescricional, sendo ainda possível aguardar o prazo de cinco anos para exercitar a pretensão punitiva (não contemplado aqui o ressarcimento ao erário, que, oriundo de conduta dolosa, seria imprescritível). Mesmo assim, quase cinco anos depois, já no último dia do prazo prescricional, o órgão



ministerial ou o sujeito passivo do ato ímprobo poderiam lançar mão de protesto judicial, sem nem sequer dar-se o trabalho de elencar os potenciais réus, aduzindo que, não conhecidos, a comunicação haveria de se dar por edital (artigo 256, I, do Código de Processo Civil). Com isso, seria possível usufruir ainda mais cinco anos para ajuizar ação. Parece ser esse um cenário consentâneo com a ideia de segurança jurídica que se busca imprimir com o instituto da prescrição? A nosso ver, decididamente, não.

Na realidade, o que tem se percebido na quadra atual, notadamente a partir do tema 897 de repercussão geral (RE 852.475), é que as pretensões em sede de improbidade observam a prescrição como regra inabalável, somente flexibilizada no que diz respeito à pretensão de ressarcimento ao erário em razão de desfalque originado de ato doloso. É dizer, o entendimento jurisprudencial atual converge em prol da estabilização das relações e em favor da prescrição como instrumento de instrumentalização dessa maior segurança, indo na contramão desse raciocínio o desvirtuamento que busca, sob o patrocínio do protesto enquanto mecanismo descabido, na prática dobrar o prazo legalmente previsto.

Sintetizando e concluindo, não podemos concordar que uma pretensa aplicação subsidiária ou supletiva do Código Civil à Lei de Improbidade permita o descalabro de o Ministério Público ou o ente lesado, por ato unilateral, derogarem a dicção do artigo 23 da Lei de Improbidade para, na prática, dobrar o prazo para aviamento de sua pretensão, ao arrepio da segurança jurídica.

[1] No âmbito acadêmico, notamos que a tese também já havia sido defendida por membro do órgão ministerial: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-30-e-n.-31-janeiro-dezembro-de-2009/o-protesto-como-forma-de-interruptao-do-prazo-do-art.-23-da-lei-de-improbidade>

[2] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 478.

[3] Nem se diga que estaríamos aqui a nos contradizer e que a premissa que assentamos neste escrito seria inconciliável com a possibilidade de transação em sede de improbidade (o que há muito temos defendido). Uma coisa é o poder-dever, indisponível, de fazer atual a lei (inclusive para sancionar); outra coisa bem diferente é a possibilidade de dispor sobre a forma de punir, sobre os critérios de punição, sobre eventuais contrapartidas e/ou sobre maneiras mais sofisticadas de se resguardar e se tutelar o objeto jurídico atingido.

[4] Tivemos o cuidado de fazer pesquisas no STJ, inexistindo pronunciamento colegiado sobre o tema. O que há, apenas e tão somente, é uma única decisão monocrática, proferida no REsp 1.415.145, DJ de 30/05/2016, admitindo, de passagem, a possibilidade do protesto judicial interruptivo em improbidade; a referida decisão, contudo e a rigor, não poderia ter sido singular, conforme artigo 932, incisos III a V, do CPC.

[5] AC 0000778-09.2017.4.01.3201, juiz federal Marcelo Velasco Nascimento Albernaz (conv.), TRF-1 – 4ª Turma

### Date Created

06/03/2020