

# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União



# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 8 – Números 30/31 – janeiro/dezembro 2009  
Brasília-DF



# Improbidade Administrativa

# O protesto como forma de interrupção do prazo do art. 23 da Lei de Improbidade

Rudson Coutinho da Silva\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Prescrição e decadência. 3 Prazo do art. 23 da Lei n. 8.429/1992: prescrição ou decadência. 4 Cautelar de protesto. 5 Protesto como causa interruptiva da prescrição. 6 Protesto na ação de improbidade. 7 Particularidades do protesto interruptivo da prescrição da ação de improbidade. 8 Conclusão.

## 1 Introdução

A Lei n. 8.429/1992 constitui marco de significativa importância na evolução da Administração Pública no Brasil.

Com longo histórico de desmandos na gestão da coisa pública, o País pouco avançava na adoção de instrumentos capazes de oferecer alguma resistência às condutas que, de uma forma ou de outra, conduziam o erário com vistas à apropriação, ao desvio, à lesão, enfim, ao prejuízo ao patrimônio público.

A Constituição Federal de 1988, todavia, previu no art. 37, § 4º, legislação que fizesse frente a esses desmandos ao dispor que:

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

---

\* Rudson Coutinho da Silva é Procurador da República no Município de Ji-Paraná - RO.

Em razão disso, foi editada a Lei n. 8.429/1992, denominada Lei da Improbidade Administrativa, que, nas palavras de Martins Júnior (1996, p. 28),

[...] deu abrangência maior à repressão da improbidade administrativa, censurando comportamentos antiéticos com elasticidade tipológica, e irrogando com penalidades mais graves atos desonestos, ímprobos, ilegais, imorais, reveladores da inidoneidade do agente público para ocupar um cargo público. Como se vê, a base da nova legislação é a preservação dos valores éticos fundamentais inerentes à administração pública e seus agentes.

Acontece que, se normativamente houve inegável avanço, o volume dos casos, a complexidade das situações sob investigação, a deficiência de pessoal dos órgãos responsáveis pela atividade investigatória e, até mesmo, certa indefinição dos exatos contornos da norma vêm fazendo com que não se consiga concluir a investigação dentro do prazo reclamado pela legislação infraconstitucional. Destaca-se o prazo da legislação infraconstitucional, pois a reparação de danos, também prevista na Lei n. 8.429/1992, é imprescritível por conta do que dispõe a própria Carta da República em seu art. 37, § 5º.

Há, por outro lado, figura processual específica, cuja finalidade é exatamente interromper o curso do prazo prescricional, e que vem sendo pouco utilizada como instrumento de ruptura do prazo para ingresso da ação de improbidade. Trata-se da medida cautelar de protesto, prevista nos arts. 867 e seguintes do Código de Processo Civil.

Pretende, pois, este artigo, avaliar a possibilidade do manejo da cautelar de protesto como forma de interrupção do curso prescricional das ações de improbidade administrativa.

Para tanto, serão analisadas, inicialmente, as diferenças entre as figuras da prescrição e da decadência, de singular importância

para o estudo, ante a impossibilidade, salvo a exceção registrada no art. 207 do Código Civil, de interrupção dos prazos decadenciais. Nessa análise, será concentrado o esforço na compreensão dos institutos a partir dos estudos de Amorim Filho, alicerçado em classificação de Chiovenda.

Após, cotejando as particularidades da Lei de Improbidade Administrativa com o estudo acima mencionado, será aferida a verdadeira natureza jurídica do prazo trazido no art. 23 da LIA: se de decadência ou de prescrição. Em seguida, serão analisados os principais contornos da ação cautelar de protesto, bem como o seu uso para a interrupção do prazo prescricional.

Ao final, será avaliado o uso da cautelar com o objetivo de interromper a prescrição da ação de improbidade administrativa e serão discutidos alguns pontos importantes da medida, quando utilizada com essa finalidade.

## **2 Prescrição e decadência**

Importante distinguir as figuras da prescrição e da decadência, pois, antes de se adentrar no objeto deste estudo, é preciso concluir se o prazo trazido no art. 23 da Lei n. 8.429/1992 é, realmente, de prescrição.

Prescrição e decadência são institutos relacionados aos efeitos do decurso do tempo sobre as relações jurídicas.

Segundo a doutrina clássica, a prescrição é a perda do direito de ação pela inércia do titular do direito subjetivo, que deixou escoar o prazo fixado para seu ajuizamento. Para Clovis Bevilacqua (*apud* MONTEIRO, 2009, p. 353), a prescrição é a “perda da ação atribuída a um direito, e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso desta, durante determinado espaço de tempo”.

Por sua vez, a decadência, ainda de acordo com a doutrina clássica, é a perda do próprio direito material pelo decurso do prazo originalmente previsto para seu exercício.

Se ambas impedem a busca judicial do direito, guardam, por outro lado, diferenças entre si que os juristas tentaram insistentemente esclarecer. Nas palavras de Câmara Leal (*apud* DELGADO, 2004, p. 7), um dos maiores estudiosos da matéria:

É de *decadência* o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, *quando prefixado* ao exercício do direito pelo seu titular. E é de *prescrição*, quando fixado, *não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação* que o protege. Quando, porém, o direito deve ser exercido por meio da ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição. [grifo nosso]

Rodrigues (1994, p. 324), também na tentativa de esclarecer a diferença entre as figuras da prescrição e da decadência, ensinava o seguinte:

Quando a ação e o direito têm origem comum, trata-se de prazo de caducidade. Assim é no exemplo, acima referido, do prazo concedido ao marido para contestar a legitimidade dos filhos havidos por sua mulher, porque o direito de contestar a legitimidade destes nasce ao mesmo tempo em que a ação conferida ao marido burlado. [...] Porém, se o direito preexiste à ação, que só aparece com a violação daquele, o prazo é de prescrição. Desse modo, o intervalo concedido ao autor para exercer ação contra o violador de sua obra literária é de prescrição, porque o direito autoral já existia quando foi lesado e só da lesão é que resulta a ação.

Quanto aos efeitos, a doutrina também extremava os institutos, admitindo que o prazo de prescrição fosse objeto de interrupção e negando esse mesmo atributo aos prazos decadenciais.

A distinção entre as figuras acima referidas, todavia, ganhou contornos mais bem definidos com o então Professor da Faculdade de Direito da Universidade da Paraíba Amorim Filho, que, no texto “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, publicado na *Revista dos Tribunais*, n. 300, analisou com profundidade a prescrição e a decadência e formulou métodos mais precisos para a distinção das mencionadas figuras.

Para Amorim Filho (1960, p. 10) é preciso tomar como ponto de partida “a moderna classificação dos direitos desenvolvida por Chiovenda e, particularmente, a categoria dos direitos potestativos”, pois só assim seria possível chegar “àquele critério ideal, isto é, a um critério dotado de bases científicas e que permite, simultânea e seguramente, distinguir, *a priori*, a prescrição da decadência, e identificar as denominadas ações imprescritíveis”.

De acordo com a classificação de Chiovenda, haveria, de um lado, os *direitos a uma prestação* – que tem como conteúdo, como o próprio nome diz, a obrigação de outrem de dar cumprimento a uma prestação –, que podem ser divididos em direitos reais e direitos pessoais. De outro lado, estariam os *direitos potestativos*, cujo exercício implica influenciar a esfera jurídica de outrem, que a isso não pode resistir. O sujeito passivo dos direitos potestativos está, em verdade, num estado de *sujeição*. Os direitos potestativos seriam insuscetíveis de violação e a eles não corresponderia uma prestação.

Por fim – e aqui a característica mais importante – certos direitos potestativos reclamariam, para se verem reconhecidos, o uso obrigatório da via judicial, dando azo às chamadas ações constitutivas necessárias. Daí se poder afirmar que os direitos alcançados por via das ações constitutivas necessárias são obrigatoriamente direitos potestativos.



A partir disso é possível classificar as ações, com Chiovenda, em condenatórias, declaratórias e constitutivas.

Segundo o jurista italiano, a ação condenatória tem lugar quando se pleiteia o direito a uma prestação. Noutras palavras, a ação condenatória reclama “a existência de uma vontade de lei que garanta um bem a alguém, impondo ao réu a obrigação de uma prestação. Por conseqüência, não podem jamais dar lugar a sentença de condenação os direitos potestativos” (CHIOVENDA, 1998, p. 229).

Já a ação constitutiva (positiva ou negativa), esclarece Amorim Filho (1960, p. 16), “cabe quando se procura obter, não uma prestação do réu, mas a criação de um estado jurídico, ou a modificação, ou a extinção de um estado jurídico anterior”.

E arremata o mesmo autor:

Por aí se verifica, de pronto, que as duas mencionadas espécies de ação correspondem exatamente, com rigorosa precisão, àqueles dois grandes grupos nos quais Chiovenda divide os direitos: as ações condenatórias são meios de proteção daqueles direitos suscetíveis de violação (“direitos a uma prestação”); e as ações constitutivas são meios de exercício daqueles direitos insuscetíveis de violação (“direitos potestativos”).

Para concluir a classificação ternária de Chiovenda, as declaratórias são aquelas que pretendem tão só a obtenção de uma certeza jurídica ou a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica, como reza o art. 4º do Código de Processo Civil.

É a partir da classificação acima apontada que Amorim Filho (1960, p. 19-20) conclui o seguinte:

[...] *só os direitos da primeira categoria* (isto é, os “direitos a uma prestação”) *conduzem à prescrição*, pois somente eles são suscetíveis de *lesão* ou de *violação*, e somente eles dão origem a pretensões, conforme ficou amplamente demonstrado. Por outro lado, os da segunda categoria,

isto é, os *direitos potestativos* – (que são, por definição, “*direitos sem pretensão*”, ou “*direitos sem prestação*”, e que se caracterizam, exatamente, pelo fato de serem *insuscetíveis de lesão ou violação*) – *não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional.*

Noutras palavras, a partir dos estudos mencionados conclui-se que apenas os direitos a uma pretensão – veiculados por uma ação condenatória – dão origem à *prescrição*, enquanto os direitos potestativos dão origem à *decadência*.

### **3 Prazo do art. 23 da Lei n. 8.429/1992: prescrição ou decadência**

A partir da sistematização de Amorim Filho, hoje encampada no novo Código Civil, é preciso enquadrar as sanções previstas na Lei n. 8.429/1992, pois só aí será possível identificar, ontologicamente, se se está a cuidar de direitos a uma prestação ou de direitos potestativos, lembrando-se que os prazos fixados para a busca judicial dos direitos a uma prestação são prazos prescricionais, enquanto os prazos fixados para os direitos potestativos são prazos decadenciais.

Pois bem. Os eventuais pedidos de ressarcimento do dano e de pagamento de multa civil não trazem grande dificuldade, quer porque o primeiro goza do atributo da imprescritibilidade trazida pelo art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988, quer porque constituem, todos eles, clara hipótese de pretensão a ser buscada, portanto, via ação condenatória. E se reclamam decisão condenatória, como se viu, o prazo para o exercício da pretensão é de prescrição.

A perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, entretanto, reclamam melhor

atenção. É que referidas sanções parecem trazer em si os contornos dos direitos potestativos. Com efeito, a decisão que as tiver por conteúdo tem por finalidade a modificação da relação jurídica e nunca o direito a uma prestação.

O que pretende o autor da ação de improbidade não é, quanto a essas sanções, uma prestação do réu, mas sujeitá-lo – e a sujeição é a típica característica dos direitos potestativos – às alterações advindas da aplicação dessas penas. Ontologicamente, portanto, está-se diante de direitos potestativos, logo, de direitos sujeitos a prazo decadencial.

E, sendo prazo decadencial – porque não há a disposição em contrário de que trata o art. 207 do Código Civil –, não haveria possibilidade de interrompê-lo com base no que dispõe o art. 202 do Código Civil.

Na essência, portanto, não seria de se admitir o manejo da ação cautelar de protesto como instrumento capaz de interromper o prazo para o ajuizamento da ação de improbidade.

Acontece que, se cientificamente, segundo a sistematização proposta por Amorim Filho, os direitos relacionados com as sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios parecem encaixar-se na classificação dos direitos potestativos, é a própria Lei de Improbidade que atribui ao prazo para buscá-los judicialmente o nome de prescrição.

Com efeito, a Lei n. 8.429/1992 deu ao seu Capítulo VII o *nomen juris* “Da Prescrição”, numa expressiva demonstração de que, sem embargo do enquadramento doutrinário das ações capazes de buscar as sanções arroladas nos incisos do art. 12, o prazo para seu ajuizamento é mesmo de prescrição.

E não se pode desprezar indicação tão categórica do legislador que conformou, sob a epígrafe “Da Prescrição”, os prazos para ajuizamento da respectiva pretensão.

A compreensão de que, apesar da análise antes formulada, os prazos do art. 23 da Lei de Improbidade são de natureza prescricional tem ainda reforço de natureza constitucional. É que a própria Constituição Federal é expressa ao denominar de prescrição os prazos para a responsabilização dos atos de improbidade administrativa. A literalidade da Carta da República não permite tergiversação:

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

A Constituição Federal, portanto, é expressa ao referir-se a prazos de prescrição, numa revelação incontestável de que o constituinte quis que assim fossem considerados tais prazos. E não há de se esquecer que o ordenamento jurídico é um sistema, capitaneado, aliás, pela Constituição da República.

De lembrar-se o ensinamento de Bobbio (1997, p. 71):

Entendemos por “sistema” uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação.

E a coerência entre as normas não escapa de uma interpretação que dê a maior eficácia possível ao texto constitucional. Com efeito, é preciso interpretá-lo de modo que dele se obtenha a máxima efetividade possível. Miranda (2002, p. 452), quanto à interpretação constitucional, anota o seguinte:

Deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhes retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem que ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. Interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição.

E em outra passagem ainda mais adequada a essa abordagem:

Na interpretação de preceitos da Constituição, é legítimo e pode ser conveniente considerar o modo como são aplicados na prática, em especial através da lei e das decisões dos tribunais. Todavia, evidentemente, não é o sentido que daí decorra que, só por isso, deve ser acolhido – porque *não é a Constituição que deve ser interpretada em conformidade com a lei, mas sim a lei que deve ser interpretada em conformidade com a Constituição* (2002, p. 453). [grifo nosso]

Por isso que, a despeito do enquadramento possível de ser obtido a partir das lições de Amorim Filho, há de serem atribuídos, para que se abstraia da Constituição a máxima efetividade possível, os contornos da prescrição aos prazos do art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa.

#### **4 Cautelar de protesto**

Reza o art. 867 do Código de Processo Civil:

Art. 867. Todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito.

A medida cautelar de protesto tem, em resumo, a finalidade de externar a intenção do autor, isto é, de categorizar uma manifestação de vontade, ora porque o autor deseja indicar a possível responsabilidade de alguém, ora porque pretende ressalvar direitos

que acredita possuir, ora porque deseja expressar, incontestável e formalmente, alguma intenção que possua.

Câmara (2007, p. 222) exemplifica o uso da medida:

Como se vê do texto da lei, o protesto pode se dirigir, fundamentalmente, a três distintas finalidades: prevenir responsabilidade, prover a conservação de direito ou prover a ressalva de direito. Exemplo clássico da primeira hipótese, encontrado em quase todas as obras que tratam do tema, o protesto feito pelo engenheiro que elaborou um projeto, que dirige seu protesto ao construtor que não o está seguindo, para prevenir sua responsabilidade no caso de a inobservância do projeto gerar algum dano para o dono da obra. Hipótese de protesto para prover a conservação de direito é o que tem por finalidade interromper ao prazo prescricional, nos termos do art. 202, II, do Código Civil de 2002. Por fim, exemplo de protesto destinado a ressaltar direitos é o protesto contra alienação de bens, bastando pensar no credor que dirige protesto ao devedor (e aos interessados na aquisição do bem, como se verá mais adiante) para que não pratique ato de alienação que, uma vez realizado, o reduzirá à insolvabilidade.

O procedimento da cautelar, porque deduzido com bastante clareza na lei processual civil, não reclama maior atenção neste estudo. Algumas particularidades do instituto, todavia, merecem discussão.

A primeira é o fato de que o legislador recebeu fortes críticas por ter colocado o protesto entre as medidas cautelares, já que, na verdade, constitui medida com os claros contornos da jurisdição voluntária.

Com efeito, é possível perceber que o protesto não se presta a *preservar* a tutela de qualquer direito, não havendo, aliás, para seu manejo, que se reclamar a presença quer da fumaça do bom direito, quer do perigo na demora (2008, p. 302).

A atividade do juiz, em verdade, é meramente administrativa, nada tendo de jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 1998, p. 330).

Segundo Marinoni e Arenhart (2008, p. 302), “essas medidas [protesto, notificação e interpelação] ostentam caráter de clara jurisdição voluntária, em que o Judiciário é utilizado apenas como o veículo para a manifestação da intenção do requerente”.

Dizem, ainda, referidos autores (2008, p. 302) que:

Em todos estes casos, como se vê, não há propriamente atuação jurisdicional no sentido de que nenhuma providência se espera do órgão judicial, a não ser o encaminhamento ao requerido da manifestação apresentada pelo autor. Não há, portanto, decisão judicial nestas medidas [...].

De qualquer modo, sem embargo das ressalvas acima apontadas, quis o legislador incluí-lo no rol das medidas cautelares.

Nem por ser cautelar, todavia, reclama o protesto alguma ação principal. Ele se basta a si mesmo e, uma vez promovido, não impõe que tenha o autor que ajuizar, em prazo determinado, qualquer ação de conhecimento.

Theodoro Júnior (1998, p. 331) lembra, na mesma esteira, da inexistência de prevenção por parte do juízo que conhece do protesto:

Por isso, do protesto, da interpelação ou da notificação não resulta prevenção de competência para o futuro e eventual processo, como se dá nas verdadeiras ações cautelares preparatórias.

Assim, quando manejado para a interrupção da prescrição, não impõe que a pretensão cujo prazo prescricional interrompeu, quando vier a ser deduzida, o seja no mesmo juízo.

Convém lembrar ainda da verdadeira inexistência de cognição no protesto. Não aprecia o juiz, senão superficialmente, a legitimidade e o interesse na propositura da medida, não havendo, contudo, matéria de fundo a ser analisada.

Greco Filho (2003, p. 187) esclarece:

Tais manifestações formais não têm caráter construtivo de direitos (não se aplica, pois, o art. 806), apenas tornando público que alguém fez determinada manifestação. Elas não têm outra consequência jurídica a não ser o conhecimento incontestável da manifestação de alguém. Se esta manifestação tem relevância, ou não, será decidido no processo competente, se houver.

Outro ponto importante é a inexistência quer de defesa, quer da figura do contraprotesto, de sorte que não se abre ao requerido a oportunidade de contrariar, nos mesmos autos, as afirmações trazidas com a propositura da medida. É possível, entretanto, que o requerido proponha, de sua parte, outro protesto, medida, todavia, que não se confunde com o exercício de defesa àquele primeiro protesto.

Esclarecem Nery Junior e Nery (2007, p. 1141):

O contraprotesto na verdade não é defesa, mas sim um novo protesto ajuizado por aquele que sofrera anteriormente o protesto. Assim, deve obedecer aos mesmos requisitos do CPC, [art.] 867, para que seja concedido. Da mesma forma, no contraprotesto não há defesa ou contestação, podendo o requerido apenas insurgir-se contra eventual ausência de condições da ação e pressupostos processuais, requisitos que devem conter todos os pedidos feitos em juízo e examináveis *ex officio* pelo magistrado.

Na mesma linha, Câmara (2007, p. 227):

O protesto não admite apresentação de defesa nem de contraprotesto. Admite-se, porém, nos termos do art. 871, o contraprotesto em processo distinto. Não se terá aqui, porém, verdadeiro contraprotesto, mas sim um protesto dirigido pelo requerido ao requerente, em outro processo (onde, evidentemente, as posições processuais se invertem). Este novo protesto ficará, obviamente, sujeito ao controle judicial, podendo ser indeferido nos casos previstos no art. 869.



## 5 Protesto como causa interruptiva da prescrição

O protesto como figura capaz de interromper a prescrição está no art. 202 do Código Civil, *in litteris*:

Art. 202. 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;

[...]

O dispositivo é bastante claro e arrola o protesto como figura capaz de interromper o curso do prazo prescricional.

O fundamento do protesto como causa interruptiva da prescrição está na demonstração inequívoca de que o titular do direito não deixou de persegui-lo, não tendo, tão só, feito-o no prazo originalmente fixado para tanto.

Revela, o instituto, preferência pela efetiva solução do litígio, colocando em segundo plano a estabilidade decorrente da sanção prescricional.

A prescrição, entretanto, só pode ser interrompida uma vez, de sorte que não caberá um segundo protesto com a mesma finalidade. E tratando-se de interrupção, o prazo, obviamente, volta a correr por inteiro. Importante observar que a interrupção não está na dependência de nenhuma atitude da parte requerida.

Pontes de Miranda (1998, p. 305) é incisivo:

Característica do protesto (judicial) é ser ato processual que supõe que o protestante declare o direito a respeito de si próprio, ou a emissão de manifestação de vontade complementar de outra, ou delimitadora da esfera jurídica do protestante, ou manifestação de

vontade, ou comunicação de vontade de exercer alguma pretensão. Não tem efeitos que dependam de outrem; são seus.

E continua o mesmo autor (1998, p. 309):

A regra é que o protesto seja receptício; mas os protestos judiciais também podem ser não-receptícios (e *non audita altera parte*). Para a interrupção da prescrição é receptício. *Não se confundam receptividade e angularidade. É preciso que o protesto seja conhecido pela outra pessoa; porém a outra pessoa não é ouvida, nem, sequer, chamada a júízo.* [grifo nosso]

Outro ponto bastante importante na análise do protesto interruptivo é o seu alcance, em especial os limites subjetivos do instituto.

Sem que tenha chamado a devida atenção dos estudiosos, parece de total importância identificar se a interrupção da prescrição opera-se apenas contra aqueles que figuram no polo passivo da medida cautelar ou contra todos aqueles que estejam relacionados ao direito material em questão.

Parece, à primeira vista, não haver como afirmar que o protesto interruptivo alcançaria quem nele não figurasse, até porque os limites subjetivos da ação manejada não permitiria fosse ultrapassado o caráter *inter partes* da medida.

Assim, se a cautelar é endereçada contra A, não é o fato de posteriormente identificar-se B como também devedor da pretensão, que permitirá lançá-lo no polo passivo da futura ação a ser proposta.

A discussão, entretanto, ganha outros contornos quando se depara com o disposto no inciso II do art. 870 do Código de Processo Civil, que reza o seguinte:

Art. 870. Far-se-á a intimação por editais:

[...]

II - se o citando for desconhecido, incerto ou estiver em lugar ignorado ou de difícil acesso;

[...]

É que referido inciso permite seja arrolado no polo passivo da medida sujeito desconhecido ou incerto.

Não se trata, portanto, de interromper a prescrição contra quem não tenha feito parte da cautelar de protesto. Trata-se, isso sim, de interromper a prescrição contra quem, embora não tenha sido indicado na cautelar, tenha ali figurado como desconhecido ou incerto.

Isso é de importância fundamental nos protestos manejados para a interrupção das ações de improbidade, que é o foco deste estudo, pois nem sempre se têm, no protesto, todos os contornos definidos do ato de improbidade administrativa.

Assim, é possível que o estágio da investigação ainda não permita identificar com clareza todos os envolvidos, impedindo, por isso, a sua nomeação na ação de protesto.

E o dispositivo acima mencionado permite a inclusão no polo passivo do protesto dos eventuais envolvidos, que não tenham sido até então plenamente identificados.

## **6 Protesto na ação de improbidade**

Analisada a natureza jurídica dos prazos arrolados no art. 23 da Lei n. 8.429/1992 e deduzido que se trata de prescrição, inexorável concluir-se que o protesto serve também para interromper o prazo para ajuizamento da ação de improbidade administrativa. Sim, pois não há particularidade, quer na Lei de Improbidade, quer na cautelar de protesto, que os tornem incompatíveis, vale dizer, que impeça

o uso natural do protesto como forma de interromper o curso do prazo prescricional de que trata o art. 23 da Lei n. 8.429/1992.

Estranha, por isso mesmo, o parcimonioso uso que se vem fazendo do protesto para interromper a prescrição na ação de improbidade.

Com efeito, o Ministério Público não vem explorando a potencialidade que a cautelar de protesto lhe proporciona.

Sabidamente as dificuldades próprias da investigação dos atos de improbidade têm feito com que as conclusões nem sempre tenham sido atingidas dentro do prazo previsto na LIA.

Realizar uma investigação eficiente, de modo que esclareça todos os contornos do ato de improbidade e identificar o responsável pelo ilícito, quase sempre reclama tempo considerável de atividade investigatória.

Na verdade, a investigação tem um prazo de gestação que não pode ser suplantado, i.e., reclama naturalmente sejam ultrapassadas etapas imprescindíveis para que se chegue às conclusões que poderão alicerçar o manejo responsável da ação de improbidade.

É que os fatos quase nunca chegam ao Ministério Público revestidos de todos os detalhes cuja presença deve nortear a atuação ministerial.

É óbvio que a própria definição do que venha a ser necessário para a propositura da ação de improbidade passa também pelo perfil do promotor/procurador que está à frente da investigação. Há aqueles que optam por ingressar com ação tão logo possuam elementos mínimos capazes de comprovar o ato de improbidade. Outros, entretanto, preferem esgotar todas as nuances da investigação, antecipando não só eventuais questionamentos que poderão surgir no curso da ação, como tentando precisar os exatos contornos dos atos a

serem questionados. Um ou outro, todavia, não escapa da obrigação de trazer aos autos da investigação elementos mínimos que deverão amparar a discussão judicial do indicado ato de improbidade.

E para isso é necessário requisitar documentos, buscar informações, realizar perícias e exames, fazer vistorias, providenciar quebra de sigilos bancário, fiscal e de registros telefônicos, colher depoimentos, enfim, proceder a uma série de diligências, cada qual com seu próprio tempo de maturação.

Assim, as requisições não são cumpridas de imediato, pois quem as recebe tem prazo legal para atendê-las.

As perícias, sobretudo diante da estrutura inadequada para investigações, fruto, inclusive, da juventude da atividade investigatória do Ministério Público, demoram tempo considerável para serem concluídas.

As vistorias têm de se ajustar à agenda do membro, invariavelmente sobrecarregada de audiências, atendimentos, feitos judiciais e extrajudiciais para se manifestar, a impor, sempre, desforço pessoal do promotor/procurador, sem o que não consegue atender a todas as necessidades de seu ofício/promotoria.

As quebras de sigilo seguem uma sistemática toda própria, pois, regra geral, o acesso primeiro é à movimentação financeira (extrato das operações), para depois, identificadas as transações específicas, requisitarem-se os respectivos documentos (cheques, v.g.). Com esses documentos, por vezes há necessidade de identificar o destino a ele atribuído e, daí, às vezes, nova quebra de sigilo.

As inquirições, além da agenda, impõem que sejam localizadas as testemunhas/os investigados, nem sempre – sobretudo na Região Norte, lotação do signatário – no mesmo município

da seção/subseção, exigindo razoável trabalho para localizar, intimar e ouvir citadas pessoas.

Não se pretende aqui exaurir todas as vicissitudes de uma investigação, tão só revelar um pouco das dificuldades enfrentadas na fase investigatória, para concluir que grande parte dos inquéritos civis públicos e procedimentos investigatórios não está finalizada antes de ultrapassado o prazo previsto no art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa. Daí por que o manejo do protesto como forma de interrupção do prazo prescricional da ação de improbidade assumir significativa importância no combate à corrupção no Brasil.

## **7 Particularidades do protesto interruptivo da prescrição da ação de improbidade**

Algumas questões reclamam maior atenção quando se cuida de utilizar o protesto para interromper o prazo da prescrição do ato de improbidade administrativa. A primeira delas diz com a necessidade de o autor demonstrar interesse processual na propositura da cautelar. O interesse processual está assentado na premissa de que o aparato judicial só deve ser movimentado se o exercício da ação for *necessário* e *útil* ao provimento jurisdicional que se busca<sup>1</sup>.

Sob o enfoque da necessidade, merece ser transcrito o ensinamento de Didier Júnior (2007, p. 177):

Há determinadas demandas, no entanto, que são denominadas de “ações constitutivas necessárias”, já que o bem da vida ou o estado jurídico que se pretende obter somente pode ser alcançado por intermédio do Poder Judiciário. [...] Nesses casos, o

---

<sup>1</sup> Há autores que acrescentam a adequação como elemento do interesse de agir. Assim, Dinamarco, 2001.

exame da “necessidade”, para a verificação do interesse, é dispensável, pois está *in re ipsa*.

E o protesto, como instrumento capaz de interromper a prescrição, surge como uma ação obviamente necessária.

Com efeito, em se tratando de ato de improbidade, não é possível alcançar a interrupção do prazo prescricional senão pelo uso dessa anômala cautelar.

E se ele é necessário, provar sua *necessidade* parece de expressiva redundância.

É verdade que, em tese, o autor do ato ilícito poderia renunciar à prescrição, amparado no art. 191 do Código Civil, mas a renúncia somente pode dar-se depois que a prescrição se consumir e a discussão aqui não é quanto à renúncia, de resto muito improvável, mas quanto à interrupção do prazo da prescrição.

Há também o interesse processual analisado sob a ótica da *utilidade* da ação. E a utilidade estará presente quando o uso da medida se mostrar propício à obtenção de uma vantagem jurídica por parte do autor. Essa utilidade precisa ser demonstrada.

De imaginar-se a situação de ação cautelar de protesto interruptivo de prescrição proposta contra herdeiros de sujeito passivo de relação jurídica personalíssima e que já tenha falecido. O exemplo é absurdo, mas serve para reforçar o raciocínio: pintor famoso se compromete a pintar certo quadro. Falecido, seus herdeiros são arrolados no polo passivo de ação de protesto com vistas à interrupção do prazo da prescrição da ação que pretende obrigar o devedor a concluir a pintura a que se comprometera.

No caso da improbidade, por óbvio que a comprovação da utilidade não reclamará grandes questionamentos, pois a interrupção, com o prolongamento do prazo da prescrição, ampliará o tempo de

que disporá o Ministério Público para concluir a investigação do ato de improbidade administrativa, e há nisso flagrante utilidade.

Importante observar que o art. 869 do CPC prevê a necessidade de demonstrar, o autor do protesto, *legítimo interesse* para o manejo da ação.

Marinoni e Arenhart (2008, p. 304) distinguem o *interesse processual* do *legítimo interesse* de que fala o art. 869:

O legítimo interesse, portanto, deve ser tomado como algo a mais. A recusa em proceder ao protesto, à notificação ou à interpelação em razão da falta de legítimo interesse deve ser tomada no sentido de inadequação evidente da medida para o fim pretendido. Por outras palavras, é indicação de que o Judiciário – ainda quando se trate de jurisdição voluntária – não deve ser utilizado para veicular manifestações de vontade que certamente não atingirão o objetivo almejado pelo requerente.

A análise do legítimo interesse, portanto, irá repercutir em uma apuração, embora superficial, “feita pelo magistrado sobre a idoneidade e juridicidade do pedido formulado pelo requerente. Não havendo essa aparente legitimidade, o pedido deve ser de pronto indeferido” (MARINONI e ARENHART, 2008, p. 304).

Por isso que o Ministério Público deverá, na inicial de protesto, esclarecer os fatos, indicando o ato de improbidade administrativa que alicerça as pretensões cuja prescrição pretende ver interrompida. Na verdade essa indicação que deverá constar da inicial está prevista no art. 868 do Código de Processo Civil, que diz: “na petição o requerente exporá os fatos e os fundamentos do protesto”. E os fatos, para fins de protesto, são constituídos pelo ato de improbidade e sua respectiva investigação.

Na descrição do ato de improbidade surge a interessante questão relacionada ao grau de precisão que a descrição terá que pos-



suir. Por um lado, é evidente que o ato não precisa ser descrito em todos seus contornos. Estivessem todos os aspectos definidos, o protesto seria desnecessário.

É preciso, contudo, indicar qual o ato ilícito que se está ou se pretende investigar, definindo-se minimamente seus contornos. Noutras palavras, o protesto não pode ser genérico a ponto de pretender o autor seja interrompida a prescrição de “eventuais atos de improbidade que o Prefeito X tenha cometido em tal ou qual período”.

Pode, todavia, limitar-se a indicar, a exemplo do que se faz nas portarias de instauração de inquérito civil público, um desenho resumido dos fatos, suficiente para revelar sobre quais bases está assentada a pretensão, cuja prescrição se está interrompendo.

Outra questão interessante está na necessidade, ou não, de o autor ter de justificar porque não ajuizou a ação “principal”, vale dizer, a razão pela qual se viu obrigado ao manejo do protesto.

Por um lado, a ação de improbidade, pela carga sancionatória que traz em si, reclama tratamento diferenciado, podendo daí se concluir que a *garantia* da prescrição para o autor do ato de improbidade não pode ser afastada sem motivo bastante que o justifique, de sorte que o protesto exigiria fosse justificada a inércia até então revelada.

Por outro lado, nada há no ordenamento jurídico que afaste a ideia de que o uso do protesto com vistas à interrupção da prescrição não seja uma faculdade do titular do direito que está a periclitare com o decurso do prazo prescricional.

Noutras palavras, não há para o autor do ato de improbidade direito assegurado ao prazo prescricional originário. A estabilidade originada da prescrição somente se realiza após o transcurso do prazo da prescrição, *originário, ou prorrogado pelo uso do protesto.*

Na verdade, a condição do réu da ação de protesto é de sujeição, pois o uso da medida cautelar é uma faculdade atribuída ao autor, que não está na dependência, quer de uma atitude do réu, quer de um consentimento do Estado. Está obrigado, obviamente, apenas ao preenchimento dos requisitos necessários para o uso da medida, tais como a prova do legítimo interesse de que fala o art. 869 do CPC.

Daí por que é dispensável tenha o autor do protesto que detalhadamente justificar a demora na conclusão das investigações do ato de improbidade.

A inércia quanto ao ajuizamento da própria ação de improbidade pode estar assentada em inúmeros motivos, inclusive no hipotético fato de o ato de improbidade ter sido descoberto recentemente. Nenhum motivo, todavia, autoriza confrontar a inércia à faculdade ministerial da interrupção da prescrição, vale dizer, não haverá motivo para o não ajuizamento da ação de improbidade que autorize o juiz a indeferir a cautelar.

Sem embargo, e por cautela, é de todo recomendável que a inicial do protesto esclareça que a investigação está em curso e que, entretanto, ainda não foi possível concluí-la.

## **8 Conclusão**

A investigação dos atos de improbidade administrativa usualmente reclama a realização de diligências que demandam tempo nem sempre compatível com os prazos prescricionais contidos na Lei n. 8.429/1992.

Por isso, grande tem sido o volume de ações de improbidade relegado à prescrição, casos em que são mantidas abertas as portas do Judiciário apenas às pretensões relacionadas ao ressarcimento ao erário, porque imprescritível à luz da Constituição Federal de 1988.

A ação cautelar de protesto, entretanto, tem por fim, entre outros, exatamente provocar a interrupção do curso do prazo prescricional. Apesar disso, a anômala cautelar tem sido pouco utilizada pelo Ministério Público, sem embargo de sua inegável utilidade em prolongar o prazo para conclusão das investigações dos atos de improbidade administrativa, sem que sobre eles incida a sanção da prescrição.

E a análise das particularidades, quer da cautelar, quer da Lei de Improbidade Administrativa, revela absoluta compatibilidade, não havendo, portanto, óbices legais ao manejo do protesto.

De todo conveniente, portanto, passe o Ministério Público a enfatizar o uso da medida aqui estudada, porque, sobre possuir legalidade incontestável, pode compor o conjunto de instrumentos de que a instituição se vale no diuturno combate que trava contra os desmandos, que infelizmente caracterizam a Administração Pública no Brasil.

## **Referências**

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 300, out. 1960.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 3.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DELGADO, José Augusto. A prescrição e a decadência nos contratos de seguro. *Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça*. Poços de Caldas, 2004. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/418/A\\_Prescri%C3%A7%C3%A3o\\_e\\_a\\_Decad%C3%A2ncia\\_nos\\_Contratos.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/418/A_Prescri%C3%A7%C3%A3o_e_a_Decad%C3%A2ncia_nos_Contratos.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 5 abr. 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. I.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. Processo cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 4.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A lei da improbidade administrativa. *Caderno de Doutrina e Jurisprudência*, Associação Paulista do Ministério Público, n. 35, p. 27-41, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.