

**A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE
RESSARCIMENTO POR DANOS AO ERÁRIO**



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO

Câmara Editorial Geral

ROBÉRIO NUNES DOS ANJOS FILHO – COORDENADOR (MPF)
FRANCISCO REZEK (MPF)

CRISTIANO OTÁVIO PAIXÃO ARAÚJO PINTO (MPT)
JOSÉ EYMARD LOGUÉRCIO (MPT)

ALEXANDRE CONCESI (MPM)
JOSÉ CARLOS COUTO DE CARVALHO (MPM)

PAULO JOSÉ LEITE FARIAS (MPDFT)
MÁRCIO NUNES IORIO ARANHA OLIVEIRA (MPDFT)

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO POR DANOS AO ERÁRIO

ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS
(Coordenador)

ALLAN VERSIANI DE PAULA
ANA LÚCIA AMARAL
SERGEI MEDEIROS ARAÚJO
WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG

Brasília-DF
2011



Escola Superior do Ministério Público da União
SGAS Av. L2 Sul, Quadra 604, Lote 23, 2º andar
70200-640 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5114 – Fax: (61) 3313-5185
Home page: <www.esmpu.gov.br> – E-mail: <editoracao@esmpu.gov.br>

© Copyright 2011. Todos os direitos autorais reservados.

Elaboração

André de Carvalho Ramos – Procurador Regional da República (Coordenador)
Allan Versiani de Paula – Procurador da República
Ana Lúcia Amaral – Procuradora Regional da República
Sergei Medeiros Araújo – Procurador Regional da República
Walter Claudius Rothenburg – Procurador Regional da República

Pesquisa e compilação dos dados

Silvia Codelo Nascimento – Analista Processual da PRR-3ª Região
Maria Olívia Pessoni Junqueira – Estagiária da PRR-3ª Região (pesquisa referente à atualização em 2010)

Secretaria de Ensino e Pesquisa

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira Tosta

Núcleo de Editoração

Cecilia Fujita

Setor de Revisão

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa – Chefia
Constança de Almeida Lazzarin – Preparação de originais e revisão de provas
Lara Litvin Villas Bôas – Preparação de originais e revisão de provas
Renata Filgueira Costa – Revisão de provas

Projeto gráfico, capa e diagramação

Lucas de Ávila Cosso

Tiragem

1.000 exemplares

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268
70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112
E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

As opiniões aqui expressas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

134 A imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário / Elaboração: André de Carvalho Ramos (coordenador) ; Allan Versiani de Paula ... [et al.] Brasília : Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

100 p.

ISBN: 978-85-88652-33-0

Disponível também em:

<<http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/publicacoes>>

1. Fazenda pública. 2. Prescrição (processo civil). 3. Ação civil. I. Ramos, André de Carvalho. II. Paula, Allan Versiani de.

CDD 341.4622

SUMÁRIO

	A proposta do estudo	7
1	Histórico	9
2	A tese da prescritibilidade	19
	a) Ada Pellegrini Grinover	21
	b) Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho (prazos não inferiores ao do Código Civil)	21
	c) Clito Fornaciari Júnior	22
	d) Elody Nassar	23
	e) Marcelo Colombelli Mezzomo (adepto da tese da prescrição vintenária – hoje decenária por força do novo Código Civil)	25
3	A tese da imprescritibilidade	27
	a) José Afonso da Silva	29
	b) Maria Sylvia Zanella di Pietro	30
	c) Celso Antônio Bandeira de Mello	30
	d) Sérgio Monteiro Medeiros	30
	e) Wallace Paiva Martins Júnior	30
	f) Marcelo Figueiredo	31
	g) José Adércio Leite Sampaio	32
	h) José Jairo Gomes	32
	i) Edilson Pereira Nobre Júnior	33
	j) Waldo Fazzio Júnior	33
	k) Diógenes Gasparini	33
	l) Celso Bastos	34
	m) Alexandre de Moraes	34
	n) Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves	34
	o) Fábio Medina Osório	35
4	Jurisprudência	37
4.1	Supremo Tribunal Federal	39
4.2	Superior Tribunal de Justiça	43
4.3	Os Tribunais Regionais Federais	49

a)	Tribunal Regional Federal da 1ª Região	49
b)	Tribunal Regional Federal da 2ª Região	51
c)	Tribunal Regional Federal da 3ª Região	52
d)	Tribunal Regional Federal da 4ª Região	52
e)	Tribunal Regional Federal da 5ª Região	54
4.4	Tribunais Estaduais	56
a)	Tribunal de Justiça do Distrito Federal	56
b)	Tribunal de Justiça do Mato Grosso	56
c)	Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul	57
d)	Tribunal de Justiça de Minas Gerais	57
e)	Tribunal de Justiça do Paraná	63
f)	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	64
g)	Tribunal de Justiça de Santa Catarina	65
h)	Tribunal de Justiça de São Paulo	65
5	A ação de ressarcimento de danos ao erário e o Tribunal de Contas da União (TCU)	67
a)	A favor da prescritibilidade e aplicação subsidiária do prazo do Código Civil (10 anos)	70
b)	A favor da imprescritibilidade	78
c)	A posição final do TCU em 2008: a imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário	80
6	Iniciativas legislativas	83
7	Conclusões	87
	Referências	93

A PROPOSTA DO ESTUDO¹

O texto constitucional, em um primeiro momento, não pareceu deixar dúvidas: a ação de ressarcimento por danos ao erário é imprescritível, tendo sido criada uma exceção à regra geral de erosão de direitos pela passagem do tempo (*praescriptio*). De fato, dispõe o art. 37, § 5º, da Constituição que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*”.

Contudo, nos últimos anos, foi constatada – na doutrina, jurisprudência e decisões do Tribunal de Contas da União – a existência de corrente que pregava, sob diferentes razões, que o texto constitucional permitia, sim, que a ação de ressarcimento de danos ao erário fosse considerada prescritível.

Em face da importância da matéria e da ausência de estudos específicos na doutrina, é imperioso o estudo do tema, a fim de resgatar os motivos das duas visões – imprescritibilidade e prescritibilidade – e examinar a fundamentação que acompanhou o deslinde da questão, com base em decisão do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, o presente estudo foi dividido em capítulos. No primeiro, fez-se o histórico da introdução, nas Constituições brasileiras, da temática da proteção do patrimônio público, em especial da menção, na Constituição de 1988, do art. 37, § 5º.

Após, analisou-se a interpretação do texto constitucional vigente pela doutrina, com a divisão da abordagem entre os que defendem a prescritibilidade e aqueles que sustentam a imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos causados ao erário.

Em seguida, examinou-se a reverberação de tais ensinamentos doutrinários na jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ), federais (Tribunais Regionais Federais) e estaduais (Tribunais de Justiça).

¹ Atualização (julho de 2010) de estudo produzido pelo Grupo de Estudos sobre “A Imprescritibilidade ou Prescritibilidade da Ação de Ressarcimento ao Erário”, constituído no âmbito da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, então sob a coordenação da Subprocuradora-Geral da República Gilda Pereira de Carvalho.

Analisou-se, ainda, a posição do Tribunal de Contas da União, que possuía decisões nos dois sentidos.

A eventual evolução normativa foi palmilhada por meio da menção a projetos de lei em curso na Câmara dos Deputados e no Senado Federal a respeito do assunto.

Por fim, são expostas as razões pelas quais os autores adotaram uma posição a respeito do tema.



1
HISTÓRICO

É interessante observar que a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988 foi a primeira a prever expressamente a ação de improbidade. As outras Constituições, quando tratavam do tema, limitavam-se à responsabilidade do servidor público e do presidente da República.

A seguir, transcrevem-se trechos das Constituições anteriores que, de alguma forma, tratavam da matéria:

Constituição de 1824

Art. 179. [...]

XXIX – Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos.

Constituição de 1891

Art. 54. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra:

- 1º) a existência política da União;
- 2º) a Constituição e a forma do governo federal;
- 3º) o livre exercício dos poderes políticos;
- 4º) o gozo, e exercício legal dos direitos políticos ou individuais;
- 5º) a segurança interna do País;
- 6º) a *probidade da administração*;
- 7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos;
- 8º) as leis orçamentárias votadas pelo Congresso.

§ 1º Esses delitos serão definidos em lei especial.

§ 2º Outra lei regulará a acusação, o processo e o julgamento.

§ 3º Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do Primeiro Congresso.

Constituição de 1934

Art. 57. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentarem contra:

- a) a existência da União;
- b) a Constituição e a forma de governo federal;
- c) o livre exercício dos poderes políticos;
- d) o gozo ou exercício legal dos direitos políticos, sociais ou individuais;
- e) a segurança interna do País;

- f) *a probidade da administração;*
- g) a guarda ou emprego legal dos dinheiros públicos;
- h) as leis orçamentárias;
- i) o cumprimento das decisões judiciárias.

[...]

Art. 113. [...]

38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

[...]

Art. 171. Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.

Constituição de 1937

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República definidos em lei, que atentarem contra:

- a) a existência da União;
- b) a Constituição;
- c) o livre exercício dos Poderes políticos;
- d) *a probidade administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros públicos;*
- e) a execução das decisões judiciárias.

[...]

Art. 157. Poderá ser posto em disponibilidade, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, desde que não caiba no caso a pena de exoneração, o funcionário civil que estiver no gozo das garantias de estabilidade, se, a juízo de uma comissão disciplinar nomeada pelo Ministro ou chefe de serviço, o seu afastamento do exercício for considerado de conveniência ou de interesse público.

Art. 158. Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

Constituição de 1946

Art. 89. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I – a existência da União;

II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Poderes constitucionais dos Estados;

III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV – a segurança interna do País;

V – a *probidade na administração*;

VI – a lei orçamentária;

VII – a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos;

VIII – o cumprimento das decisões judiciárias.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

[...]

Art. 141. [...]

§ 37. É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas.

§ 38. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

Constituição de 1967

Art. 84. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente:

I – a existência da União;

II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Poderes constitucionais dos Estados;

III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV – a segurança interna do País;

V – a *probidade na administração*;

VI – a lei orçamentária;

VII – o cumprimento das decisões judiciárias e das leis.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

[...]

Art. 105. As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

[...]

Art. 148. A lei complementar poderá estabelecer outros casos de inelegibilidade visando à preservação:

I – do regime democrático;

II – *da proibidade administrativa*;

III – da normalidade e legitimidade das eleições, contra o abuso do poder econômico e do exercício dos cargos ou funções públicas.

Emenda Constitucional n. 1, de 1969

Art. 82. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente:

I – a existência da União;

II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Podêres constitucionais dos Estados:

III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV – a segurança interna do País;

V – *a proibidade na administração*;

VI – a lei orçamentária; e

VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciárias.

Parágrafo único. Êsses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

[...]

Art. 107. Às pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

[...]

Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos nos quais cessará esta, com vistas a preservar, considerada a vida pregressa do candidato:

I – o regime democrático;

II – *a proibidade administrativa*;

III – a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e.

IV – a moralidade para o exercício do mandato.

Constituição de 1988

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte²:

[...]

§ 4º – Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 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.*

§ 6º – 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.

[...]

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I – a existência da União;

II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV – a segurança interna do País;

V – *a probidade na administração;*

VI – a lei orçamentária;

VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Para chegar à redação final da Constituição de 1988, houve grande atividade *supressiva*, que reduziu sobremaneira o texto discutido no

² Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998.

curso dos trabalhos do Congresso Constituinte. Com efeito, chegou a ser submetido à Assembleia Nacional Constituinte em 1987 o seguinte:

Inclua-se no Substitutivo, onde couber:

Art. ____ É exigida idoneidade e probidade no trato da coisa pública, bem como à prática da parcimônia e da austeridade na aplicação dos dinheiros públicos.

§ 1º O servidor que atentar contra os princípios previstos neste artigo responderá criminalmente e terá os seus bens confiscados para indenizar os prejuízos causados ao erário.

§ 2º São imprescritíveis os ilícitos dos quais resultar prejuízo ao erário.

§ 3º Todos os órgãos públicos são obrigados a divulgar semestralmente, no Diário Oficial respectivo e, mensalmente, em publicações próprias, o quadro de seus servidores, a lotação específica, remunerações, movimentações, horários e atribuições, além de outros informes que favoreçam o entendimento de sua situação.

§ 4º Os atos de nomeação de servidores públicos, obrigatoriamente publicados no Diário Oficial, conterão, além do cargo e regime jurídico, o concurso a que se referem, a classificação obtida e a remuneração.

§ 5º Considera-se ato de improbidade a não-observância do limite de lotação previsto na legislação.

§ 6º O servidor público responderá solidariamente, com o Órgão ao qual pertence, por qualquer dano causado a terceiro, no exercício das suas funções, quando agir com dolo.

O parecer aprovado pela Comissão da Ordem Social, que adotou essa linha “minimalista” da redação final do art. 37, § 5º, foi o seguinte:

A exemplo de outra Emenda oferecida pelo ilustre constituinte, integrante desta comissão, esta restaura a redação dos dispositivos do Anteprojeto que dispunham sobre a “Probidade na Administração Pública”. Propomos a supressão de tais preceitos pelo simples fato de tratarem do que é óbvio, isto é, de que o servidor público deve prestar serviços dentro de um princípio de probidade e exação funcional. Outros dispositivos da mesma Seção eram, caracteristicamente, de natureza regulamentar, próprios, portanto, de legislação ordinária, como a transparência dos atos da administração pública, publicações em Diário Oficial etc.³

³ Parecer emitido no âmbito da Comissão da Ordem Social, relativo à emenda ao substitutivo do relator n. 134, apresentada em 9 de junho de 1987 por Floriceno Paixão. O texto pode ser consultado por meio de acesso ao site oficial do Senado Federal <www.senado.gov.br>, no tópico “Bases históricas” do item “Legislação”.

O estudo histórico da evolução constitucional do respeito à probidade administrativa no Brasil leva a concluir que o Constituinte de 1988 considerou imperiosa a reparação dos danos ao erário e ainda a prestação proba do serviço público.

Assim, não houve necessidade, na visão vencedora, de que o texto constitucional fosse detalhista; bastaria a mera menção à probidade e ao ressarcimento ao erário, como estabelecido no art. 37, § 5º.

Por outro lado, tal autorrestrição do texto constitucional fez nascer, nos últimos anos, corrente doutrinária que pregou a prescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário, como se verá adiante.



2

A TESE DA PRESCRITIBILIDADE

A seguir, resumir-se-á, mesmo com o risco de reducionismo e superficialismo, os principais argumentos de defensores da tese da prescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário.

a) *Ada Pellegrini Grinover*

A professora da Universidade de São Paulo adota, como fundamento de sua orientação pela tese da prescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário, os ensinamentos de vários autores citados a seguir, em especial o de Elody Nassar, para quem o Estado de Direito alberga o princípio da segurança jurídica e, conseqüentemente, a imposição de “imprescritibilidade” ofenderia tal instituto. Assim, sustenta a citada autora ser

lícito concluir que a regra inserta no § 5º do art. 37 da Constituição Federal não estabelece uma taxativa imprescritibilidade em relação à pretensão de ressarcimento do erário, estando também tal pretensão sujeita aos prazos prescricionais estatuídos no plano infraconstitucional. (GRINOVER, 2005, p. 55-92).

b) *Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho (prazos não inferiores ao do Código Civil)*

Rita Tourinho (2003) sustenta que,

não estando o ressarcimento dos danos, causados ao erário por agentes públicos, sujeito ao prazo prescricional previsto no artigo 23 da Lei n. 8.429/92 em razão do artigo 37, § 5º, da Carta Constitucional, seria esta conseqüência jurídica imprescritível? Pensamos que não. A prescrição, em princípio, atinge a todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 164). Com efeito, a imprescritibilidade é excepcional.

Dentre as pretensões imprescritíveis, Pontes de Miranda (2000, p. 166) aponta as pretensões declarativas, as pretensões à declaração de nulidade, as pretensões à cessação de comunhão e à partilha, pretensões a fazer cessar confusão de limites e as demais pretensões concernentes a direitos de vizinhança e à retificação do registro de imóveis de aeronaves e de navios. Conforme afirma Caio Mário da Silva Pereira (2000, p. 595), a prescrição alcança todas as ações patrimoniais, reais ou pessoais, estendendo-se aos efeitos patrimoniais de ações imprescritíveis. No que se refere às ações de ressarcimento de danos decorrentes de atos de improbidades, apesar da

Constituição Federal tê-las excluído do prazo prescricional a ser estabelecido por lei, não afirmou que estas seriam imprescritíveis.

Pensamos que o texto constitucional pretendeu que não fossem estabelecidos prazos inferiores ao constante no Código Civil.

Assim, conclui:

Observe-se que toda vez que o texto constitucional estabelece a imprescritibilidade o faz expressamente. Assim, quando trata do crime de racismo estabelece que “constitui crime inafiançável e imprescritível” (art. 5º, XLII). Da mesma forma, afirma que “constitui crime inafiançável e imprescritível” a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV). Ora, o artigo 37, § 5º, da Constituição apenas afirma que as ações de ressarcimentos decorrentes de prejuízos causados ao erário não estarão sujeitas ao prazo prescricional a ser estabelecido em lei para ilícitos praticados por agentes públicos. Em momento algum afirmou que estas ações de ressarcimento seriam imprescritíveis. Argumentar-se, em favor da imprescritibilidade do ressarcimento dos danos decorrentes de ato de improbidade administrativa, a proteção ao erário e, em conseqüência, ao interesse público, não procede. Como vimos, os prazos prescricionais estão a serviço da paz social e da segurança jurídica, valores primordiais à coletividade, que não podem ser suplantados por interesses de cunho patrimonial, mesmo que estes pertençam ao Estado. Observe-se que a preocupação com tais valores é tamanha em nosso ordenamento jurídico que até o crime de homicídio, que atenta contra a vida – bem maior, passível de proteção – prescreve em 20 anos.

c) *Clito Fornaciari Júnior*

Para o citado advogado,

a redação do § 5º do art. 37 da Constituição Federal indica que foi conferida atribuição para lei infraconstitucional estabelecer prazo de prescrição apenas no que tange aos ilícitos praticados por qualquer agente público, não se lhe determinando, de outro lado, que viesse a dispor sobre o prazo para o ajuizamento das ações de ressarcimento. Os julgados referidos levam um pouco além o enunciado constitucional e concluem que, por força da limitação ditada àquela suposta lei reguladora, as ações de ressarcimento seriam imprescritíveis. A interpretação, todavia, não se afigura correta.

A norma em questão cometeu, efetivamente, o estabelecimento de prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor

ou não, a uma nova lei que os disciplinaria, excepcionando, no entanto, as ações de ressarcimento. Para essas, na Constituição, nada veio a ser regrado. Daí, entretanto, serem elas vistas como imprescritíveis, há uma distância muito grande, para o que faltam alguns elementos que deveriam ser retirados da própria norma constitucional e não só intuídos, como parece ser o caso.

A imprescritibilidade, em nosso sistema jurídico, representa uma situação anômala, não usual, que, portanto, somente poderia ser decorrente de previsão expressa e inequívoca (PEREIRA, 2000, p. 439), de vez que, em nosso Direito, todas as pretensões são prescritíveis, em maior ou menor prazo, conforme as disposições das leis infraconstitucionais. Ademais, a interpretação que se haveria de dar ao preceito que impusesse a não prescrição deveria ser restritiva, por importar, segundo Carlos Maximiliano (2002, p. 190), em um privilégio. Evidente que, se até uma norma hipotética dispendo nesse sentido obrigaria exegese restritiva, não haveria como da inexistência da norma chegar-se a igual conclusão.

Com isso, conclui afirmando que,

no caso, a imprescritibilidade deveria estar expressamente prevista na Constituição, exatamente porque da prescrição tratou a Lei Maior, delegando a sua disciplina, quanto a alguns aspectos, às menores. Se não procedeu do mesmo modo com relação ao ressarcimento, isso sozinho não autoriza concluir ter adotado a tese da não prescrição. Tanto é assim que, quando a Constituição previu demandas ou sanções não sujeitas à prescrição, fê-lo de modo expresso, como se verifica relativamente aos crimes de racismo (art. 5º, inciso XLII) e quanto às ações de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, inciso XLIV). Não houve, relativamente a esses temas, um silêncio ou a simples proibição de norma inferior tratar do assunto, mas claramente se retirou a incidência do tempo sobre os fatos, proclamando-se a imprescritibilidade. (FORNACIARI JÚNIOR, 2005, p. 34-35).

d) Elody Nassar

Preferimos fazer larga citação do texto da citada autora, uma vez que seus ensinamentos são utilizados por outros doutrinadores. Para Nassar, a regra geral da prescritibilidade das ações só poderia ser rompidas de modo expresso e taxativo pelo texto constitucional, ou seja, por intermédio de termo ou expressão semelhante aos utilizados em outras passagens constitucionais, como, por exemplo, por meio do uso do termo “imprescritível”. Ademais, menciona que os danos ao erário não se

revestem de valores considerados essenciais, com quilate para desafiar a tradicional erosão do direito pelo decurso do tempo. *In verbis*:

Necessário observar que, na hipótese do art. 37, § 5º, segunda parte, dois princípios se chocam: de um lado, a necessidade do ressarcimento ao erário público e a observância do princípio da indisponibilidade do interesse público e, de outro, o ataque ao princípio da estabilidade das relações constituídas no tempo, fundamento principal do instituto da prescrição.

Aos tribunais incumbe firmar o verdadeiro critério, ante a hipótese posta. No entanto, colocamo-nos junto daqueles que entendem não poder subsistir a imprescritibilidade dessas ações, pois que contrária aos princípios gerais regentes do instituto prescricional.

[...]

Destarte, o entendimento de que as ações de ressarcimento seriam imprescritíveis, sem limites temporais, ainda que em defesa do princípio da indisponibilidade do patrimônio público, está a merecer maior sustentação por parte da doutrina e da jurisprudência.

Não é defensável anular-se os princípios basilares do Estado de Direito, quais sejam, o princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas.

Sem regras estabelecidas para o tempo, os processos jamais chegariam ao fim. Afinal as formas têm por objetivo gerar segurança e previsibilidade. A garantia da correta outorga da tutela jurisdicional está precisamente no conhecimento do período temporal a ser percorrido por aquele que busca a solução para uma situação conflituosa.

Ademais, além dos princípios expressos, existem também no contexto constitucional princípios implícitos ou decorrentes daqueles, sem falar dos princípios consagrados pela teoria geral do Direito, como é o caso do superprincípio da segurança jurídica.

Nesta linha de raciocínio, acentuamos que o princípio da segurança jurídica, no caso, sobrepõe-se aos demais.

[...]

Como o princípio da legalidade não é único nem absoluto, situações existirão nas quais tornar-se-á obrigatória a convalidação do ato por força necessária da observância de outros princípios jurídicos da mesma relevância, como é o caso, exatamente, do princípio da segurança jurídica, que é fundamento do instituto da prescrição, correlato ao da convalidação.

Já disseram os doutos, com inexcusável propriedade, que o sistema jurídico é um todo harmonioso que não admite contradições, e a imprescritibilidade, sem limites, seria uma delas.

As exigências de uma ordem pública impõem que se declare que quando um pressuposto se revela insuficiente, não há maneira de salvá-lo, destacando-o do corpo para sustentar as vigas da harmonia jurídica.

Demais disso, o problema da prescritibilidade se encontra na definição exata das exigências da ordem pública e da harmonia social.

[...]

O tema, assim, merece ser enfrentado com serenidade e coragem porque a inexistência de restrição temporal aos *ius puniendi* do Estado põe reféns pessoas físicas e jurídicas, além de representar ofensa ao devido processo legal inscrito nos direitos fundamentais da Carta Política. (NASSAR, 2009, p. 345-354).

e) *Marcelo Colombelli Mezzomo (adepto da tese da prescrição vintenária — hoje decenária por força do novo Código Civil)*

O autor também sustenta que a regra geral da prescritibilidade das ações só poderia ser rompida de modo expresso e taxativo pelo texto constitucional, ou seja, por intermédio de termo ou expressão semelhante aos utilizados em outras passagens constitucionais, como o termo “imprescritível”. Como isso não ocorreu no § 5º do art. 37, a ação em tela seria prescritível. O dispositivo constitucional em exame apenas pretendeu impedir que a ação de ressarcimento de danos ao erário fosse sujeita aos mesmos prazos de prescrição das demais sanções previstas na Lei n. 8.429/1992. *In verbis*:

A opinião da doutrina e da jurisprudência é de que a ressalva do § 5º do artigo 37 da CF/88 afasta a possibilidade de prescrição das ações de ressarcimento. *Permissa venia*, não comungo desta opinião, pois não creio que se possa inferir esta conclusão da redação do artigo 37, § 5º, da CF/88. A tanto sou levado a concluir pelo caráter de exceção que ostenta a imprescritibilidade de ações.

Deveras, a regra é que todas as ações condenatórias estão sujeitas a prazos prescricionais, surgindo a imprescritibilidade como preceito francamente de exceção. Ora, é cediço que as exceções interpretam-se restritivamente, de modo que exceções não podem ser extraídas de interpretação forçada ou literal da norma. Exceções devem estar contidas de forma clara e expressa na lei, de forma a não se deixar qualquer margem de dúvida acerca da intenção do preceito legal que condense fórmula deste jaez.

A fórmula “ressalvadas as ações de ressarcimento” parece-me claramente voltada a desatrelar a prescrição das ações de ressarcimento das ações de imposição das demais sanções, propiciando que o legislador infraconstitucional pudesse estabelecer prazos diferenciados conforme a natureza da sanção. Ou seja, o comando normativo determina que a prescrição das ações de imposição de sanções outras que não o ressarcimento do prejuízo ficará a cabo, necessariamente, de lei que regulamentará o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, de tal forma que a prescrição dos ilícitos não implicará, *incontinenti*, a prescrição da ação de ressarcimento. Por outras palavras, as ações de ressarcimento não têm seu prazo de prescrição atrelado à prescrição dos ilícitos, ou melhor, à prescrição da possibilidade de aplicação das outras sanções elencadas no artigo 12 da Lei n. 8.429/92⁴.

⁴ MEZZOMO, M. C. A imprescritibilidade das ações ressarcitórias decorrentes de atos de improbidade administrativa: um equívoco hermenêutico. *Site do Curso de Direito da UFSM*. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/constitucional/imprescritibilidade.htm>>. Acesso em: 30 jul. 2010.



3

A TESE DA IMPRESCRITIBILIDADE

A tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos causados ao erário é defendida pela maior parte dos intérpretes da Constituição, mesmo que em tom de lamento (Celso Bastos). A exceção constitucional ao princípio da segurança jurídica e da ação do tempo no direito é tida como opção do poder constituinte originário que, como tal, deve ser respeitada.

Entre os administrativistas, vários se manifestaram a favor da imprescritibilidade, também em tom natural, corriqueiro, fruto da decisão política do poder constituinte originário.

Colacionamos passagens de textos de *quinze* doutrinadores das mais diversas regiões do país. Destacamos, contudo, a posição de Medina Osório, que modificou seu entendimento e passou a defender a prescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário, do ponto de vista *doutrinário*, mas aceitando a imprescritibilidade como *norma em vigor*, até porque, para Osório, não se trata de imprescritibilidade de sanção, mas de *recomposição* do patrimônio público.

a) *José Afonso da Silva*

Para o conhecido constitucionalista,

A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral do direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providências à sua apuração e à responsabilidade do agente, a sua inércia gera a perda de o seu *ius persequendi*. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus no succurrit ius*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada. (SILVA, 2009, p. 673).

b) *Maria Sylvia Zanella di Pietro*

No mesmo sentido, sustentou a professora titular de direito administrativo da Faculdade de Direito da USP:

A prescrição da ação de improbidade está disciplinada no artigo 23, que distingue duas hipóteses: pelo inciso I, a prescrição ocorre cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; para os que exercem cargo efetivo ou emprego, o inciso II estabelece que a prescrição ocorre no mesmo prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. São, contudo, imprescritíveis, as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme o estabelece o artigo 37, § 5º, da Constituição. Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos. (DI PIETRO, 2008, p. 789-790).

c) *Celso Antônio Bandeira de Mello*

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra *Curso de direito administrativo* (2008, p. 1035), defendeu que:

Ressalte-se, todavia, que, por força do art. 37, § 5º, da Constituição, são imprescritíveis as ações de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário.

d) *Sérgio Monteiro Medeiros*

Para o citado autor, “No que tange ao ressarcimento do dano patrimonial, as ações de improbidade administrativa são imprescritíveis, *ex vi* do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal” (MEDEIROS, 2003, p. 243-244).

e) *Wallace Paiva Martins Júnior*

Para o referido autor,

O art. 37, § 5º, da Constituição Federal ressalva da prescrição a pretensão de ressarcimento dos danos causados ao erário, consagrando a regra da imprescritibilidade do ressarcimento do dano do ato ilícito praticado em detrimento do patrimônio público. O art. 21 da Lei Federal n. 4.717/65 não se aplica, portanto, às hipóteses de improbidade administrativa lesiva

ao erário e até mesmo à ação popular constitucional, porque, cotejado com a norma constitucional, exsurge evidente a incompatibilidade, estando, por isso, revogado. O Tribunal de Justiça de São Paulo tem dispensado ao tema interpretação oscilante no julgamento de ações civis públicas promovidas para ressarcimento de dano ao erário imputado a agentes públicos, ora esclarecendo que, “não fosse o entendimento de serem imprescritíveis os danos causados ao erário, estabelecido no § 5º do art. 37 da Constituição Federal, é bem de ver-se que a presente é ação pessoal, cuja prescrição é vintenária, na previsão do art. 177 do Código Civil”⁵, ora estabelecendo que “qualquer ação que objetive a invalidação de ato do Poder Público ligado a licitações e contratos deve ser buscada no quinquênio, conforme preconiza a Lei n. 4.717/65 e Decreto n. 20.910/32”⁶. Essa segunda interpretação peca por negativa ao texto constitucional, pois assume posição mais contundente que a primeira: o ressarcimento do dano é imprescritível, pois “o art. 37, § 5º, da Constituição Federal, ao ressaltar a ação de ressarcimento de ilícito praticado por agente, servidor ou não, tornou a presente ação imprescritível”⁷. O art. 37, § 5º, da Constituição Federal repudia arguição de prescrição quinquenal com lastro no Decreto n. 20.910/32 ou no art. 21 da Lei n. 4.717/65, ou trienal, em se tratando de sociedade de economia mista, com base na Lei n. 6.404/76.

Atualmente, está pacificado que a pretensão de ressarcimento de dano ao erário causado por agente público não é imprescritível. E não há norma anterior ou posterior no patamar normativo infraconstitucional com força suficiente para alterar essa compreensão. As anteriores, como o art. 21 da Lei n. 4.717/65, se encontram revogadas; as posteriores, como o art. 23 da Lei n. 8.429/92, exigem interpretação conforme a norma constitucional, da qual resulta a prescrição das demais sanções do art. 12 do referido diploma legal, salvo o ressarcimento do dano. Assim decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça ao sublinhar que “é imprescritível a Ação Civil Pública visando a recomposição do patrimônio público (art. 37, § 5º, CF/88)”⁸. (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 384-387).

f) Marcelo Figueiredo

Para o autor, “A prescrição aludida refere-se à ação para a perda da função e suspensão dos direitos políticos. Em relação ao ressarcimento

⁵ TJSP, AC n. 220.816-1/2, Rel. Des. Oliveira Prado, 8ª Câm. Cível, Presidente Prudente, 7.6.1995, v.u.

⁶ TJSP, AC n. 25.686-5/0, Rel. Des. Laerte Carramenha, 3ª Câm. de Direito Público, Jaú, 24.6.1997, v.u.

⁷ TJSP, AgI n. 82.757-5/2, Rel. Des. Carlos de Carvalho, 1ª Câm. de Direito Público, Assis, 18.5.1999, v.u.

⁸ STJ, Recurso Especial n. 403.153-SP, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, julg. em 9.9.2003, v.u., DJ de 20 out. 2003, p. 181.

do dano incide a norma constitucional do art. 37, § 5º, da Lei Maior” (FIGUEIREDO, 2004, p. 328).

g) José Adércio Leite Sampaio

Para o citado professor,

A prescritibilidade do imprescritível – Dispõe o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal: “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”. Sem ressalvas, o artigo 23 da Lei n. 8.429/92 prevê a prescritibilidade das ações destinadas à aplicação das sanções nos seguintes termos:

As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

A leitura dos dois dispositivos leva à conclusão de uma antinomia de normas: a Lei violou a Constituição.

[...]

O argumento da imprescritibilidade prescritível não vai além de uma distinção. A Lei define a prescrição das ações destinadas à aplicação das consequências imputadas aos ilícitos que não sejam as de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário. Freitas diferencia a prescritibilidade dos danos morais, dentro dos prazos do artigo 23, I e II, da Lei n. 8.429/92, e a imprescritibilidade da ação de indenização integral do dano material ao Tesouro. O artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, todavia, não traz a diferença: imprescritível é toda ação que objetive o ressarcimento integral do dano público, seja ele moral ou material. (SAMPAIO, 2002, p. 170-171).

h) José Jairo Gomes

Ressalta o autor mencionado que “a ação de ressarcimento de danos causados ao patrimônio público é imprescritível, conforme prevê a parte final do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal” (GOMES, 2002, p. 292).

i) Edilson Pereira Nobre Júnior

Para o autor, “No que respeita à pretensão de ressarcimento, prepondera a regra constitucional de sua imprescritibilidade, afirmada pelo art. 37, § 5º, da Constituição Federal” (NOBRE JÚNIOR, 2004, p. 90).

j) Waldo Fazzio Júnior

Sustenta Fazzio Júnior (2003, p. 311) que:

A prescrição extintiva, sabe-se, consiste na perda de determinado direito por falta de exercício, durante lapso temporal estabelecido em lei.

No art. 37, § 5º, da Constituição Federal, está dito que a “lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Dessa norma de eficácia contida complementável, desde logo, é possível inferir que é imprescritível a ação de ressarcimento de danos causados ao erário, mercê da ressalva estabelecida em sua parte final. Assim, o prefeito que, mediante ato de improbidade administrativa, carrear danos ao erário não se livrará da ação de ressarcimento, com apoio na prescrição. Claro que, em relação às outras sanções cominadas para as condutas tecidas no art. 10 da LIA, o prazo prescricional incidirá.

k) Diógenes Gasparini

Para o citado autor,

A prescritibilidade é princípio geral do direito, aplicável também à Administração Pública. Por ela o titular do direito perde, em razão de sua inércia, o poder de exigir o direito. Assim, são comuns as situações em que a Administração Pública vê extinto o direito de punir seu servidor pela prática de ilícito administrativo, dado ter ocorrido a prescrição. De sorte que não há surpresa alguma, salvo na sua desnecessidade e na instituição da imprescritibilidade das ações de ressarcimento, na previsão do § 5º do art. 37 da Constituição Federal. Por esse dispositivo os ilícitos administrativos prescrevem nos prazos estabelecidos em lei, mas não prescreve o direito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública ao ressarcimento do dano que seu agente, com dolo ou culpa, causou a terceiro, e a obrigou, nos termos do art. 37, § 6º, da Lei Maior, a ressarcir-lo. O mesmo regime aplica-se aos casos em que o dano é causado à própria Administração Pública direta, autárquica ou funda-

cional pública. Essa mesma orientação foi recentemente acolhida pelo STJ ao julgar o REsp 1.069.779/SP.

A lei a que se refere a disposição, cremos ser a federal, a estadual, a distrital e a municipal em seus respectivos âmbitos de competência. Assim nos parece, pois a prescrição administrativa é matéria que diz respeito diretamente com o interesse de cada uma dessas pessoas políticas, e, portanto, com o exercício da autonomia que a Constituição lhes garante. A iniciativa dessa lei é concorrente. Enquanto não existir, aplica-se a legislação existente, a exemplo do Código Civil. (GASPARINI, 2009, p. 201).

l) Celso Bastos

Também nesse sentido, sustentou o Professor Celso Bastos (1992, p. 167) que: “No que tange aos danos civis, o propósito do texto constitucional é de tornar imprescritíveis as ações visando ao ressarcimento do dano causado”.

m) Alexandre de Moraes

Alexandre de Moraes (2005, p. 2684-2685) também se manifestou no mesmo sentido:

Nos termos do § 5º, do art. 37 da Constituição Federal, a lei deverá estabelecer os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, conforme se verifica no art. 23 da presente lei.

A própria Constituição da República, porém, ressalva as ações de ressarcimento que serão imprescritíveis, cabendo sempre seu ajuizamento em face do agente público ou terceiro que por ação ou omissão, dolosa ou culposa, cause lesão ao patrimônio público.

n) Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves

De acordo com os referidos autores:

É voz corrente que o artigo 37, § 5º, da Constituição dispõe sobre o caráter imprescritível das pretensões a serem ajuizadas em face de qualquer agente, servidor ou não, visando ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário. Como consequência, tem-se que somente as demais sanções previstas nos feixes do art. 12 da Lei de Improbidade serão atingidas pela prescrição, não o ressarcimento do dano (material ou moral), o qual poderá ser a qualquer tempo perseguido. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 500).

o) Fábio Medina Osório

O Professor Fábio Medina Osório sustenta, em sua obra *Improbidade administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92*, a imprescritibilidade, conforme se vê pelo trecho abaixo transcrito:

Ressarcimento do dano abrange, por certo, dano moral, até porque a lei fala, no art. 12, III, em ressarcimento do dano, se houver, nos casos em que a improbidade traduz mera agressão aos princípios. Há quem sustente a viabilidade do ressarcimento do dano moral, sublinhando, todavia, que este estaria bem tutelado pela multa civil, veículo próprio e adequado a esse ressarcimento, submetendo-se aos prazos prescricionais, *diferentemente do que ocorre com o dano material, que é imprescritível à luz do art. 37, parágrafo 5º, da Carta Magna*. (MEDINA OSÓRIO, 1998, p. 256).

Houve, é claro, várias menções críticas à imprescritibilidade em sua obra *Direito administrativo sancionador*. A seguir, trecho da obra:

A prescrição é um instituto normal e sempre presente no Direito Administrativo Sancionador, ainda que sua regulação ocorra, mais diretamente, na legislação infraconstitucional. Falo em “princípio” da prescrição, mas ela decorre, em verdade, do princípio da segurança jurídica. Entendo que toda e qualquer pretensão punitiva deva estar submetida a limites temporais para seu exercício, sob pena de violação à segurança jurídica inerente ao Estado de Direito. A previsibilidade mínima das relações, associada à expectativa legítima de que as pessoas possam mudar seus valores per-fis, recomenda e até exige que o Estado exerça suas prerrogativas sancionatórias dentro de limites temporais básicos, previamente delimitados.

A liberdade de configuração legislativa dos prazos prescricionais vem afirmada no texto constitucional, que, aliás, *a contrario sensu*, parece estabelecer a imprescritibilidade das ações indenizatórias contra aqueles que causam danos materiais ao erário. (MEDINA OSÓRIO, 2005, p. 539-541).

Em nota de rodapé, o citado autor comenta o § 5º do art. 37 da CF/1988 e traz alguns esclarecimentos quanto à interpretação que faz da matéria:

Esse dispositivo tem sido interpretado no sentido de consagrar uma aparente imprescritibilidade das ações contra aqueles que promovem danos materiais ao erário. Também sustentei, anteriormente, em outra obra (*Improbidade administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92*) a idéia de imprescritibilidade dessas ações, defendendo-a sob um ponto de vista ideológico. Melhor refletindo sobre o assunto, parece-me que, ideologi-

camente, se mostra inaceitável tal tese, embora, pelo ângulo dogmático, não haja alternativa hermenêutica. Até mesmo um crime de homicídio (art. 121, *caput*, CP) sujeita-se a prazo prescricional. Por que uma ação por danos materiais ao erário escaparia desse tratamento? Dir-se-á que essa medida não constitui uma “sanção”, eis a resposta. Sem embargo, tal medida ostenta efeitos importantes e um caráter nitidamente “aflictivo” de um ponto de vista prático. Ademais, gera uma intolerável insegurança jurídica a ausência de qualquer prazo prescricional. A melhor solução talvez fosse fixar um prazo (elevado) mínimo de prescrição para essas demandas, jamais proibir, expressamente, a configuração legislativa de prazos prescricionais para os casos de ressarcimento. De qualquer modo, já se disse que a reparação do dano não é uma sanção, motivo pelo qual fica de fora do Direito Administrativo Sancionador. O constituinte de 1988 mandou que o legislador ressaltasse, sempre, as ações de ressarcimento, deixando-as de fora dos prazos prescricionais que deveriam ser estabelecidos nas hipóteses de ilícitos contra a Administração Pública. Trata-se de norma constitucional, que não está, por óbvio, sujeita a um juízo de inconstitucionalidade, sequer em face de princípios superiores, v.g., segurança jurídica. Não há normas constitucionais inconstitucionais, como se sabe. Nada impede, todavia, sob o ângulo doutrinário, uma crítica a essa espécie de postura. Aos operadores jurídicos, de qualquer sorte, cumpre respeitar a soberana decisão do constituinte, ajuizando e julgando as ações cabíveis.

Assim, Fábio Osório reconhece que *legem habemus* a Constituição atual preferiu a imprescritibilidade do ressarcimento dos danos ao erário. Ademais, reconhece não se tratar de sanção, mas somente de uma necessária recomposição do *statu quo ante* dos cofres públicos.



4

JURISPRUDÊNCIA

4.1 Supremo Tribunal Federal

A imprescritibilidade das ações de ressarcimento dos danos ao erário foi objeto de discussão e análise no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Mandado de Segurança n. 26.210⁹. Naquela ocasião, a despeito de terem sido aventadas distintas teses pelos ministros, a tese da imprescritibilidade foi adotada na decisão final do Tribunal.

Esse julgado tornou-se importante *leading case*, tendo influenciado posicionamentos mais uniformes tanto em órgãos do Poder Judiciário quanto no Tribunal de Contas da União, que acabaram acatando a tese da imprescritibilidade em observância à interpretação constitucional realizada pelo Supremo.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em voto proferido nesse julgamento, sustentou a tese da imprescritibilidade da ação:

[...] No que tange à alegada ocorrência de prescrição, incide, na espécie, o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição de 1988, segundo o qual:

“§ 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*” [grifos nossos].

Considerando ser a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendo aplicável ao caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional.

Nesse sentido é a lição do Professor José Afonso da Silva:

A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral do direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providências à sua apuração e à responsabilidade do agente, a sua inércia gera a perda de o seu *ius perseguendi*. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*”. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração

⁹ MS n. 26.210/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julg. em 4.9.2008, *DJe* de 10 out. 2008.

ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*).

Ademais, não se justifica a interpretação restritiva pretendida pela impetrante, segundo a qual apenas os agentes públicos estariam abarcados pela citada norma constitucional, uma vez que, conforme bem apontado pela Procuradoria-Geral da República, tal entendimento importaria em injustificável quebra do princípio da isonomia.

Com efeito, não fosse a taxatividade do dispositivo em questão, o ressarcimento dos prejuízos ao erário, a salvo da prescrição, somente ocorreria na hipótese de ser o responsável agente público, liberando da obrigação os demais cidadãos. Tal conclusão, à evidência, sobre mostrar-se iníqua, certamente não foi desejada pelo legislador constituinte¹⁰.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, em sentido contrário, defendeu a existência de prazo prescricional:

Em segundo lugar, não compreendo a parte final do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal como a encerrar a imprescritibilidade das ações considerada a dívida passiva da União. Não. A ressalva remete à legislação existente e recepcionada pela Carta de 1988; a ressalva remete à disposição segundo a qual prescrevem as ações, a partir do nascimento destas, em cinco anos, quando se trata – repito – de dívida passiva da Fazenda. E isso homenageia a almejada segurança jurídica: a cicatrização de situações pela passagem do tempo. [...]

Indago: é possível, passados os cinco anos, eleger-se a beneficiária da bolsa como a responsável pelas contas – e houve tomada de contas pelo Tribunal de Contas da União – a ponto de se ressuscitar, no tocante a ela – não me refiro, aqui, aos administradores, presente a tomada de contas –, um débito alusivo a essa mesma bolsa? Não. Penso que, no caso, houve a prescrição de possível ação – e os pronunciamentos do Tribunal de Contas da União, reconhecendo o débito, têm força de título executivo extrajudicial – contra a beneficiária da bolsa pela passagem do tempo, pela passagem dos cinco anos [...] ¹¹.

¹⁰ MS n. 26.210/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julg. em 4.9.2008, *DJe* de 10 out. 2008, p. 176.

¹¹ MS n. 26.210/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julg. em 4.9.2008, *DJe* de 10 out. 2008, p. 182-183.

Tomou lugar, então, debate entre os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto¹², a seguir transcrito:

Ministro Carlos Britto: Acompanharia Vossa Excelência se o § 5º do artigo 37, ao cuidar de imprescritibilidade – vamos chamar assim –, não fosse além da figura do agente administrativo, porque estabelece: [...] Então, diante dessa regra [...].

Ministro Marco Aurélio: Mas a minha premissa é outra. Não coloco na mesma vala a situação patrimonial alusiva ao ressarcimento e outras situações em que a Constituição afasta a prescrição. O constituinte de 1988 foi explícito, em certos casos, quanto à ausência de prescrição. Aqui, não. Não posso conceber que simplesmente haja o constituinte de 1988 deixado sobre a cabeça de possíveis devedores ao erário, inclusive quanto ao ressarcimento por ato ilícito, praticado à margem da ordem jurídica, uma ação exercitável a qualquer momento.

Ministro Carlos Britto: O meu raciocínio realmente é o de que, em se tratando de ressarcimento, as respectivas ações são imprescritíveis.

Ministro Marco Aurélio: Não chego a esse ponto. As nossas premissas são diversas.

Ministro Carlos Britto: Sim. São diferentes.

Ministro Marco Aurélio: Não quanto ao conhecimento da obrigatoriedade, considerada até a ordem natural das coisas. Tem uma força incrível a cláusula genérica pela qual ela se declarou ciente dos parâmetros da concessão da bolsa. Evidentemente, ela tinha conhecimento e deveria reembolsar o CNPq. Mas, levando em conta a passagem do tempo, peço vênia para conceder a ordem.

Por fim, o Ministro Cezar Peluso apresentou nova tese, em que sustenta a imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário oriundos de ilícitos criminais:

A matéria envolve tema constitucional, que diz com o art. 37 da Constituição Federal. Concordo integralmente com todas as demais ponderações e argumentos do eminente Relator, mas gostaria de fazer uma ressalva em relação à interpretação do art. 37, § 5º.

Esta norma estabelece claramente uma exceção – eu diria, exceção marcante – em relação a princípio jurídico universal: o princípio de limitação do prazo de exercício de todas as pretensões, porque é este requisito de segurança jurídica. Há larga discussão em doutrina sobre as ações de-

¹² MS n. 26.210/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julg. em 4.9.2008, DJe de 10 out. 2008, p. 183 e seguintes.

claratórias, para saber se seriam ou não imprescritíveis, mas a regra geral, como princípio universal, formulado em benefício da paz social e da segurança jurídica, é que todas as pretensões estão sujeitas à prescrição, e alguns direitos, sujeitos à decadência. Então, em se tratando de exceção a uma regra de tão amplo alcance, teria de ser interpretada, já desse ponto de vista, estritamente.

Em segundo lugar, o que me parece claro dessa regra – com o devido respeito – é que se trata de uma exceção à previsão de prescrição para ilícitos, ou seja, há aqui segunda exceção, normativa, uma exceção de segundo grau, que é de abrir ressalva à prescritibilidade em relação aos ilícitos praticados por qualquer agente, que, seja servidor ou não, cause prejuízo ao Erário.

Isso significa, no meu entender, que em primeiro lugar a hipótese excepcional não é de qualquer ilícito, sobretudo não é de ilícito civil. Aliás, o próprio Tribunal de Contas na União, ao prestar informações, invoca acertada doutrina que, provavelmente citada nos seus acórdãos, diz o seguinte:

“A Constituição Federal colocou fora do campo de normatização da Lei o prazo prescricional da ação de ressarcimento referente a prejuízos causados ao erário, só podendo a lei estabelecer o prazo prescricional para os ilícitos, como tal podendo-se entender os crimes.”

Noutras palavras, as ações relativas a crimes são prescritíveis, não, porém, as respectivas ações de ressarcimento. Respectivas do quê? Dos crimes, isto é, as ações tendentes a reparar os prejuízos oriundos da prática de crime danoso ao Erário. Este o sentido lógico do adjetivo “respectivos”. Não se trata, portanto, de qualquer ação de ressarcimento, senão apenas das ações de ressarcimento de danos oriundos de ilícitos de caráter criminal. Aí se entende, então, o caráter excepcional da regra da imprescritibilidade. Por quê? Porque é caso do ilícito mais grave na ordem jurídica.

E a Constituição, por razões soberanas, entendeu que, nesse caso, cuidando-se de delitos, no sentido criminal da palavra, as respectivas ações de ressarcimento não prescrevem, conquanto prescrevam as demais ações nascidas do ilícito penal [...] ¹³.

A despeito das diferentes teses apresentadas, ficou vencido apenas o Ministro Marco Aurélio ¹⁴. Por oito votos a um, o STF entendeu que do § 5º do art. 37 da Constituição Federal se pode extrair a tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário.

¹³ MS n. 26.210/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julg. em 4.9.2008, DJe de 10 out. 2008, p. 185.

¹⁴ Estavam ausentes os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Importante ressaltar que o precedente continua sendo aplicado internamente no Supremo Tribunal Federal. Em julgamento proferido em 8 de junho de 2010, a Segunda Turma do STF reiterou o entendimento estabelecido no Mandado de Segurança n. 26.210/DF, citando-o como fundamento para a decisão:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. Incidência, no caso, do disposto no artigo 37, § 5º, da Constituição do Brasil, no que respeita à alegada prescrição. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento¹⁵.

Ademais, o precedente tem sido replicado em diversas decisões monocráticas¹⁶ no STF, consolidando-se o entendimento do Tribunal no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento de dano ao erário.

4.2 Superior Tribunal de Justiça

Como revelam os julgados a seguir, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento dos danos ao patrimônio público tem sido afirmada pelo Judiciário, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, embora tenha havido divergências quanto à tese.

Em 22.11.2002, decidiu o STJ, por sua 1ª Turma:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. PRESCRIÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA.

1. O Ministério Público é parte legítima para promover Ação Civil Pública visando ao ressarcimento de dano ao erário público.
2. O Ministério Público, por força do art. 129, III, da CF/88, é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social, não se limitando à ação de reparação de danos. Destarte, nas hipóteses em que não atua na condição de autor, deve intervir como *custos legis* (LACP, art. 5º, § 1º; CDC, art. 92; ECA, art. 202 e LAP, art. 9º).
3. A carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do

¹⁵ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 608.831/SP, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, julg. em 8.6.2010, *DJ* de 25 jun. 2010.

¹⁶ AI n. 490.944/SP (Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 16.4.2009, *DJe* de 13 de maio 2009), RE n. 463.451/TO (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. em 13.10.2009, *DJe* de 23 out. 2009), RE n. 542.467/MT (Rel. Min. Carlos Britto, julg. em 23.11.2009, *DJe* de 3 dez. 2009), RE n. 606.224/SE (Rel. Min. Carlos Britto, julg. em 18.2.2010, *DJe* de 8 mar. 2010), RE n. 574.867/MG (Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. em 21.5.2010, *DJe* de 9 jun. 2010).

art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à proibição da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

4. Em conseqüência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade).

5. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico “concurso de ações” entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

6. *A Ação Civil Pública não veicula bem jurídico mais relevante para a coletividade do que a Ação Popular. Aliás, a bem da verdade, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Civis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio.*

7. O STJ sedimentou o entendimento no sentido de que o julgamento antecipado da lide (art. 330, I, CPC) não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória.

8. Recursos Especiais providos para acolher a prescrição quinquenal da ação civil pública. Recurso Especial da empresa à que se nega provimento¹⁷.

Com inteira propriedade, o Tribunal manifestou-se pela identidade de objeto entre a ação civil pública e a ação popular, como modalidades concorrentes de tutela de direitos transindividuais, uma vez que ambas servem à proteção da moralidade administrativa. Todavia, em vez de extrair dessa semelhança um regime jurídico idêntico, visando maior proteção da moralidade administrativa, com base na norma constitucional que prevê a imprescritibilidade das ações de ressarcimento dos danos ao patrimônio público (CF, art. 37, § 5º), a decisão, incoerentemente, procura analogia com a norma infraconstitucional sobre a prescrição quinquenal da ação popular.

¹⁷ REsp n. 406.545/SP; Recurso Especial n. 2002/0007123-6, Rel. Min. Luiz Fux (1122), 1ª Turma, julg. em 21.11.2002, DJ de 9 dez. 2002, p. 292; RSTJ, v. 169, p. 214.

Ora, essa norma da ação popular, corretamente entendida à luz da Constituição, tem sua abrangência restrita a outras sanções que não o ressarcimento dos danos ao patrimônio público, de modo que o parâmetro utilizado deveria ser a norma da própria Constituição ou a analogia deveria ser estabelecida com a norma legal (da Lei de Ação Popular) interpretada conforme a Constituição, mas sempre tendo como resultado a imprescritibilidade do ressarcimento dos danos ao patrimônio público.

Em 17.11.2005, o STJ decidiu, agora pela 2ª Turma:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESARCIMENTO DO DANO. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. ERRO INESCUSÁVEL.
[...]

2. *Aplica-se a prescrição vintenária à ação civil pública objetivando o ressarcimento do dano causado ao erário.*

[...]

4. Agravo regimental improvido¹⁸.

Se, no caso, a decisão foi mais favorável ao patrimônio público do que o julgamento antes referido, porque considerou o prazo prescricional de vinte anos e não mais o de cinco, anunciando uma sensibilidade mais acurada do Tribunal para a proteção do erário, é preciso estender essa preocupação a seus devidos termos constitucionais.

A maior incoerência da decisão não está na alteração do prazo prescricional invocado (vinte anos, e não o prazo quinquenal originalmente estabelecido na Lei de Ação Popular), mas na invocação de um prazo prescricional, em afronta ao dispositivo constitucional de imprescritibilidade.

Finalmente, o próprio STJ decidiu a favor da imprescritibilidade das ações de ressarcimento dos danos provocados no patrimônio público, tal como vêm decidindo outros tribunais. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO AFASTADA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 07/STJ. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA POR PARTE DOS AGENTES POLÍTICOS.

[...]

¹⁸ AgRg-Ag n. 695.351/MG; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 2005/0122416-8, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julg. em 17.11.2005, DJ de 19 dez. 2005, p. 348.

II – É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de ser o Ministério Público legítimo para propor *ação civil pública na hipótese de dano ao erário público*.

III – *A ação civil pública é imprescritível, porquanto inexistente disposição legal prevendo o seu prazo prescricional, não se aplicando a ela os ditames previstos na Lei n. 4.717/65, específica para a ação popular.*

[...]

VI – Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido¹⁹.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DANO AO ERÁRIO. LICITAÇÃO. ECONOMIA MISTA. RESPONSABILIDADE.

1. O Ministério Público é parte legítima para propor Ação Civil Pública visando resguardar a integridade do patrimônio público (sociedade de economia mista) atingido por contratos de efeitos financeiros firmados sem licitação. Precedentes.

[...]

6. *É imprescritível a Ação Civil Pública visando a recomposição do patrimônio público (art. 37, § 5º, CF/88).*

[...]

11. Recurso do Ministério Público provido, com o reconhecimento de sua legitimidade.

12. Recursos das partes demandadas conhecidos parcialmente e, na parte conhecida, improvidos²⁰.

Em julgamento proferido em maio de 2009²¹, a Ministra Denise Arruda expôs a existência da divergência com relação à prescribibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário nas Turmas de Direito Público do Tribunal. Observe-se que, em seu voto, ressaltou o já mencionado *leading case* do STF²² e, em momento posterior, demonstrou longamente discussão doutrinária sobre o tema, em especial quanto à compatibilização do art. 37, § 5º, da Constituição Federal com o art. 23 da Lei n. 8.429/1992.

¹⁹ REsp n. 586.248/MG; Recurso Especial n. 2003/0129146-0, Rel. Min. Francisco Falcão (1116), 1ª Turma, julg. em 6.4.2006, DJ de 4 maio 2006, p. 135 E.

²⁰ REsp n. 403.153/SP; Recurso Especial n. 2001/0191456-4, Rel. Min. José Delgado (1105), 1ª Turma, julg. em 9.9.2003, DJ de 20 out. 2003, p. 181.

²¹ REsp n. 928.725/DF, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, julg. em 26.5.2009, DJ de 5 ago. 2009.

²² MS n. 26.210/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 9 out. 2008.

Inicialmente, é necessário esclarecer que o objeto do recurso examinado não está relacionado ao prazo prescricional da ação de ressarcimento ao erário, a qual não possui entendimento consolidado nesta Corte Superior, em face da manifesta divergência nas Turmas de Direito Público, em função da existência da tese de imprescritibilidade da ação de ressarcimento, bem como da tese da incidência da prescrição vintenária, em razão da ausência de regulamentação, com base no Código Civil. Confirmam-se: AgRg no Ag 993.527/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, *DJe* de 11 set. 2008; REsp 705.715/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJe* de 14 de maio 2008; REsp 601.961/MG, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 21 ago. 2007; REsp 403.153/SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 20 out. 2003.

Todavia, é importante ressaltar a existência do recente julgado do Supremo Tribunal Federal que, por maioria, proclamou a inexistência de prescrição de ação de ressarcimento ao erário.

A despeito dessa manifestação, diversos julgados de 2009 e 2010 revelam ter havido uniformização da jurisprudência do Tribunal, firmando-se entendimento apoiado na tese da imprescritibilidade. Trecho do voto do Ministro Campbell Marques o evidencia:

No que concerne ao prazo prescricional para ação civil pública em que se busca condenação por dano ao erário, *esta Corte revisou o entendimento de que seria vintenário o prazo prescricional e considera, agora, que tal ação é imprescritível, com base no que dispõe o artigo 37, § 5º, da Constituição da República, consoante já se posicionaram ambas as Turmas da Primeira Seção:*

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA.

[...]

2. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível.

3. Recurso Especial não provido.

(REsp 631.679/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* 9.3.09) [...] ²³.

Portanto, também o Superior Tribunal de Justiça adotou a tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário, em observância ao disposto no texto constitucional e à interpretação

²³ Recurso Especial n. 1.107.833/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julg. em 8.9.2009, *DJ* de 18 set. 2009.

fixada pelo STF no julgamento do Mandado de Segurança n. 26.210. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LICITAÇÃO – CONTRATAÇÃO SEM CERTAME LICITATÓRIO – PRESCRIÇÃO – AFASTAMENTO – MATÉRIA CONSTITUCIONAL – NÃO-APLICABILIDADE – AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA – IMPRESCRITIBILIDADE – RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...] 4. MÉRITO. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA. “A ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível. (REsp 705.715/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 2.10.2007, DJe 14.5.2008). Precedente do Pretório Excelso. Recurso especial provido²⁴.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO – PRESCRIÇÃO – OMISSÃO SOBRE QUESTÕES ESSENCIAIS AO JULGAMENTO DA LIDE – EXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 535, II, DO CPC – CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE REJEITOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. [...] 2. A ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível, mesmo se cumulada com a ação de improbidade administrativa (art. 37, § 5º, da CF). [...] ²⁵.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DE MÁ-FÉ (DOLO). APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA. [...] 8. A aplicação das sanções previstas no art. 12 e incisos da Lei 8.429/92 se submetem ao prazo prescricional de 05 (cinco) anos, exceto a reparação do dano ao erário, em razão da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória (art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988). Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1038103/SP, Segunda Turma, DJ de 04/05/2009; REsp 1067561/AM, Segunda Turma, DJ de 27/02/2009; REsp 801846/AM, Primeira Turma, DJ de 12/02/2009; REsp 902166/SP, Segunda Turma, DJ de 04/05/2009; e REsp 1107833/SP, Segunda Turma, DJ de 18/09/2009. [...] 11. Ademais, a adoção do novel entendimento desta Corte, no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, conduz ao desprovimento da pretensão recursal quanto à ocorrência da prescrição para a propositura da ação ab

²⁴ Recurso Especial n. 1.056.256/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, julg. em 16.12.2008, DJ de 4 fev. 2009.

²⁵ Recurso Especial n. 991.102/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julg. em 8.9.2009, DJ de 24 set. 2009.

*origine. [...] 13. Recurso Especial provido*²⁶.

RECURSO ESPECIAL – ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CORRÉUS – PRESCRIÇÃO – CONTAGEM INDIVIDUAL – RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – IMPRESCRITIBILIDADE. 1. As punições dos agentes públicos, nestes abrangidos o servidor público e o particular, por cometimento de ato de improbidade administrativa estão sujeitas à prescrição quinquenal (art. 23 da Lei n. 8.429/92), contado o prazo individualmente, de acordo com as condições de cada réu. Precedente do STJ. 2. Diferentemente, *a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível (art. 37, § 5º, da Constituição)*. 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido²⁷.

4.3 Os Tribunais Regionais Federais

a) *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*

No TRF da 1ª Região, a jurisprudência inclina-se para reconhecer a impossibilidade de processamento de ação de improbidade, cujas sanções estão prescritas para que seja obtido o ressarcimento do dano ao erário. Para o citado Tribunal, tal ressarcimento, justamente por não se encontrar prescrito (é imprescritível), deve ser analisado em ação autônoma, como se vê:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FINALIDADE. PREQUESTIONAMENTO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. LEI N. 8.429/92, ART. 23, I. RESSARCIMENTO. DANO. ERÁRIO. AÇÃO AUTÔNOMA. [...]

*3. A regra acerca da prescrição quinquenal contida no art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa vale para todas as sanções nela previstas. Revestindo-se o ressarcimento do dano ao erário do caráter de pena imposta ao agente público demandado por ato de improbidade, não há como admitir-se venha a demanda prosseguir somente com o objetivo do aludido ressarcimento, que deverá ser buscado em ação autônoma*²⁸.

PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. LEI N. 8.429/92, ART. 23, I. RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. AÇÃO AUTÔNOMA. ART. 37, § 4º, DA CF/88.

²⁶ REsp n. 909.446/RN, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julg. em 6.4.2010, DJe de 22 abr. 2010.

²⁷ REsp n. 1.185.461/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julg. em 1º.6.2010, DJe de 17 jun. 2010.

²⁸ EDAG n. 2005.01.00.054802-7/MG; Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento, Rel. Des. Tourinho Neto, 3ª Turma, julg. em 20.2.2006, DJ de 10 mar. 2006, p. 16; REsp n. 457.723/SP, STJ.

1. *As ações para ressarcimento ao erário são imprescritíveis, consoante o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal.*
2. *Não se viabilizando o ressarcimento ao erário pela ação de improbidade administrativa, posto que alcançada pela prescrição, na forma do artigo 23, I, da Lei n. 8.429/92, deve aquele intento ser buscado em ação autônoma. (Precedentes do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.)*
3. *Improvemento da apelação*²⁹.

PROCESSO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. PRESCRIÇÃO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. RESSARCIMENTO DOS DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO. AÇÃO AUTÔNOMA. AGRAVO REGIMENTAL.

1. *A norma prescritiva do quinquênio, prevista no art. 23, I, da Lei n. 8.492, de 1992, é válida para todas as sanções previstas na Lei de Improbidade, salvo para as ações de ressarcimento.*
2. *Prescrita a ação de improbidade, em face do disposto no art. 23, I, da Lei n. 8.492, de 1992, e, assim, indeferida a inicial, o ressarcimento do dano, decorrente do ato ímprobo – imprescritível por força de norma constitucional (CF/88, art. 37, § 5º) –, só pode ser pleiteado em ação autônoma*³⁰.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. LEI N. 8.429/92, ART. 23, I. RESSARCIMENTO. DANO. ERÁRIO. AÇÃO AUTÔNOMA. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO (ART. 269, IV, DO CPC).

1. *A regra acerca da prescrição quinquenal contida no art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa vale para todas as sanções nela previstas. Revestindo-se o ressarcimento do dano ao erário do caráter de pena imposta ao agente público demandado por ato de improbidade, não há como admitir-se venha a demanda prosseguir somente com o objetivo do aludido ressarcimento, que deverá ser buscado em ação autônoma.*
2. *Apelação não provida*³¹.

PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÕES DE ÍNDOLE ADMINISTRATIVA E POLÍTICA. PRESCRIÇÃO. RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. AÇÃO AUTÔNOMA.

1. *A pretensão de ressarcimento do prejuízo ao erário é imprescritível, nos termos do art. 37, § 5º da Constituição Federal. Contudo, prescrita as*

²⁹ AC n. 2005.30.00.000134-9/AC; Apelação Cível, Rel. Des. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Juiz convocado Alexandre Vidigal de Oliveira, 4ª Turma, julg. em 16.8.2005, DJ de 8 set. 2005, p. 20.

³⁰ AGAID n. 2003.01.00.021831-4/TO; Agravo Regimental na Ação de Improbidade Administrativa, Rel. Des. Tourinho Neto, 2ª Seção, julg. em 9.3.2005, DJ de 18 mar. 2005, p. 3.

³¹ Processo n. 1998.32.00.003665-6/AM; Apelação Cível, Rel. Des. Tourinho Neto, 3ª Turma, julg. em 29.9.2004, DJ de 8 out. 2004, p. 19.

sanções previstas na Lei de Improbidade (Lei n. 8.429/1992), não se afigura admissível o prosseguimento da Ação de Improbidade para buscar tão-somente o ressarcimento do dano ao erário, cujo pleito de reparação deverá ser objeto de ação autônoma. Precedentes deste Tribunal e do STJ. 2. Apelação improvida³².

b) Tribunal Regional Federal da 2ª Região

O TRF da 2ª Região possui precedentes favoráveis à tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário, como se vê:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI N. 8.429/92). LIMINAR CONCEDIDA EM AÇÃO CAUTELAR DE SEQÜESTRO DE BENS EM DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO.

[...]

II – as ações de ressarcimento de prejuízos causados ao patrimônio público são imprescritíveis (artigo 37, § 5º, da CF).

[...]

V – agravo improvido³³.

ADMINISTRATIVO. PERCEPÇÃO INDEVIDA DE INDENIZAÇÃO DE TRANSPORTE PARA FIXAR RESIDÊNCIA. PROSSEGUIMENTO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. [...] *Inocorrência de prescrição do procedimento administrativo, uma vez que as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis, por força do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal. Recurso de Apelação improvido³⁴.*

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCESSUAL CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. CONVÊNIO PARA O REPASSE DE VERBAS FEDERAIS A INSTITUIÇÃO PRIVADA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INAPLICABILIDADE. INTIMAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL.

1. Nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição da República de 1988, é imprescritível a ação de ressarcimento por prejuízo causado ao erário. 2. Tendo sido ajuizada ação civil pública para fins de ressarcimento ao erário em razão da utilização indevida de verbas repassadas pelo Ministério

³² Processo n. 200640000027679, Apelação Cível, Rel. Juiz Federal Klaus Kuschel, 4ª Turma, julg. em 24.11.2009, DJ de 29 jan. 2010.

³³ Processo n. 9802257940/RJ, Agravo de Instrumento, Rel. Juiz Julio Martins, 3ª Turma, julg. em 7.4.1999, DJ de 28 set. 1999.

³⁴ Processo n. 200150010098185, Apelação Cível, Rel. Des. Fed. Fernando Marques, 5ª Turma Especializada, julg. em 30.9.2009, DJe de 9 out. 2009.

da Saúde a instituição de saúde privada, deve a União ser intimada para manifestar interesse no feito. 3. Remessa necessária conhecida e provida. Sentença anulada³⁵.

c) *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*

Também, no TRF da 3ª Região, há recente precedente que reconheceu a imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. ART. 37, § 6º, DA CF. O art. 37, § 5º, da CF/1988, dispõe que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. A norma legal a que alude o preceito constitucional é a Lei n. 8.429/1992, que estabeleceu, em seu art. 23, os prazos prescricionais para as ações de responsabilidade ajuizadas para aplicar as sanções nela previstas. *Cuidando-se de ação que visa o ressarcimento dos prejuízos decorrentes de ato causador de danos ao erário, aplica-se a parte final do § 5º, do art. 37, da CF/1988, e não as normas da Lei n. 8.429/1992.* Precedentes do STF e do STJ. Apelação provida³⁶.

d) *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*

Novamente, há precedentes do TRF da 4ª Região que reconhecem a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, CF.

– Em razão do óbice imposto pelo art. 37, § 5º, da CF, as ações de improbidade que busquem o ressarcimento ao erário não poderão, de plano, ser declaradas imprescritíveis. Caso o pedido do Ministério Público Federal se limitasse às demais sanções (não ressarcitórias), não haveria impedimento para que a prescrição fosse reconhecida de plano pelo juiz, antes da citação do demandado, com a extinção do processo.

[...]

³⁵ Processo n. 200551050013540, Remessa *Ex Officio*, Rel. Des. Fed. Marcelo Pereira, 8ª Turma, julg. em 27.4.2010, DJ de 4 maio 2010.

³⁶ Processo AC n. 200861000248368, Apelação Cível n. 1397257, Rel. Juiz Conv. Rubens Calixto, 3ª Turma, julg. em 25.6.2009, DJ de 7 jul. 2009.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao Agravo de Instrumento³⁷.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. REJEIÇÃO DA AÇÃO. COGNIÇÃO SUMÁRIA. PRESCRIÇÃO. DANO AO ERÁRIO. HIPÓTESE DE IMPRES-CRITIBILIDADE.

1. Nos termos do art. 37, § 5º, da CF/88, é imprescritível a Ação Civil Pública que visa a recomposição do patrimônio público, de forma que a pretensão do Agravante, de livrar-se da ação de improbidade, com apoio na prescrição, resta infundada.

2. Agravo a que se nega provimento.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao Agravo de Instrumento³⁸.

DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI N. 8.429/92. LEI DE IMPROBIDADE. CONDENAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DO PRAZO PRESCRICIONAL DE 5 ANOS PREVISTO NO ART. 23, II, DA LEI 8.429/92. APLICABILIDADE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: NÃO SE SUBMETE AO PRAZO PRESCRICIONAL.

1. O art. 23, I, da Lei n. 8.429, estabelece o prazo prescricional de 5 (cinco) anos após o término do mandato ou cargo, vejamos: Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. *No entanto, a Constituição Federal, em seu art. 37, § 5º, assim estabelece: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 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. Tratando-se de feito no qual se postula, fundamentalmente, o ressarcimento pelos danos causados ao Erário Público, tal pedido não se submete ao prazo prescricional do art. 23, I, da Lei, por força do art. 37,*

³⁷ Processo n. 2005.04.01.020195-4/PR; Agravo de Instrumento, Rel. Juíza Vânia Hack de Almeida, 3ª Turma, julg. em 7.12.2005, DJU de 8 mar. 2006, p. 702.

³⁸ Processo n. 2003.04.01.056019-2/RS, Rel. Des. Valdemar Capeletti, 4ª Turma, julg. em 24.3.2004, DJ de 26 maio 2004, p. 748.

§ 5º, da Constituição Federal, que considera imprescritíveis as ações dessa espécie. 2. Apelação e remessa oficial providas³⁹.

e) Tribunal Regional Federal da 5ª Região

No TRF da 5ª Região, a jurisprudência também se inclinou para o reconhecimento da imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário, como se nota nos julgados a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ACÓRDÃO DO TCU QUE RECONHECEU IRREGULARIDADE NA TOMADA DE CONTAS E CONDENOU EX-PREFEITO NO PAGAMENTO DE MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL A CONTAR DA DECISÃO DO TCU. CARÁTER PUNITIVO E NÃO RESSARCITÓRIO. PRESCRIÇÃO AFASTADA. [...] 2. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 894539/PI, da Relatoria do Ministro Herman Benjamin, firmou entendimento no sentido de que, sendo a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, inquestionável cuidar da imprescritibilidade constitucionalmente prevista no referido artigo 37, parágrafo 5º. 3. O mesmo julgado, especificamente no que se refere a multa aplicada, explicitamente registrou a diferente solução a ser aplicada quanto ao prazo prescricional. É que, enquanto o ressarcimento do dano possui natureza civil, a multa tem caráter punitivo, o que afasta a imprescritibilidade. 4. O Acórdão do TCU foi julgado na Sessão de 24.01.2006, data esta que deve ser considerada para o termo inicial da contagem do prazo prescricional quinquenal, enquanto que a Ação de Execução Diversa foi ajuizada perante a Seção Judiciária da Paraíba em 30.11.2006, conforme consulta realizada no sítio daquela Seção Judiciária. 5. Não há que se falar no prazo inicial da prescrição a contar da data em que foi firmado o Convênio 282, de 29.06.2000, vez que a exigência da obrigação teve origem, exatamente, com o Acórdão do TCU. 6. Apelação improvida⁴⁰.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ACÓRDÃO DO TCU. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. I – Trata-se de execução de título extrajudicial para cobrança de débito apurado em processo de Tomada de Contas Especial, no qual o Tribunal de Contas da União julgou irregulares as contas apresentadas de respon-

³⁹ Processo n. 200571020035976, Apelação Cível, Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 3ª Turma, julg. em 26.5.2010, DJe de 24 jun. 2009.

⁴⁰ Processo AC n. 200882000026964, Apelação Cível n. 468630, Rel. Des. Rogério Fialho Moreira, 1ª Turma, julg. em 22.4.2010, DJe de 30 abr. 2010.

sabilidade dos ora apelados. II – Na realidade, cuida-se de ação típica de ressarcimento de danos causados ao erário, a qual foi declarada extinta em face da prescrição intercorrente. III – *Em se tratando de ações que têm por fito ressarcimento ao erário, é pacífica a jurisprudência de que são imprescritíveis, a teor do artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal. Precedentes.* IV – Apelação provida, para determinar o prosseguimento da execução⁴¹.

EXECUÇÃO. ACÓRDÃO DO TCU. CITAÇÃO POR EDITAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. [...] 5. *Quanto à alegada prescrição, tratando-se de execução de acórdão do Tribunal de Contas da União contendo condenação de ressarcimento de danos causados ao erário, aplica-se o art. 37, parágrafo 5º, da CF/88, que, em sua parte final, consigna a imprescritibilidade de tal pretensão. Precedentes do STF e do STJ.* 6. Apelação desprovida⁴².

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AJUIZAMENTO PELO MPF. LITISCONSÓRCIO ATIVO DA UNIÃO. RECURSOS FEDERAIS REPASSADOS POR CONVÊNIO. DESTINAÇÃO ESPECÍFICA. INCORPORAÇÃO AO PATRIMÔNIO DO MUNICÍPIO. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEI N. 8.429/92. APLICABILIDADE AOS PREFEITOS MUNICIPAIS. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO AO RESSARCIMENTO DE DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. MALVERSAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS FEDERAIS. FORTES INDÍCIOS DE DESONESTIDADE. IMPROVIMENTO DO APELO. [...] 5. *A pretensão ao ressarcimento de danos causados ao erário por ilícitos, praticados por servidores ou não, é imprescritível, consoante dicção do art. 37, parágrafo 5º, da Constituição da República.* O art. 23 da Lei n. 8.429/92 somente prevê os prazos de prescrição para aplicação das sanções previstas no art. 12. Reparação de danos não é sanção (pena), mas indenização que visa à recomposição do estado anterior ao ilícito. *Sobre a imprescritibilidade da ação de ressarcimento do erário, a jurisprudência do STF, STJ e desta Corte não registra discrepâncias.* Prescrição que não se reconhece. [...] 9. Recurso conhecido, mas improvido, com a confirmação da sentença condenatória⁴³.

⁴¹ Processo AC n. 08006766119004058303, AC – Apelação Cível n. 494804, Rel. Des. Leonardo Resende Martins, 4ª Turma, julg. em 30.3.2010, *DJe* de 8 abr. 2010.

⁴² Processo AC n. 200882000002728, Apelação Cível n. 492056, Rel. Des. Leonardo Resende Martins, 4ª Turma, 2.3.2010, *DJe* de 11 mar. 2010.

⁴³ Processo AC n. 200183000209008, Apelação Cível n. 459895, Rel. Des. Rubens de Mendonça Canuto, 2ª Turma, julg. em 9.2.2010, *DJe* de 25 fev. 2010.

4.4 Tribunais Estaduais

a) Tribunal de Justiça do Distrito Federal

O TJ do Distrito Federal, na defesa da tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário, traz à luz o argumento da imprescritibilidade do valor constitucional “moralidade administrativa”.

In verbis:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE IMPRESCRITIBILIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADAS. OFENSA À MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DANO AO ERÁRIO. EMPRESA PÚBLICA. SUJEIÇÃO ÀS REGRAS DO DIREITO PRIVADO (SISTEMA ANTERIOR À EC 19/98). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO (ART. 269, IV, DO CPC).

[...]

III – As ações civis são imprescritíveis quanto à tutela de direitos inalienáveis, indisponíveis. A moralidade pública é imprescritível. Mas moralidade é um conceito abstrato. Quando a moralidade pública refere à lesão patrimonial, ainda que de ente público, é necessário investigar se há no ordenamento jurídico algum diploma legal que regule a questão.

[...]

Decisão: Rejeitar as preliminares, dar provimento ao recurso. Unânime⁴⁴.

b) Tribunal de Justiça do Mato Grosso

Há precedente no TJ do Mato Grosso do uso analógico do prazo prescricional da ação popular, entendendo que o ordenamento jurídico “não se compadece de situações eternizadas”. *In verbis:*

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RESSARCIMENTO DE DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO POR AGENTE PÚBLICO – ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRESCRIÇÃO – INEXISTÊNCIA DE DETERMINAÇÃO EXPRESSA DE LEI – ANALOGIA LEGIS – AÇÃO POPULAR – BENS JURÍDICOS SEMELHANTES – SEGU-RANÇA JURÍDICA – APLICAÇÃO DO PRAZO DE 5 ANOS PREVISTO NO ARTIGO 21 DA LEI N. 4.717/65 – APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

⁴⁴ Apelação Cível n. 20000111011973APC/DF; Acórdão n. 216164, Rel. Hermenegildo Gonçalves, 1ª Turma, julg. em 16.5.2005, DJU de 7 jun. 2005, p. 178.

O artigo 37, § 5º, da Constituição Federal não conferiu à Lei infraconstitucional que dispôs sobre improbidade administrativa, a faculdade de disciplinar os prazos de prescrição das ações de ressarcimento aos cofres públicos. Inexistindo fixação expressa na lei, mas incidindo sobre o tema o princípio geral de Direito, denominado de segurança jurídica, deve o aplicador da lei buscar uma interpretação que se amolde aos parâmetros do próprio ordenamento jurídico, que não se compadece de situações eternizadas, como se o processo fosse uma inesgotável ameaça aos sujeitos aos quais se dirige.

Aplicando, de forma analógica, a Lei da Ação Popular, que em seu conteúdo material assemelha-se em muito à Ação Civil Pública, é escorreita a decisão que aplica o prazo de 5 anos, descrito no artigo 21 da Lei n. 4.717/65, declarando a prescrição da ação, posto que interposta 8 anos após a prática do ato apontado como lesivo aos cofres públicos⁴⁵.

c) Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

Em sentido oposto, o TJ do Mato Grosso do Sul fez referência ao entendimento do STJ e não acatou a tese da prescritibilidade da ação de ressarcimento de danos causados ao erário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANOS AO ERÁRIO – RESSARCIMENTO – PRELIMINAR DE CONVERSÃO DO RECURSO EM AGRAVO RETIDO – INADMISSIBILIDADE – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – APLICAÇÃO DA LEI QUE REGULAMENTA A AÇÃO POPULAR POR ANALOGIA – INACEITABILIDADE – ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL EM SENTIDO CONTRÁRIO – RECURSO NÃO-PROVIDO.

[...]

A jurisprudência dominante dos tribunais superiores é no sentido de não ser admitida a aplicação, por analogia, do regramento legal estatuído para a ação popular à ação civil pública, em especial no que concerne ao prazo prescricional quando o objeto desta última é o ressarcimento do erário pelos prejuízos causados por agentes públicos⁴⁶.

d) Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Há precedentes minoritários de defesa da tese da prescritibilidade no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Como exemplo, cite-se o en-

⁴⁵ Recurso de Apelação Cível n. 23.256/2001; Protocolo n. 23.256/2001, Rel. João Ferreira Filho, 3ª Câm. Cível, Classe II, 19, julg. em 5.5.2004, DJ de 16 jun. 2004.

⁴⁶ Agravo n. 2006.005118-4/0000-00, Rel. Des. Horácio Vanderlei Nascimento Pithan, 2ª Turma Cível, julg. em 25.7.2006, DJ de 15 ago. 2006.

tendimento do Desembargador Almeida Melo⁴⁷, em que se faz a seguinte distinção:

A responsabilidade civil do servidor público apura-se em caso de dano causado ao Estado ou de dano causado a terceiro. Em se tratando de dano causado ao Estado, a ação de improbidade submete-se à prescrição fixada em lei. Quando se trata de dano causado a terceiro, a ação de ressarcimento é imprescritível.

Essa distinção voltou a ser sustentada em outra Apelação Cível⁴⁸ de Almeida Melo, mas a preliminar de prescrição foi rejeitada pelos demais componentes da Turma (Desembargadores Antônio Hélio Silva e Audebert Delage). Assim, verifica-se que a tese da prescritibilidade do ressarcimento ao erário, dos danos provocados por agente ou servidor público, não prevalece nem mesmo no próprio órgão fracionário (Turma) do Tribunal de Justiça mineiro.

De fato, o entendimento majoritário no TJ/MG favorece a tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário.

d.1) Pela prescritibilidade

AGRAVO. DECISÃO QUE EM DESPACHO SANEADOR REJEITOU A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO. *É vintenária a prescrição decorrente de reparação de dano ao erário público. Aplicação do art. 177 CC/1916 c/c art. 2.028 do NCC. Decisão reformada em parte*⁴⁹.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO. PRESCRIÇÃO. *A responsabilidade civil do servidor público apura-se em caso de dano causado ao Estado ou de dano causado a terceiro. Em se tratando de dano causado ao Estado, a ação de improbidade submete-se à prescrição fixada em lei. Quando se trata de dano causado a terceiro, a ação de ressarcimento é imprescritível*⁵⁰.

ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRÁTICA – ANO DE 1987 – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL – INAPLICABILIDADE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO ART. 23 DA LEI N. 8.429/92 – PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. *Não se aplica a regra da imprescritibilidade da ação de res-*

⁴⁷ AC n. 1.0000.04.405288-4/002, Apelação Cível, Rel. Des. Almeida Melo, 4ª Câm. Cível, julg. em 6.10.2005, DJ de 8 nov. 2005.

⁴⁸ AC n. 1.0647.00.012569-8/001, Apelação Cível, Rel. Des. Almeida Melo, 4ª Câm. Cível, julg. em 23.2.2006, DJ de 4 abr. 2006.

⁴⁹ Processo n. 1.0439.04.032008-7/001(1), Rel. José Francisco Bueno, julg. em 11.8.2005, DJ de 13 set. 2005.

⁵⁰ Processo n. 1.0000.00.237752-1/000(1), Rel. Almeida Melo, julg. em 16.5.2002, DJ de 2 ago. 2002.

*sarcimento do Erário quanto a atos de improbidade administrativa praticados antes da promulgação da Carta Magna vigente, mas, uma vez que o ordenamento jurídico sempre sancionou esta espécie de conduta, aplica-se então o art. 177 do Código Civil em atenção à natureza pessoal da pretensão deduzida*⁵¹.

DIREITO PÚBLICO. MUNICÍPIO. EX-PREFEITO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO AOS COFRES PÚBLICOS. DANO AO ERÁRIO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE ATIVA. PRESCRIÇÃO. *É de cinco anos o prazo de prescrição para exigir-se do administrador o ressarcimento de prejuízo causado a órgão público, não sendo correta a interpretação do art. 37, § 5º, da CF no sentido da imprescritibilidade.* DIREITO PÚBLICO – MUNICÍPIO – EX-PREFEITO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. A ação civil pública é meio impróprio para a defesa do patrimônio público em relação a fatos anteriores à vigência da Lei n. 8.429/92⁵².

d.2) Pela imprescritibilidade

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RESSARCIMENTO DE DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – INÉPCIA DA INICIAL – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – DECISÃO MANTIDA. Mantêm-se a decisão que afasta a preliminar de inépcia da inicial ao entendimento de que é possível o manejo da ação civil pública com o objetivo de promover o ressarcimento de dano ao patrimônio público ocorrido em 1986. *Em se tratando de ressarcimento de danos ao erário, não há falar em prescrição, uma vez que tal pretensão é direito indisponível da Administração Pública e não pode ser obstada pelo decurso do tempo. Recurso a que se nega provimento*⁵³.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PROPOSTA PELO ESTADO DE MINAS GERAIS – RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE CIVIL – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DE DOCUMENTO PÚBLICO – AUSÊNCIA DE PROVAS DOS FATOS EXTINTIVOS E MODIFICATIVOS DO DIREITO DO AUTOR.

Em se tratando de reparação de danos ao erário, não há falar em prescrição por se tratar de direito indisponível da Administração Pública, que não pode ser obstado pelo decurso do tempo. Demonstrada a presença do dano, da culpa e do nexo causal entre a conduta do agente e o prejuízo sofrido, é devida a indenização a título de danos materiais suportados pelo Estado,

⁵¹ Processo n. 1.0000.00.158595-9/000(1), Rel. Páris Peixoto, julg. em 21.3.2000, DJ de 31 mar. 2000.

⁵² Processo n. 1.0000.00.160191-3/000(1), Rel. Reynaldo Ximenes Carneiro, julg. em 16.12.1999, DJ de 17 mar. 2000.

⁵³ Processo n. 1.0521.04.036236-5/001(1), Rel. Kildare Carvalho, julg. em 20.10.2005, DJ de 4 nov. 2005.

em acidente envolvendo veículo de sua propriedade. [...] Rejeitadas as preliminares, nega-se provimento ao recurso⁵⁴.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – REPARAÇÃO DE DANOS – EX-PREFEITO MUNICIPAL – PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA – MORALIDADE ADMINISTRATIVA – RECURSO PROVIDO. “O direito da administração de se ver indenizada não prescreve, na busca do ressarcimento devido pelo prejuízo causado ao erário”⁵⁵.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DANO AO ERÁRIO MUNICIPAL – RECEBIMENTO DE SUBSÍDIOS A MAIOR – AÇÃO DE RESSARCIMENTO – IMPRESCRITIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 37, PARÁGRAFO 5º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

Nos termos do artigo 37, § 5º, da Constituição da República, as ações de ressarcimento de valores recebidos a maior por agente político, a título de subsídio, causando danos efetivos ao erário, são imprescritíveis. Recurso não provido⁵⁶.

AGRAVO – DESPACHO INICIAL DE NATUREZA INTERLOCUTÓRIA – PEDIDO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – IMPRESCRITIBILIDADE DO DIREITO DE AÇÃO DO PARQUET – REJEIÇÃO DA PRELIMINAR – MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. *Imprescritível é o direito de agir do Ministério Público para as ações de responsabilidade por improbidade administrativa, com pedido de ressarcimento ao erário público.* V.v. – DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – ART. 37, § 5º – AÇÃO DE RESSARCIMENTO – IMPRESCRITIBILIDADE – PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO – PRESSUPOSTO INARREDÁVEL – AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO – FALTA DE INDICAÇÃO OBJETIVA DE PREJUÍZO – ATO DE IMPROBIDADE SUBMETIDO À PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – IMPRESCRITIBILIDADE NÃO CONFIGURADA, À FALTA DE INDICAÇÃO DE PREJUÍZO. *O art. 37 da CR/88, em seu parágrafo 5º, ressalva a imprescritibilidade apenas quanto às ações de ressarcimento ao erário público pelo agente causador do prejuízo decorrente de ato ilícito, submetendo-se as sanções relativas às demais ações previstas na Lei de Improbidade à prescrição quinquenal. A exigência primordial para a imprescritibilidade prevista no § 5º do art. 37 da CR/88 é que tenha o ato ilícito causado prejuízo ao erário público, o que, no caso de falta de licitação, pode ocorrer na hipótese de superfaturamento, falta de entrega da obra ou do serviço ou outras irregularidades que causem prejuízo ao erário. Se a inicial da ação de ressarcimento não faz qualquer*

⁵⁴ Processo n. 1.0024.01.040365-7/001(1), Rel. Kildare Carvalho, julg. em 22.9.2005, DJ de 4 out. 2005.

⁵⁵ Processo n. 1.0106.03.007475-6/001(1), Rel. Des. Alvim Soares, julg. em 20.9.2005, DJ de 25 out. 2005.

⁵⁶ Processo n. 1.0672.03.123707-2/001(1), Rel. Batista Franco, julg. em 23.8.2005, DJ de 30 set. 2005.

referência a prejuízo patrimonial, financeiro ou material ao erário, referindo-se apenas a ato de improbidade por falta de licitação para obra e serviços, que na realidade foram implementados e recebidos pelo município, as sanções são as previstas na lei de improbidade, como a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e pagamento de multa civil, dentre outras, que prescrevem em 5 (cinco) anos. O ressarcimento sem que haja indicação de ocorrência de efetivo prejuízo equivaleria à multa, já que não se destina a recompor prejuízo ao patrimônio público. Nesse caso, submete-se a ação à prescrição quinquenal⁵⁷.

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DO DEVEDOR. *Ressarcimento de dano ao Erário Público. Prescrição. Art. 37, § 5º, da Constituição da República. Inocorrência. Recurso provido. 1. A prescrição é instituto que visa estabilizar as relações jurídicas em decorrência da inércia do titular do direito material lesado. 2. A prescrição, em princípio, atinge todas as prestações e ações, quer veiculem direitos pessoais, quer reais, privados ou públicos. 3. Excepcionalmente, há pretensões imprescritíveis. 4. A Constituição da República determina no art. 37, § 5º, que o legislador fixe os prazos de prescrição para ilícitos praticados pelos agentes e servidores públicos, desde que causem prejuízo ao Erário Público. 5. A Lei n. 8.429, de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa –, dispõe no art. 23 sobre a prescrição das ações destinadas a levar a efeito as penalidades de natureza cível que comina. Porém, a prescrição ali determinada só alcança as sanções de ordem hierárquica e disciplinar. 6. É imprescritível a pretensão ao ressarcimento dos danos contra o Erário Público, porque o decurso do tempo não pode criar óbice à defesa de direito indisponível da Administração Pública. 7. Revela-se incorreto o acolhimento da exceção material quando a pretensão reveste-se de imprescritibilidade. 8. Apelação cível conhecida e provida⁵⁸.*

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PARECER DO TRIBUNAL DE CONTAS – PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE – DANOS AO ERÁRIO MUNICIPAL – RESSARCIMENTO – IMPRESCRITÍVEL – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. 1. *As ações de ressarcimento por danos causados à Administração Pública são imprescritíveis, de acordo com o § 5º, art. 37, da Constituição Federal de 1988.* 2. Não havendo qualquer ilegalidade no procedimento que ensejou o Parecer do Tribunal de Contas do Estado – no qual se embasa a Ação Civil Pública –, já que oportunos

⁵⁷ Processo n. 1.0439.04.030158-2/001(1), Rel. Geraldo Augusto, julg. em 9.8.2005, DJ de 26 ago. 2005.

⁵⁸ Processo n. 1.0137.04.911744-3/001(1), Rel. Caetano Levi Lopes, julg. em 12.4.2005, DJ de 6 maio 2005.

aos réus todos os meios de prova cabíveis, é de ser afastada a preliminar de cerceamento de defesa, pelo julgamento antecipado da lide⁵⁹.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. PARECER TÉCNICO DA CORTE DE CONTAS. REJEIÇÃO. DESPESAS IRREGULARES. AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. 1. O art. 37, § 5º, da CF prevê ressalva quanto às ações de ressarcimento por atos de improbidade administrativa, cuja interpretação pela imprescritibilidade mostra-se indiscutível. [...] ⁶⁰.

EX-PREFEITO. IRREGULARIDADES. CONTAS REJEITADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS. AÇÃO DE RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO FORO LOCAL. 1. É imprescritível a ação de ressarcimento por danos causados por ex-prefeito ao Erário Municipal, nos termos do disposto no § 5º, da Constituição Federal. 2. O foro local é o competente para o processamento e julgamento de ação civil pública de ressarcimento⁶¹.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO-OCORRÊNCIA – VEREADORES – REAJUSTES DE VERBAS DE REPRESENTAÇÃO RETROATIVA – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IMORALIDADE, IMPESSOALIDADE E IRRETROATIVIDADE DAS LEIS – REMUNERAÇÃO A MAIOR – CONTAS RECUSADAS PELO TCE-MG – AÇÃO IMPRESCRITÍVEL – RECURSO DESPROVIDO. [...] Em observância à expressa exceção constitucional, prescrita na parte final do § 5º do art. 37 da CF/88, as ações que visem o ressarcimento ao Erário são imprescritíveis. [...] Recurso desprovido⁶².

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO – IMPRESCRITIBILIDADE – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PROPRIEDADE DO INSTRUMENTO PROCESSUAL – INAPLICABILIDADE DA LEI N. 10.628/02 – PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS.

A ação que busca o ressarcimento ao erário de valores despendidos ilegalmente é imprescritível, a teor da ressalva constitucional do § 5º do art. 37 da CF. A legitimação do Ministério Público para a propositura de ações civis que visem o ressarcimento ao erário emana do art. 129 da Constituição Federal, que, em seu inciso III, inseriu entre as atribuições institucionais do Ministério Público a promoção da Ação Civil Pública para a proteção do patrimônio público. Ação Popular possibilita o exercício do poder

⁵⁹ Processo n. 1.0439.02.007775-6/001(1), Rel. Manuel Saramago, julg. em 15.3.2005, DJ de 15 abr. 2005.

⁶⁰ Processo n. 1.0216.98.003048-2/001(1), Rel. Célio César Paduani, julg. em 3.3.2005, DJ de 31 mar. 2005.

⁶¹ rocesso n. 1.0000.00.343956-9/000(1), Rel. Fernando Bráulio, julg. em 26.8.2004, DJ de 4 fev. 2005.

⁶² Processo n. 1.0629.01.002538-1/001(1), Rel. José Domingues Ferreira Esteves, julg. em 23.11.2004, DJ de 10 dez. 2004.

fiscalizatório dos atos da administração diretamente pelos cidadãos, enquanto a Ação Civil Pública é o instrumento utilizável pelo Ministério Público para conferir eficácia a sua atuação de fiscal dos atos dos administradores públicos, não sendo nenhum deles excluyente da incidência do outro, sendo certo ainda que a promoção da ação civil pública para a proteção do patrimônio público é uma das funções institucionais do Ministério Público. [...] ⁶³.

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA DE RESSARCIMENTO DE DANOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ASPECTO PRESCRICIONAL. [...] O art. 37, § 5º, da CF prevê ressalva quanto às ações de ressarcimento por atos de improbidade administrativa, cuja interpretação pela imprescritibilidade mostra-se indiscutível ⁶⁴.

e) Tribunal de Justiça do Paraná

O TJ do Paraná decidiu, em mais de uma ocasião, a favor da imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário, como se vê abaixo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL NÃO CONFIGURADA – RECURSO DESPROVIDO.

I. O prazo prescricional para propor ação civil pública a fim de apurar atos de improbidade cometidos por ocupantes de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança expira em 5 anos, contados, *in casu*, do término do mandato.

II. São, contudo, imprescritíveis as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme estabelece o art. 37, § 5º, da Constituição ⁶⁵.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA EM PRIMEIRO GRAU. REFORMA DA SENTENÇA. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. PRAZO PRESCRICIONAL APENAS PARA AS DEMAIS SANÇÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESSARCIMENTO DO DANO RESSALVADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTIGO 37, § 5º). APELAÇÃO PROVIDA. Segundo se depreende do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, a ação de ressarcimento de danos causados ao erário não se subme-

⁶³ Processo n. 1.0000.00.346561-4/000(1), Rel. Sérgio Braga, julg. em 18.12.2003, *DJ* de 19 mar. 2004.

⁶⁴ Processo n. 1.0000.00.212861-9/000(1), Rel. Célio César Paduani, julg. em 22.11.2001, *DJ* de 18 dez. 2001.

⁶⁵ Agravo de Instrumento n. 137.498-9, Rel. Des. Munir Karam, 8ª Câmara, julg. em 3.12.2003.

te ao prazo prescricional de cinco anos previsto para as demais penalidades estatuídas na Lei de Improbidade Administrativa⁶⁶.

APELAÇÃO CÍVEL. [...] 3. *É imprescritível a pretensão de ressarcimento de danos ao erário, por força do contido no artigo 37, § 5º, da Constituição da República.* 4. [...]. 5. Recurso provido em parte.⁶⁷

APELAÇÃO CÍVEL – [...] 4. *As ações de ressarcimento de danos ao erário são imprescritíveis, consoante expressa ressalva do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal.* [...].⁶⁸

f) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

O TJ do Rio Grande do Sul também diferencia a prescrição das sanções da lei de improbidade da imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos causados ao erário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO NOS TERMOS DO ART. 23, I, DA LEI DE IMPROBIDADE. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE, CONSOANTE ART. 37, § 5º, DA CF. PRONÚNCIA DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO QUE FICA RESTRITA A DIREITOS INDISPONÍVEIS.

– *A prescrição em cinco anos prevista no art. 23 da Lei n. 8.429/92 aplica-se às ações destinadas a levar efeitos as sanções nela previstas, deixando de alcançar os casos que visam ao ressarcimento aos cofres públicos em face de prejuízos causados ao erário (artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal)*⁶⁹.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. REMESSA À ORIGEM.

A sanção de suspensão de direitos políticos, decorrente de ação civil pública de improbidade, atinge direitos indisponíveis, o que vem provado no art. 17, § 1º, da LIA, que veda a transação, o acordo ou a conciliação nas ações em questão. *Ressalva do art. 37, § 5º, da CF, quanto à responsabilidade pelo ressarcimento.* [...] De conseguinte, impõe-se reconhecer a prescrição em relação ao réu [...], ressalvada a responsabilidade civil por ressarcimento do dano (art. 37, § 5º, da CF) [...].⁷⁰

⁶⁶ Apelação Cível n. 168.222-8, Rel. Juiz Fernando César Zeni, 1ª Câm. Cível, julg. em 14.6.2005.

⁶⁷ Apelação Cível n. 290.155-1, Rel. Des. Luiz Carlos Gabardo, 12ª Câm. Cível, julg. em 3.8.2005.

⁶⁸ Apelação Cível n. 158.895-8, Rel. Des. Regina Afonso Portes, 3ª Câm. Cível, julg. em 21.9.2004.

⁶⁹ Agravo de Instrumento n. 70012912556, Rel. Matilde Chabar Maia, 3ª Câm. Cível, julg. em 16.2.2006, DJ de 20 mar. 2006.

⁷⁰ Apelação n. 70011152899, Rel. Des. Rejane Maria Dias de Castro Bins, 22ª Câm. Cível, julg. em 21.12.2007, DJ de 8 jul. 2005.

g) Tribunal de Justiça de Santa Catarina

O TJ de Santa Catarina também adotou a tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos causados ao erário:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRESCRIÇÃO – RESSARCIMENTO – IMÓVEL DOADO PELA MUNICIPALIDADE A PARTICULAR – AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E PROBIDADE ADMINISTRATIVA.

*Inexiste prescrição quanto aos ilícitos praticados em prejuízo ao Erário, em se tratando de ação de ressarcimento do dano causado. Fere a ética pública e a moralidade administrativa ato de prefeito que sanciona lei autorizando o Poder Executivo Municipal a doar imóvel em que é – ele próprio – seu beneficiário.*⁷¹

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PRATICADO POR PREFEITO MUNICIPAL – SÃO IMPRESCRITÍVEIS AS AÇÕES PARA A REPARAÇÃO DE DANOS CIVIS CAUSADOS CONTRA O ERÁRIO PÚBLICO (ART. 37, § 5º, DA CF) – ADEQUAÇÃO DE REGRA DE DIREITO CABÍVEL AO CASO CONCRETO PELO MAGISTRADO – CABIMENTO – DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 127 E 129, III – LEI N. 7.347/85 (ARTS. 1º, IV, 3º, II, E 13) – LEI N. 8.429/92 (ART. 17) – LEI N. 8.625/93 (ARTS. 25 E 26) – FATOS SOBEJAMENTE COMPROVADOS NOS AUTOS – RECURSO DESPROVIDO.

1. “A lei estabelecerá o prazo de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (art. 37, § 5º, da CF). “*No que tange aos danos civis, o propósito do texto constitucional é de tornar imprescritíveis as ações visando ao ressarcimento do dano causado*” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 167. v. 3. t. III).⁷²

h) Tribunal de Justiça de São Paulo

No mesmo sentido, o TJ de São Paulo adotou a tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário, como se pode conferir nos julgados abaixo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – [...] Via processual eleita que, ademais, se mostra adequada, visto que o art. 1º da Lei n. 7.347/85 prevê o uso da ACP para

⁷¹ Apelação Cível n. 1996.012671-6, Rel. Des. Volnei Carlin, 1ª Câm. de Direito Público, julg. em 5.4.2001.

⁷² Apelação Cível n. 1997.003295-1, Rel. Des. Luiz César Medeiros, julg. em 18.3.2002.

a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, tal como o é o dano ao erário e a afronta aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública [...] – *Prescrição, de resto, não caracterizada na espécie – Carta Magna que define, em seu art. 37, § 5º, a imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário – Preliminares afastadas.* [...] ⁷³.

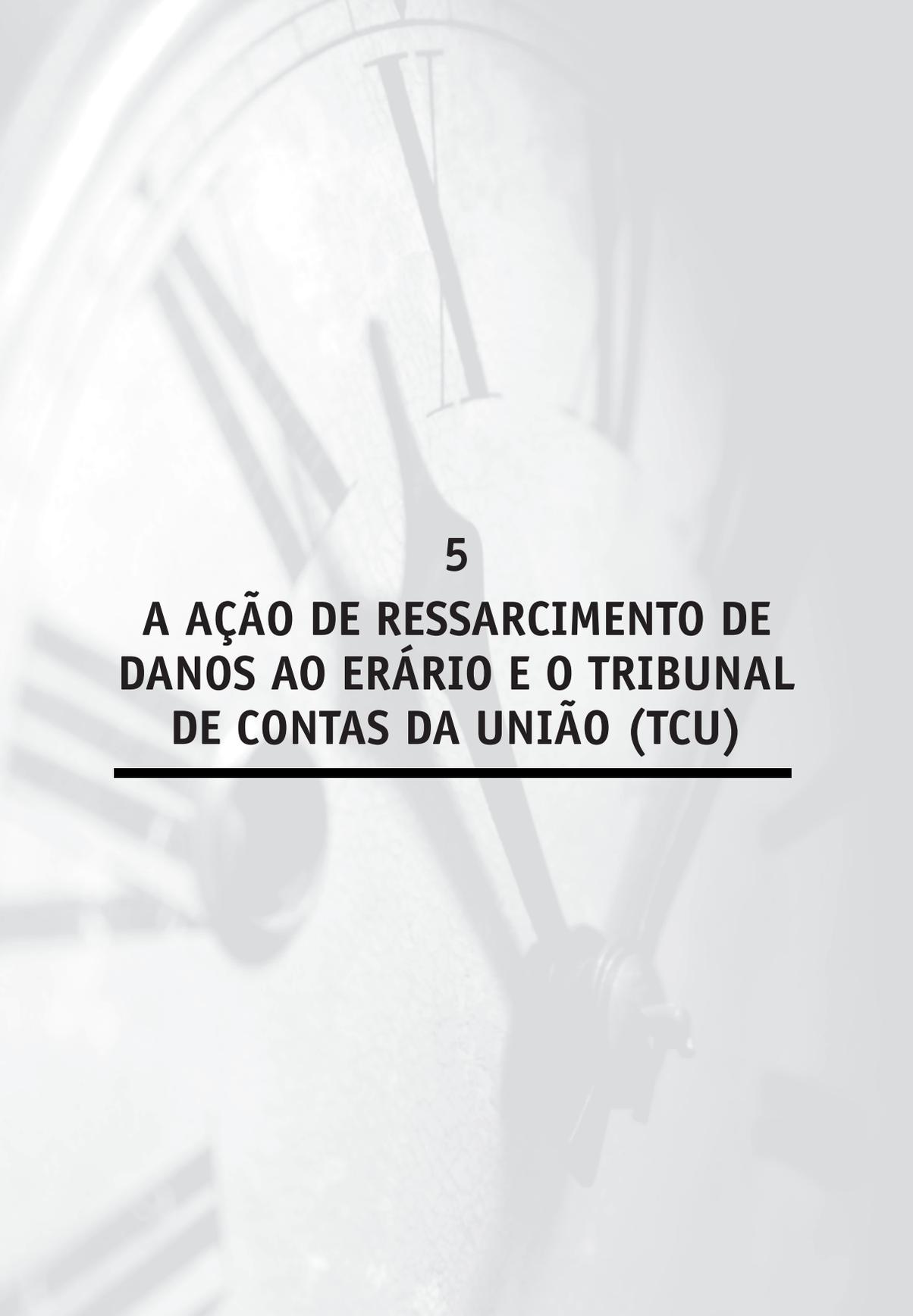
EMBARGOS INFRINGENTES – AGRAVO DE INSTRUMENTO – [...] *PRESCRIÇÃO QÜINQUËNAL – INOCORRÊNCIA – AS AÇÕES QUE BUSCAM RESSARCIMENTO DOS DANOS AOS COFRES PÚBLICOS, NOS TERMOS DO ART. 37, § 5º, SÃO IMPRESCRITÍVEIS – PRESCRIÇÃO AFASTADA – EMBARGOS INFRINGENTES RECEBIDOS*⁷⁴.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Contratação de servidores em caráter temporário – Pleito restrito à condenação ao ressarcimento integral do dano ao erário – Prescrição reconhecida pela r. sentença afastada – *Ação, contudo, que, estribada em alegação de lesão ao erário, afigura-se como imprescritível* – Precedentes doutrinários – Recurso provido para afastar a prescrição e determinar a descida dos autos à Vara de origem, para que a magistrada “a quo” prolate nova sentença, analisando a matéria faltante, sob pena de supressão de um grau de jurisdição⁷⁵.

⁷³ Apelação n. 994050308173 (4363295400), Rel. Paulo Dimas Mascaretti, 8ª Câm. de Direito Público, julg. em 28.7.2010, registrado em 12 ago. 2010.

⁷⁴ Embargos Infringentes n. 994090124570 (8961275102), Rel. Pires de Araújo, 11ª Câm. de Direito Público, julg. em 5.7.2010, registrado em 14 jul. 2010.

⁷⁵ Apelação n. 994092584478 (9740785100), Rel. Rebouças de Carvalho, 9ª Câm. de Direito Público, julg. em 5.5.2010, registrado em 10 maio 2010.



5

**A AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE
DANOS AO ERÁRIO E O TRIBUNAL
DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)**

O Tribunal de Contas da União pacificou, em 2008, seu entendimento sobre a imprescritibilidade ou prescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário.

Havia duas correntes⁷⁶: a corrente dita civilista – que pregava a aplicação do prazo decenal (outrora vintenário) do atual Código Civil como prazo genérico de prescrição de ações condenatórias – e a corrente a favor da imprescritibilidade da ação de ressarcimento.

A prescrição civilista adotada era, inicialmente, vintenária, de construção jurisprudencial consagrada no Acórdão n. 8/1997⁷⁷. Seu fundamento estava nos arts. 177 e 179 do Código Civil então vigente, que estabelecia o prazo prescricional genérico para as ações pessoais.

Em momento posterior, essa corrente defendia a prescrição decenal, com base no art. 205 do atual CC e na regra de transição do art. 2.028 (“Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”). Entre outros precedentes que a adotaram, cabe mencionar o Acórdão n. 904/2003 (Segunda Câmara – TCU).

A segunda corrente, embasada no texto constitucional (art. 37, § 5º), sustentava a imprescritibilidade da ação de ressarcimento, como se vê nos precedentes: Decisão n. 667/1995 (Plenário – TCU), Acórdão n. 12/1998 (Segunda Câmara – TCU) e Acórdão n. 248/2000 (Plenário – TCU).

Por seu turno, cabe lembrar que o TCU decidiu que não se aplica o prazo quinquenal da Lei n. 9.784/1999 (arts. 53 e 54), uma vez que, na Decisão n. 1.020/2000, firmou-se o entendimento de que a citada lei, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, não tem aplicação sobre os processos da competência do TCU (art. 71 da CF). No mesmo sentido, o STF decidiu, na análise de mandado de segurança impugnando ato do TCU, pela “II – Inaplicabilidade, no caso, da decadência do art. 54 da Lei n. 9.784/1999”⁷⁸.

O TCU também decidiu que não se aplicava a Lei n. 8.112, uma vez que

Os prazos prescricionais constantes dos incisos I a III do art. 142 da Lei n. 8.112/1990 referem-se exclusivamente às ações disciplinares promovidas pela Administração contra servidores públicos civis da União, das

⁷⁶ A verificação da existência das referidas correntes ocorreu em setembro de 2006.

⁷⁷ TCU, Rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi, 2ª Câmara.

⁷⁸ STF, MS n. 24.859/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, jul. em 4.8.2004, DJ de 27 ago. 2004.

autarquias e das fundações públicas federais, cujas infrações são puníveis com demissão, cassação de aposentadoria, disponibilidade, destituição de cargo em comissão, suspensão e advertência.⁷⁹

Seguem os acórdãos do TCU referentes às duas correntes.

a) *A favor da prescritibilidade e aplicação subsidiária do prazo do Código Civil (10 anos)*

Acórdão 2266/2005 – 1ª Câmara

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. EXECUÇÃO PARCIAL DE OBRAS. PRESCRIÇÃO. CONTAS IRREGULARES.

1. Julgam-se irregulares as contas e em débito o responsável, em face do pagamento integral de obra executada apenas parcialmente.

2. A prescrição da dívida ativa da União rege-se pela regra geral de prescrição decenária, enunciada no art. 205 do novo Código Civil.

– Prescrição de dívidas ativas da União. Considerações.

[...]

A questão foi esclarecida no Voto do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, condutor do Acórdão n. 1727/2003 – Primeira Câmara, senão vejamos:

No âmbito deste Tribunal, em síntese, entendo deva-se aplicar o prazo prescricional de 10 (dez) anos, previsto no art. 205 do novo Código Civil, quando não houver, em 1º.1.2003, o transcurso de mais da metade do prazo de 20 (vinte) anos estabelecido na lei revogada. Sendo caso de aplicação do prazo previsto no novo Código Civil, sua contagem dar-se-á por inteiro, a partir de 1º.1.2003, data em que a referida norma entrou em vigor. Ao contrário, quando, em 1º.1.2003, houver transcorrido mais da metade do prazo de 20 anos, a prescrição continua a correr nos moldes do Código Civil anterior.

O que se observa, in casu, é que mais da metade do prazo prescricional anterior (de vinte anos), já havia transcorrido quando da entrada em vigor do novo Código Civil, haja vista que os fatos ocorreram em 1988. Assim, as regras relativas à prescrição vintenária continuariam incidindo sobre os fatos e circunstâncias em exame⁸⁰.

⁷⁹ Acórdão n. 78/2005, Processo 005.880/1997-1, Embargos de Declaração, Rel. Min. Benjamim Zymler, Plenário, sessão de 16.2.2005, aprovação em 21.2.2005, DOU de 25 fev. 2005.

⁸⁰ Acórdão n. 2.266/2005, Processo n. 001.369/1999-7, Tomada de Contas Especial, Rel. Min. Valmir Campelo, 1ª Câmara, sessão de 27.9.2005, aprovação em 4.10.2005, DOU de 5 out. 2005.

Acórdão 113/2005 – Plenário

Representação formulada por unidade técnica do TCU. Possíveis irregularidades praticadas pelo TRT da 4ª Região. Pedido de reexame de decisão que determinou à entidade a adoção de providências para a devolução das importâncias indevidamente pagas a título de Gratificações Judiciária e Extraordinária, após a edição da Lei n. 9.030/95, aos servidores ocupantes de cargos do Grupo DAS, níveis 4, 5 e 6, não optantes pela remuneração do cargo efetivo. Ausência de fatos novos. Conhecimento de um recurso. Negado provimento. Não conhecimento dos demais.

– Pagamento da Gratificação Judiciária e da Extraordinária. Considerações

[...]

Pedido de Reexame contra a Decisão Plenária n. 920/99, que determinou ao TRT da 4ª Região que providenciasse a devolução da Gratificação Extraordinária paga indevidamente a servidores comissionados, sem vínculo com a Administração. Conhecimento de um dos recursos. Negativa de provimento. Não conhecimento de Pedido de Reexame que não observou o requisito da singularidade. Ciência aos recorrentes e ao Órgão.

[...]

10. Quanto ao prazo prescricional suscitado pela recorrente, de cinco anos, observamos que esta Corte tem utilizado, historicamente, a prescrição vintenária. Atualmente, com o advento do Novo Código Civil, vigente a partir de 11/1/2003, tem-se aplicado o prazo prescricional decenário, para atos e fatos praticados ou ocorridos na sua vigência. Neste sentido, transcrevemos a seguir trechos de julgados desta Corte nos quais se trata da matéria em apreço:

Acórdão n. 1.880/2004 – TCU – 1ª Câmara

Trecho do Relatório do Ministro-Relator

4. Deve-se registrar que a argumentação trazida pela recorrente já foi apresentada por ocasião da apresentação das alegações de defesa (fls. 418 a 423, vp), novamente apreciada em face do efeito devolutivo do recurso. *No tocante à prescrição, o entendimento histórico, consoante a jurisprudência desta Corte de Contas, variava entre ser o prazo prescricional vintenário (Acórdãos n. 08/1997-2ª C, n. 11/98-2ª C, n. 71/2000-P e n. 1.020/2000-P) ou ser imprescritível (Acórdãos n. 124/1994-P e 259/2003 2ªC). Já a jurisprudência mais recente, em face do novo Código Civil, agasalha o entendimento de que o prazo prescricional seria decenal, conforme se verifica nos Acórdãos n. 864/2003, 904/2003 e 1.361/2003, da 2ª Câmara, e*

n. 1.516/2003 da 1ª Câmara, o que, entretanto, também não beneficiaria a recorrente, conforme se verifica a seguir.

5. Faz-se relevante consignar, inicialmente, que no Direito pátrio prevalece o princípio do *tempus regit actum*, ou seja, devem ser aplicados, quando do julgamento, os normativos vigentes à época dos fatos. Assim, ao tempo do julgamento da TCE que constitui a gênese deste recurso, já vigia o art. 205 do Código Civil de 2002, que estabelece a prescrição das ações pessoais em dez anos. Esse novo Código Civil, vigente a partir de 11.1.2003, ao estabelecer o limite de 10 anos para a prescrição, quando a lei não fixar prazo menor, abarca o Acórdão n. 2457/2003 – Primeira Câmara – TCU, ora atacado, porque o processo foi julgado por esta Corte de Contas em 14.10.2003, observados os normativos vigentes à época. Ademais, observe-se que o prazo prescricional foi interrompido no momento do aperfeiçoamento da relação jurídica processual, ou seja, quando procedida a citação válida da recorrente, em 22.7.2002.

Acórdão 904/2003 – 2ª Câmara

Trecho do Voto do Ministro-Relator

9. De fato, *tal interpretação encontra-se estritamente vinculada ao comando inserido no art. 179 do Código Civil, que rege que os casos de prescrições que nele não estejam expressamente previstos serão regulados, quanto ao prazo, pela regra geral do já mencionado art. 177 (prescrição vintenária para ações pessoais e decenal para as ações reais).*

10. Aliás, *deve-se mencionar que a tese da imprescritibilidade das ações que competem ao Estado foi definitivamente fulminada quando o Supremo Tribunal Federal, já em 1943, decidiu que a prescrição das dívidas consideradas de pequena monta, assim entendidas aquelas elencadas no art. 178, § 7º, inciso II, “apanha as dívidas ativas da Fazenda Pública” (In: Revista dos Tribunais, 152, 307, e RDA, 22,74).*

11. A esse respeito, escreveu Pontes de Miranda: “Não há dúvidas quanto a serem regidas pelos arts. 178, § 7º, II, e 179 as dívidas ativas de direito privado, isto é, as pretensões de direito privado cujos titulares são entidades estatais, ou entidades por lei especial a elas equiparadas. Quanto às dívidas de direito público não-fiscais, não há legislação especial, que pudesse ser invocada, de modo que incide o Código Civil, arts. 178, § 7º, II, e 179”.

12. Assim, feita esta breve preleção, como regra *chega-se ao seguinte corolário, no que tange ao binômio prescrição/Estado:*

a) as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim de toda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, sujeitam-se à prescrição quinquenal;

b) as dívidas ativas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim toda e qualquer ação movida pela Fazenda federal, estadual ou municipal, regem-se pela prescrição vintenária;

c) as dívidas ativas ou passivas da União, dos Estados e dos Municípios, não sujeitas às prescrições ordinárias ou gerais elencadas nas alíneas “a” e “b” supra, sujeitam-se às denominadas prescrições especiais ou mais curtas, disciplinadas em legislações próprias e específicas.

Com o advento da Lei n. 10.406/2002 (novo Código Civil), o art. 177 do então Código Civil (Lei n. 3.071/1916) passou a vigorar como o seguinte texto: “Art. 205. A prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

A nova redação do artigo que trata dos prazos prescricionais unificou as prescrições pessoais e reais em 10 (dez) anos. Assim, valendo-me dos jurídicos fundamentos do eminente Ministro Adhemar Ghisi, acima transcritos, entendo que devam as dívidas ativas da União reger-se pela prescrição decenária, observando-se a interrupção do prazo prescricional com o aperfeiçoamento da relação processual no âmbito deste Tribunal, ou seja, com a citação válida do Responsável, conforme preceitua o art. 219 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente aos processos desta Corte de Contas.

Entretanto, esse não é o entendimento a ser aplicado ao caso concreto, uma vez que a tomada de contas especial, germen dos presentes embargos de declaração, foi julgada na vigência do Código Civil de 1916, quando era pacífico o entendimento da prescrição vintenária dos processos nesta Corte de Contas.

Acórdão 5/2003 – 2ª Câmara

Trecho do Relatório do Ministro-Relator

Na análise do mérito da defesa apresentada pelo Responsável, assim se pronunciou o Sr. Analista-Instrutor, *in verbis* (p. 20-25):

“a) todas as arguições levantadas nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do subitem 4.1, acima, já tinham constado das alegações de defesa de fls. 142/149 do volume principal dos autos, constituindo, na verdade, o cerne da defesa ali apresentada (aliás, foram cabalmente rejeitadas) [prescrição, ilegitimidade passiva do Responsável e iliquidez das contas] – tendo-se-lhe apenas modificado, em parte, a fundamentação –, posto que a única razão de mérito (*vide* subitem 5.4 de fls. 149 do volume principal dos autos) tinha consistido em pleitear a declaração de regularidade das contas com ressalvas e a respectiva quitação, à falta, supostamente, do menor indício concreto e objetivo de irregularidades imputáveis ao recorrente, invocando para tanto o instituto da compulsória absolvição previsto no art. 386

do Código de Processo Penal com suporte na combinação dos incisos IV (não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal), e VI (não existir prova suficiente para a condenação). Ora, tal interpretação falece peremptoriamente ao considerarmos que o julgamento de contas no TCU visa, precipuamente ao ressarcimento do erário – e a condenação por multa (esta sim, constituindo uma apenação, embora nada autorize seu enquadramento nos institutos próprios do Direito Penal) tendo caráter acessório –, o que o aproxima mais da ação de ressarcimento de natureza cível (Processo Civil), do que de qualquer instituto do Direito Penal ‘adjetivo’, razão pela qual dispõe a Súmula 103, desta corte, *in verbis*:

‘Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil’; [grifado pelo analista]

b) no que concerne à prescrição, a ressalva contida na parte final do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal é, a qualquer exercício sério de hermenêutica, a dissociação entre duas das conseqüências umbilicalmente ligadas entre si no ato ilícito danoso, cometido contra a Administração Pública: a infração administrativa e o dano material que a essa se vincula. Do primeiro, deriva a pretensão punitiva em sede administrativa (o dispositivo constitucional sob mira não faz referência a um terceiro aspecto, de natureza penal, posto que a respectiva prescrição se inscreve no direito criminal), esta sim, sujeita à prescrição quinquenal; da segunda, advém a responsabilidade de reparar o dano, obrigação que não se sujeita àquele prazo de cinco anos. Ademais, a recepção do sistema normativo anterior (não colidente) pela nova constituição é princípio geral do Direito. Admitir a interpretação do recorrente seria imputar erro crasso aos constituintes de 1988. Note-se, também, que, se o prazo prescricional para as indenizações originárias das relações de natureza privada, conforme previsão do art. 159 do Código Civil, é de vinte anos (art. 177 do Código Civil: ‘As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ser propostas’) não haveria sentido na redução de três quartos do prazo para a indenização do patrimônio público, quando, no nosso ordenamento jurídico em regra prevalece o interesse público. Recorrendo-se ao instituto da analogia, a questão é remetida às disposições contidas no art. 177 do Código Civil: ‘Os casos de prescrição não previstos neste Código serão regulados, quanto ao prazo, pelo art. 177’. Assim é que, para este Tribunal, o prazo de prescrição em relação aos débitos apurados no julgamento de contas tem a duração vintenária. Demonstrativamente, reproduz-se, abaixo, trecho do Acórdão n. 248/2000-P, relativo ao TC n. 005.092/1993-0:

‘Destarte, forçoso é concluir que o Código Tributário Nacional é lei específica tão-somente para o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, devendo, em relação aos créditos de origem não tributária, ser aplicado, na ausência de lei específica, o Código Civil, adotando-se, via de consequência, a regra geral do prazo prescricional de vinte anos, a teor do estatuído nos seus arts. 177 e 179’;

10.1 Desse modo, não cabe razão à recorrente quando alega que já decorreram mais de cinco anos entre o pagamento dos valores e a data da cobrança⁸¹’.

Acórdão 416/2003 – Plenário

Prestação de Contas. Fundação Universidade Federal do Piauí – FUFPI. Exercícios de 1991 e 1992. Recursos de revisão interpostos pelo Ministério Público junto ao TCU contra acórdãos que julgaram regulares com ressalvas as contas da instituição, em razão da auditoria realizada nas obras de construção do Hospital Universitário haver constatado irregularidades relacionadas à sistemática de cálculo de reajustes contratuais, caracterizando infringência à lei e ato antieconômico. Não ficou demonstrada a responsabilidade dos gestores e, conseqüentemente, o reflexo sobre as contas. Conhecimento. Negado provimento. Desapensamento da tomada de contas especial e devolução ao relator original. Arquivamento.

[...]

DA PRESCRIÇÃO (cf. alegações contidas nos itens 5.1, letras “a” a “e”, e 7, letra “a”, desta Instrução)

8. *A prescrição quinquenal prevista no Decreto n. 20.910/1932 e no Decreto-Lei n. 4.597/1942, segundo jurisprudência pacífica desta Corte de Contas, é aplicável apenas às dívidas passivas da Fazenda Pública.*

9. *No caso das dívidas ativas, como no presente caso, a jurisprudência do TCU ainda não se pacificou: ora se defende a imprescritibilidade de tais dívidas (cf. Voto do Relator no Acórdão n. 453/1998 TCU-Plenário, Ata n. 39/1998), ora as suas prescrições vintenárias (cf. Votos dos Relatores nos Acórdãos n. 008/97 TCU-2ª Câmara, Ata n. 02/1997, e 116/1998 TCU-Plenário, Ata n. 34/1998). De qualquer forma, não se cogita da prescrição quinquenal das citadas dívidas, ao contrário do que defendem os responsáveis.*

[...]

10.3. *Por fim, também a norma prevista no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para*

⁸¹ Acórdão n. 113/2005, Processo n. 010.306/1999-4, Pedido de Reexame em Representação, Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, sessão de 23.2.2005, aprovação em 16.3.2005, DOU de 17 mar. 2005.

ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” ampara a legitimidade dos prazos de prescrição diferenciados em favor da Fazenda Pública.

10.3.1. De fato, mesmo que não se admita, em nome dos princípios da segurança e da estabilidade das relações jurídicas, que essa norma constitucional estabeleça a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em favor erário, ela, no mínimo, legitima o estabelecimento, pela legislação ordinária, da prescrição longi temporis na cobrança das dívidas ativas da Fazenda Pública.

11. Nos termos dos arts. 177 e 179 do Código Civil, o prazo de prescrição das ações pessoais é, na falta de disposição expressa, de 20 (vinte anos). Dessa forma, as normas que prescrevem outros prazos, tais como as citadas pelos responsáveis (arts. 173 e 174 do CTN e art. 21 da Lei n. 4.717/1965), devem ser interpretadas de forma estrita, só se aplicando, portanto, aos casos por elas expressamente regulados, não sendo cabível a interpretação extensiva de tais normas.

11.1. A propósito, o fato de o crédito tributário representar um valor ainda não incorporado definitivamente ao patrimônio público parece constituir outra razão para que o regime jurídico de sua prescrição não seja aplicável à prescrição das ações de ressarcimento em virtude de prejuízos ao erário, pois, como é óbvio, a finalidade das ações de ressarcimento é a reposição de um valor que já tinha sido incorporado ao patrimônio público. Trata-se, pois, de situações ontologicamente diferentes⁸².

Acórdão 61/2003 – Plenário

Inspeção. TRT 17ª Região ES. Atendimento da CPI do Judiciário. Utilização indevida de veículos oficiais por magistrados. Cessão irregular de imóveis alugados. Locação de vagas de garagem em número superior ao de veículos oficiais. Ausência de incorporação de bens móveis ao patrimônio do órgão. Dispensa de licitação indevida. Determinação. Juntada dos autos às contas da entidade. Ciência ao Senado Federal, TST e TRT ES.

[...]

Inspeção realizada com vistas a apurar os indícios de irregularidades indicados pela “CPI do Judiciário”, no tocante ao TRT da 17ª Região. Utilização incorreta de veículos oficiais por magistrados. Cessão de salas alugadas pelo órgão à Associação de Magistrados. Locação de vagas de

⁸² Acórdão n. 416/2003, Processo n. 549.037/1992-6, Recursos de Revisão, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, Plenário, sessão de 30.4.2003, aprovação em 7.5.2003, DOU de 9 maio 2003.

garagem em número superior ao de veículos oficiais. Determinações. Envio de cópia da deliberação ao Senado Federal e ao TRT. Juntada às contas do órgão

I. Nossa Análise:

I.1. Um dos fundamentos legais invocados pelos responsáveis (art. 1º do Decreto n. 20.910, de 6.1.1932) dispõe expressamente o seguinte: “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito de ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram”.

I.2. Cumpre destacar, porém, que em reiteradas deliberações deste Tribunal acerca da matéria em questão consolidou-se o entendimento no sentido de que o prazo prescricional de 05 (cinco) anos previsto no preceito legal acima transcrito não se aplica às dívidas para com o Erário, chamadas dívidas ativas, mas tão-somente às dívidas passivas da fazenda pública, conforme foi clara e intencionalmente colocado no texto sob exame (Acórdãos n. 11 e n. 12/1998 – 2ª Câmara – Ata n. 02/98, Acórdão n. 116/98 – Plenário – DOU de 27.8.98, Acórdão n. 71/2000 – Plenário – Ata n. 15/2000). E na situação presente a entidade da Administração Pública representa o pólo ativo dessa relação.

I.3. No caso concreto, não se vislumbra, de imediato, a existência de débito a ser ressarcido pelos responsáveis junto à União, mas sim a constatação da prática de ilícitos passíveis de serem punidos pelo TCU com a aplicação de multa, em razão da prática de atos com infração à norma legal ou regulamentar de administração contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, impondo aos responsáveis arcarem com todos os consectários legais decorrentes dessa deliberação.

I.4. Relativamente a esse direito de punir do Estado, deve-se destacar que a própria Constituição Federal, em seu artigo 37, § 5º, determina a fixação, por intermédio de lei ordinária, de prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente público, ressaltando-se, todavia, as respectivas ações de ressarcimento. Nota-se que a situação em tela encaixa-se à regra contida no início do parágrafo supracitado, e não na exceção contemplada no seu final.

I.5. Como o legislador não regulou especificamente a matéria, este Tribunal tem decidido, reiteradamente, em matérias dessa natureza pela imprescritibilidade do débito (ou do direito de punir) ou pela adoção do prazo prescricional de 20 anos, que é a regra geral prevista no art. 177, c/c o art. 179 do Código Civil Brasileiro, a saber: “Art. 177 – As ações pessoais prescrevem,

ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e entre ausente em quinze anos, contados da data em que poderiam ter sido propostas; Art. 179 – Os casos de prescrição não previstos neste Código serão regulados, quanto ao prazo, pelo artigo 177.”

I.6. *Considerando que o ordenamento pátrio parece repudiar a tese da imprescritibilidade, em nome da segurança das relações jurídicas, a maior parte dos pareceres desta Corte de Contas tem se posicionado pela aplicação da regra geral do prazo prescricional de vinte anos, estabelecido nos dispositivos do Código Civil mencionados anteriormente, embora tal questão ainda não se encontre pacificada.*

[...]

I.8. Assim sendo, entende-se superada a preliminar em referência argüida pelos responsáveis⁸³.

b) A favor da imprescritibilidade

Acórdão n. 163/2001 – 1ª Câmara

Prestação de Contas. UFSE. Exercício de 1993. Concessão de quintos a ex-celetistas. Contribuição a entidade privada. Pagamento de 14º salário. Contratação indireta de mão-de-obra. Ilegalidade em cálculo de adicional de tempo de serviço. Arredondamento ilegal de tempo de serviço para fins de aposentadoria. Irregularidades na execução de convênio. Não utilização dos rendimentos de aplicação financeira de recursos de convênio no objeto pactuado. Desconto parcelado de adiantamento de férias. Descumprimento de decisão do TCU. Contas irregulares. Multa. Determinação.

[...]

Prestação de Contas. Irregularidade das contas do reitor. Multa. Determinação para o desconto da dívida nos vencimentos/proventos do responsável. Autorização para cobrança judicial da dívida, caso não seja mais aplicável ou não tenha efeito essa providência. Regularidade com ressalva das contas dos demais responsáveis e quitação. Determinações à entidade e à Secretaria Federal de Controle Interno.

[...]

Apensos: TC-675.043/93-0; TC-675.054/93-1; e TC-009.286/93-4.

[...]

⁸³ Acórdão n. 61/2003, Processo n. 018.021/2000-0, Relatório de Inspeção, Rel. Min. Guilherme Palmeira, Plenário, sessão de 5.2.2003, aprovação em 12.2.2003, DOU de 25 fev. 2003.

“8. Apesar das ressalvas que fazem os autores citados, conclui-se que é imprescritível, por força de dispositivo constitucional, o direito da Administração de se ressarcir dos prejuízos a ela causados. Por outro lado, quando se trata de créditos da União de natureza não tributária, tem predominado no âmbito desta Corte a tese da ‘imprescritibilidade em favor do erário’, conforme salientou o Ministério Público ao examinar caso análogo, em processo em que atuei como Relator (TC n. 674.018/85-0, Acórdão n. 124/94, Ata n. 50/94-Plenário).”

O fato é que a Tomada de Contas Anual é instrumento de verificação de regularidade ou não das contas, podendo trazer em seu bojo irregularidades passíveis de gerar débitos. *Se não prescrevem os débitos, o meio para sua apuração não pode prescrever, pois pensar de tal maneira seria inviabilizar o preceito constitucional (art. 37, § 5º, da Constituição Federal).* Ademais, pode-se utilizar a teleologia do art. 219 do CPC, aqui trazido de forma subsidiária, pois ao dizer a norma que se interrompe a prescrição com a citação válida, é unânime a doutrina que esta interrupção se dá pela formação da relação processual. Ora, em uma Tomada de Contas a relação processual se forma por iniciativa da parte, o gestor. Nulas decisões posteriores, voltando o processo à fase de citação ou audiência, não gera, em hipótese alguma, o desfazimento do liame processual. Assim a tese da prescrição não pode ser acolhida⁸⁴.

Acórdão 453/1998 – 1ª Câmara

Tomada de Contas Especial. Royalties. Prefeitura Municipal de Muriaé MG. Recurso de reconsideração interposto ao acórdão que julgou as contas irregulares e em débito o responsável ante a omissão na prestação de contas. Ausência de fatos novos. Negado provimento. Prescrição de débito. Análise da matéria.

[...]

Tomada de Contas Especial. Recurso de Reconsideração contra o Acórdão – TCU n. 587/97 – 1ª Câmara. Tempestividade do pleito. Conhecimento. Razões do recurso insuficientes para alteração do entendimento firmado. Provimento negado. Comunicação ao interessado.

[...]

Voto do Ministro Relator

[...] Por fim, quanto à questão da prescrição da dívida de natureza não tributária, a argumentação do recorrente de que teria ocorrido a pres-

⁸⁴ Acórdão n. 163/2001, Processo n. 699.015/1994-4, Prestação de Contas, Rel. Min. Marcos Vilaça, 1ª Câmara, sessão de 13.3.2001, DOU de 22 mar. 2001.

crição do direito da União sobre o débito apurado na tomada de contas especial é totalmente refutada por ambos os posicionamentos adotados nesta Casa, ou seja, tanto pela tese da prescrição vintenária dos créditos da espécie, na qual se fundamentou a Unidade Técnica, que tem sido, de fato, defendida, como dá mostra a citada deliberação, Acórdão n. 08/97 – 2ª Câmara – Ata n. 02/97, quanto pela tese da imprescritibilidade em favor do Erário, que constitui a jurisprudência predominante, como exemplifica o Acórdão n. 124/94 – Plenário – Ata n. 50/94, o Acórdão n. 26/97 – Ata n. 06/97 e o Acórdão n. 87/97 – 2ª Câmara – Ata n. 07/97. Ante o exposto, acolho os pareceres da Unidade Técnica e da douta Procuradoria e voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação desta 1ª Câmara⁸⁵.

Súmula n. 235 do TCU

Os servidores ativos e inativos, e os pensionistas, estão obrigados, por força de lei, a restituir ao Erário, em valores atualizados, as importâncias que lhes forem pagas indevidamente, mesmo que reconhecida a boa-fé, ressalvados apenas os casos previstos na Súmula n. 106 da Jurisprudência deste Tribunal.

c) A posição final do TCU em 2008: a imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário

Para dirimir o conflito imprescritibilidade *versus* prescritibilidade, a Tomada de Contas n. 005.378/2000-2 foi enviada à apreciação do Plenário. No pedido de envio e indicativo de voto do Ministro Marcos Bemquerer (favorável à imprescritibilidade), foi salientado que a Constituição não permitiria o uso da prescrição civilista decenal. *Ad terrorem*, lembrou o ministro que o prazo, se do Código Civil, deveria ser o do art. 206: “Prescreve [...] § 3º Em três anos: [...] IV – a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa”, o que agravaria eventual impunidade e irreparabilidade das lesões aos cofres públicos.

Instaurado o incidente de uniformização de jurisprudência, a questão foi decidida em Plenário, *em sessão do dia 26 de novembro de 2008*, nos termos do voto do relator, que sustentou:

⁸⁵ Acórdão n. 453/1998, Processo n. 250.272/1997-0, Recurso de Reconsideração, Rel. Min. Iram Saraiva, 1ª Câmara, sessão de 3.11.1998, DOU de 12 nov. 1998.

2. Avalia-se nesta oportunidade a melhor exegese para o § 5º do artigo 37 da Constituição Federal no que tange às ações de ressarcimento decorrentes de prejuízo ao erário. A redação da citada norma constitucional, conforme demonstram os pareceres emitidos nos autos, proporciona duas interpretações divergentes: a que conclui pela imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário e a que conclui pela prescritibilidade da pretensão de ressarcimento, da mesma forma como ocorre com a pretensão punitiva.

3. Anteriormente, me perfilei à segunda corrente com espeque na proeminência do Princípio da Segurança Jurídica no ordenamento pátrio. Não obstante, em 4.9.2008, o Supremo Tribunal Federal, cuja competência precípua é a guarda da Constituição, ao apreciar o Mandado de Segurança n. 26.210-9/DF, deu à parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal a interpretação de que as ações de ressarcimento são imprescritíveis. O eminente Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, destacou:

[...]

4. A temática aqui analisada trata exclusivamente de interpretação de dispositivo constitucional. Considerando que o STF, intérprete maior e guarda da Constituição, já se manifestou no sentido de que a parte final do § 5º do art. 37 da Carta Política determina a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, não me parece razoável adotar posição diversa na esfera administrativa.

Ficou assentada também no Tribunal de Contas da União a tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. deixar assente no âmbito desta Corte que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são *imprescritíveis*, ressalvando a possibilidade de dispensa de instauração de tomada de contas especial prevista no § 4º do art. 5º da IN TCU n. 56/2007; [...] ⁸⁶ [grifo dos autores].

⁸⁶ Acórdão n. 2.709/2008, Processo n. 005.378/2000-2, Incidente de Uniformização de Jurisprudência, Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, sessão de 26.11.2008, *DOU* de 1º dez. 2008.



6

INICIATIVAS LEGISLATIVAS

Alguns projetos de lei e propostas de emenda constitucional relativamente ao § 5º do art. 37 da Constituição Federal foram apresentados à Câmara e ao Senado.

O PL n. 284/2001, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, e que estava em curso no Senado Federal, propunha que se acrescentasse ao art. 23 da Lei n. 8.429/1992 um parágrafo único, cuja redação seria a seguinte:

Art. 23 [...]

Parágrafo único. *De conformidade com o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, a ação para ressarcimento de prejuízos causados ao erário é imprescritível.*

O PL n. 284/2001 foi apensado ao PL n. 142/1999 (que estabelece preferência no julgamento de ações de improbidade), mas ambos foram arquivados ao final da legislatura, em 22.1.2007.

Já na Câmara dos Deputados, havia o PL n. 1.523/2003, de autoria do Deputado Carlos Sampaio (apensado ao PL n. 6.997/2006), que estabelecia:

Art. 23 [...]

I – até 5 (cinco) anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, ressalvada a respectiva ação de ressarcimento, *que prescreverá em 10 (dez) anos.*

II – [...]

A justificativa do PL era “a alteração do prazo de prescrição para as hipóteses de ressarcimento ao erário público adequa a Lei de Improbidade ao quanto disposto no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal”.

Contudo, o relator na Comissão de Constituição e Justiça, Deputado José Eduardo Cardozo, opinou pela inconstitucionalidade da alteração proposta ao art. 23 da Lei de Improbidade, porquanto em dissonância com o previsto no § 5º do art. 37 da CF. De fato, em preciosa lição sobre o tema, o Professor Cardozo sustentou, em seu parecer, que:

alteração proposta ao art. 23 da Lei n. 8.429, de 1992, ao invés de promover adequação à Constituição Federal, afronta o contido em seu art. 37, § 5º, o qual dispõe que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. A disposição constitucional transcrita não quer dizer, simplesmente, que o prazo prescricional da ação de ressarcimento deverá ser diferente da prescrição para condenação por ilícitos que causem prejuízos ao erário. O que traz a norma

é a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, que não poderão ter prazo estabelecido em legislação ordinária. Diante disso, a pretendida alteração ao art. 23 da Lei n. 8.429, de 1992, é inconstitucional.

Proferido este parecer, o projeto foi arquivado e, em 9 de abril de 2007, a requerimento do Deputado Carlos Sampaio e da Comissão de Legislação Participativa, foi novamente desarquivado, situação que subsiste até agosto de 2010.

Há que se ressaltar, por fim, a Proposta de Emenda à Constituição n. 36, de 2005, de autoria do Senador Hélio Costa, que almeja dar nova redação ao § 5º do art. 37, buscando tornar imprescritíveis também os crimes de corrupção na Administração Pública, nos seguintes termos:

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

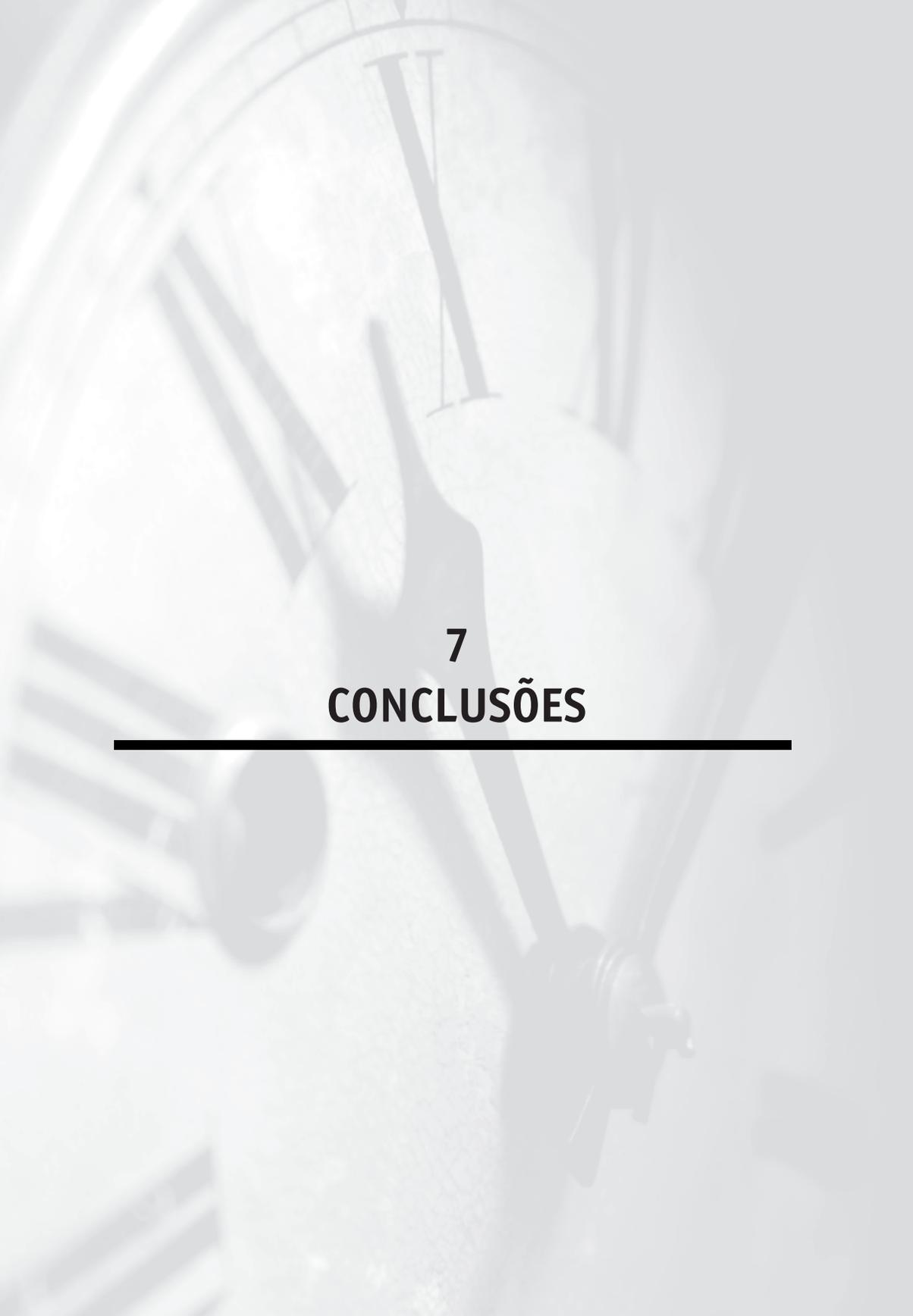
Art. 1º – O § 5º, do art. 37, da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“§ 5º – A prática de corrupção ativa ou passiva constitui crime inafiançável e imprescritível, nos termos da lei, que estabelecerá os prazos de prescrição para os demais ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. [...]”.

A justificativa apresentada para tal medida foi:

Beneficiando-se dos emperrados mecanismos dos órgãos judicantes, o corrupto consegue favorecer-se das leis envelhecidas, anacrônicas, utiliza as brechas legais e obtém em seu favor sucessivos recursos protelatórios, o que, comumente, leva à prescrição das ações intentadas pelo Estado contra ele. Livra-se, de todo modo, de qualquer punição, e pode usufruir com tranqüilidade dos bens e do dinheiro que auferiu criminosamente pelo desvio de sua conduta pública. Daí a importância de se inserir no ordenamento jurídico brasileiro, relativamente aos crimes de corrupção ativa ou passiva, as figuras da inafiançabilidade e da imprescritibilidade, como forma de tornar-se a lei mais rigorosa e atual em seu alcance e efetividade.

Desde 15 de maio de 2009, a proposta encontra-se com a Relatoria, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.



7
CONCLUSÕES

A imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao patrimônio público é, no direito brasileiro, temática simples e assustadora.

Simple, pois há norma expressa e clara:

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* (art. 37, § 5º, da Constituição da República, grifo nosso).

Assustadora, porque rompe *deliberadamente* com o princípio de que o tempo erode o direito. Afinal, o advento da Constituição justificou-se para romper com o passado e oferecer um novo compromisso social. A impune lesão ao patrimônio público, principalmente por causa da corrupção, fazia parte do que se queria ver despedido. A “boa governança” é reconhecida como um direito fundamental: o “direito de todos a uma administração proba” (CARVALHO RAMOS, 2002, p. 2-7). Convinha estabelecer um compromisso perpétuo com determinado aspecto da moralidade administrativa. Por isso, a exceção da imprescritibilidade. Há sustos bons.

Vamos ao aspecto simples. Ante a clareza do dispositivo constitucional (art. 37, § 5º), impõe-se a interpretação conforme o ordenamento jurídico. Por exemplo, a vetusta ação popular, de assento constitucional (art. 5º, LXXIII) e disciplinada pela Lei n. 4.717, de 29.6.1965, que tem entre seus objetos o ato lesivo ao patrimônio público e entre seus efeitos a condenação ao pagamento de perdas e danos (art. 11 da Lei n. 4.717), prevê o prazo prescricional de cinco anos (art. 21), que não se aplica mais — em face da Constituição de 1988 — ao ressarcimento dos danos provocados ao patrimônio público. A identidade parcial de objeto e objetivo entre a ação por improbidade administrativa (Lei n. 8.429, de 3.6.1992) e a ação popular reforça a coerência de um tratamento jurídico idêntico, no ponto; essa é uma exigência *lógica*. Sobretudo, há a exigência *normativa* de adequação ao comando constitucional.

Assim, por mais detalhada ou complexa que seja a previsão legal de prazos prescricionais (para a improbidade administrativa, previstos no art. 23 da Lei n. 8.429/1992, que utiliza o parâmetro de cinco anos), deve ser compatibilizada com a simples determinação constitucional de imprescritibilidade para o ressarcimento dos danos ao patrimônio público.

Há campo comum às ações de proteção do patrimônio público. Tanto a ação popular (Lei n. 4.717) quanto a ação civil pública (Constituição da República, art. 129, III; Lei n. 7.347, de 24.7.1985, art. 3º) e a ação por improbidade administrativa (Constituição da República, art. 37, § 4º; Lei n. 8.429/1992) podem reivindicar o ressarcimento dos danos produzidos no patrimônio público.

Independentemente de outras modalidades de condenação que possam ser obtidas por meio de tais ações, o ressarcimento do patrimônio público — que lhes é comum — não prescreve. A esse propósito, anotam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2008, p. 500):

somente as demais sanções previstas nos feixes do art. 12 da Lei de Improbidade serão atingidas pela prescrição, não o ressarcimento do dano (material ou moral), o qual poderá ser a qualquer tempo perseguido. Por este motivo, nada impede que seja utilizada a ação referida no art. 17 da Lei n. 8.429, ou qualquer outra dotada de eficácia similar, com o fim, único e exclusivo, de demonstrar a prática do ato de improbidade e perseguir a reparação do dano.

Não há contradição, portanto, da Lei de Improbidade Administrativa (art. 23) em relação à Constituição (art. 37, § 5º) — contradição que, se houvesse, haveria de resolver-se em favor da norma constitucional. A Constituição estabelece a imprescritibilidade do ressarcimento dos danos ao Poder Público; “[a] Lei define a prescrição das ações destinadas à aplicação das conseqüências imputadas aos ilícitos que não sejam as de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário” (SAMPAIO, 2002, p. 180). A imprescritibilidade é, pois, afirmada tranquilamente por Celso Antônio Bandeira de Mello (1994, p. 137): “sendo imprescritível a ação de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente que cause prejuízo ao erário”.

Vamos, agora, à parte dita assustadora, mas que contém importante lição da Constituição. De início, cabe observar que a prescrição, um instituto próprio do direito, constitui princípio ou norma geral, mas não absoluto. François Ost (2005, p. 168) observa que:

o direito toma nota do escoamento do tempo e da usura da memória, tanto das testemunhas quanto da indignação pública: depois de um certo prazo, a pessoa visada poderá invocar em seu benefício o direito ao esquecimento.

O autor destaca, ainda, que, “nos casos de crimes mais graves, em relação aos quais não se admite mais que o tempo lhe apague a lembrança, impõe-se a instituição da imprescritibilidade” (OST, 2005, p. 169).

O dispositivo constitucional em questão (art. 37, § 5º) começa por dizer que “[a] lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário”.

Consagra-se, assim, o “princípio da prescritibilidade dos ilícitos administrativos” (SILVA, 2009, p. 673; BERTONCINI, 2002, p. 248-249), de estatura constitucional, que só é afastado por norma expressa em sentido contrário, a consagrar, por sua vez, a *exceção*: “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (art. 37, § 5º, parte final).

José Afonso da Silva (2009) observa o caráter excepcional da prescrição constitucional:

Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada.

Não é isolada essa previsão constitucional de imprescritibilidade, nem é estranha ao direito internacional (vejam-se os crimes contra a humanidade).

Celso Antônio Três (2002, p. 74) pontua:

Gravou-se de imprescritível o ressarcimento dos prejuízos ao erário (art. 37, § 5º, *in fine*, da CF), cláusula excepcional, sabidamente reservada à lesão de direitos com superior importância, a exemplo da discriminação racial e atentado ao Estado Democrático (art. 5º, XLII e XLIV, da CF).

Trata-se, com efeito, de um regime jurídico almejado pelo poder constituinte como excepcional, em razão do que significava e ainda significa para o país o problema da lesão do patrimônio público, principalmente por corrupção.



REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. _____. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3, t. 3.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO RAMOS, André de. O combate internacional à corrupção e a lei da improbidade. 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. p. 1-34.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

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

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei n. 8.429/92 e legislação complementar*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, n. 165, jan./mar. 2005.

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

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, José Jairo. Apontamentos sobre a improbidade administrativa. 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. p. 239-294.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de improbidade administrativa: decadência e prescrição. *Interesse Público*, ano 8, n. 33, 2005.

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

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de improbidade administrativa: comentários e anotações jurisprudenciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Improbidade administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

_____. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. A imprescritibilidade das ações ressarcitórias decorrentes de atos de improbidade administrativa: um equívoco hermenêutico. *Site do Curso de Direito da UFSM*. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/constitucional/imprescritibilidade.htm>>. Acesso em: 30 jul. 2010.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NASSAR, Elody. *Prescrição na administração pública*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2.

_____. *Tratado de direito privado*. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2000. t. VI.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Ação por improbidade administrativa: aspectos de relevo. 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. p. 461-483.

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. p. 147-188.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 274, 7 abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5054>>. Acesso em: 30 jul. 2010.

TRÊS, Celso Antônio. A atuação do Ministério Público contra a improbidade administrativa probidade no combate à improbidade. 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. p. 67-93.

Impresso em papel pólen 90g/m²
pela Gráfica e Editora Ideal
em Brasília, para a ESMPU.

A fonte de texto é a Minion Pro
projetada por Robert Slimbach.
