



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Análise da Prescrição nas Ações de Ressarcimento ao Erário

MARIA TERESA PONTES GAZINEU

Rio de Janeiro
2013

MARIA TERESA PONTES GAZINEU

Análise da Prescrição nas Ações de Ressarcimento ao Erário

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Administrativo.

Professora Orientadora:
Lilian Dias Coelho Guerra

Rio de Janeiro
2013

ANALISE DA PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO POR DANO AO ERÁRIOO

Maria Teresa Pontes Gazineu

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar o tema relativo a existência ou não de prescrição no que diz respeito as demandas de ressarcimento por dano ao erário público, notadamente em razão de recente entendimento adotado pela nossa Corte Maior, no sentido de sua imprescritibilidade.

Palavras-chave: Direito administrativo. Ação de ressarcimento por dano ao erário. (Im)prescritibilidade.

Sumário: Introdução. 1. Interpretação do 37 § 5º da CF, pelas cortes superiores. 2. A visão doutrinária. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 37 consagra vários princípios da administração pública, expressamente dispondo em seu § 5º acerca da regra de prescritibilidade das demandas que tenham como objeto a prática de ilícitos perpetrados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário.

Efetivamente, dispõe o mencionado dispositivo legal 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 partir do julgamento realizado pelo STF no MS 26.210, surgiu no âmbito de nossa corte maior o entendimento de que, em razão do contido na segunda parte do mencionado dispositivo constitucional, as ações de ressarcimento ao erário seriam imprescritíveis.

Este posicionamento motivou a proliferação de demandas ressarcitórias, inclusive ensejando o prosseguimento de ações civis de improbidade administrativa, cujo pleito principal já se encontrava fulminado pelo decurso do prazo previsto na Lei 8.429/92.

O presente trabalho buscará analisar a questão sob o enfoque não só das decisões de nossas cortes judiciais, como também a visão da doutrina sobre o assunto, visando a apresentar um quadro atual sobre a mesma buscando apontar elementos capazes de dirimi-la.

1. A INTERPRETAÇÃO DO DISPOSTO NO § 5º DO ARTIGO 37 DA CRB POR NOSSAS CORTES SUPERIORES

Já sob a égide da Carta de 1988, o Superior Tribunal de Justiça, chamado a analisar a alegação de prescrição no caso de ação civil pública tendo como objeto pretensão de ressarcimento de dano ao erário, posicionou-se pela sua prescritibilidade, utilizando-se, por analogia, o prazo previsto para o ingresso da ação popular.

Cita-se, a propósito, o seguinte trecho da ementa do acórdão prolatado pelo Min.

Luiz Fux:

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

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 Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescribibilidade da Ação Popular, porquanto ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio.¹

Este entendimento, entretanto, não se afigurava pacificado, posto que em outros julgados, muito embora também admitindo a prescribibilidade das demandas ressarcitórias, entendeu-se que o prazo a ser observado seria o previsto no Código Civil então em vigor, qual seja, o vintenário².

Posteriormente, no entanto, já sob a vigência do novo Código Civil, que reduziu sensivelmente os prazos prescricionais, começou a ganhar corpo a interpretação no sentido de que, com base no disposto no §5º do artigo 37 da CRB, as demandas ressarcitórias seriam imprescritíveis.

Este é, ainda hoje, o entendimento prevalente no âmbito do STJ, conforme ilustra a ementa a seguir transcrita:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.
 RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. IMPRESCRITIBILIDADE. DEMAIS SANÇÕES. ART. 23 DA LIA E ART. 142 DA LEI 8.112/1990. TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO. DATA DO CONHECIMENTO DOS FATOS.

1. A ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível, mesmo

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 406.545/SP, julgado em 21/11/2002, DJ 09/12/2002,p.292.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 331.374/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/06/2003, DJ 08/09/2003, p. 221; AgRg no Ag 695.351/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2005, DJ 19/12/2005, p. 348.

se cumulada com a ação de improbidade administrativa (art. 37, § 5º, da CF).

2. Nos casos de servidor público ocupante de cargo efetivo, a contagem da prescrição, para as demais sanções previstas na LIA, se dá à luz do art. 23, II, da LIA c/c art. 142 da Lei 8.112/1990, tendo como termo a quo a data em que o fato se tornou conhecido.

3. Recurso especial não provido.³

Esta nova abordagem, foi a adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 26.210, ocorrido em 04/09/2008, quando pela primeira vez reconheceu expressamente a imprescritibilidade das ações de ressarcimento dos danos ao erário, conforme se tem do teor da ementa que a seguir se transcreve:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV - Segurança denegada.⁴

Recentemente, entretanto, tendo em vista a recorrência dos julgados sobre o tema, foi suscitada a repercussão geral⁵ para análise da matéria, colhendo-se do voto do Min. Relator Teori Zavaski, o seguinte trecho, onde resta bem delimitada a controvérsia:

A questão transcende os limites subjetivos da causa, havendo, no plano doutrinário e jurisprudencial, acirrada divergência de entendimentos, fundamentados,

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1268594/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 13/11/2013.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça .MS 26210, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2008, DJe-192 DIVULG 09-10-2008 PUBLIC 10-10-2008 EMENT VOL-02336-01 PP-00170 RTJ VOL-00207-02 PP-00634 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 170-176 RF v. 104, n. 400, 2008, p. 351-358 LEXSTF v. 31, n. 361, 2009, p. 148-159

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Ementa: ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA FINAL PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute o alcance da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal.(RE 669069 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 02/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 23-08-2013 PUBLIC 26-08-2013.

basicamente, em três linhas interpretativas: (a) a imprescritibilidade aludida no dispositivo constitucional alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário; (b) a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa (c) o dispositivo não contém norma apta a consagrar imprescritibilidade alguma.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem observado a orientação então adotada pelo Supremo Tribunal Federal bem como pelo Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a imprescritibilidade destas demandas, conforme ilustra, a seguir, a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE TEM COMO CAUSA DE PEDIR PERCEPÇÃO DE VENCIMENTO ACIMA DO TETO CONSTITUCIONAL. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. Não há que se falar em carência porque presentes as condições da ação que o agravante sustenta como inexistentes. O interesse-adequação decorre da escolha adequada da via eleita, porquanto a ação civil pública presta-se à tutela dos interesses difusos e coletivos, dentre eles a proteção ao patrimônio público. O pedido de ressarcimento ao erário é juridicamente possível e encontra fundamento na norma do artigo 37, §4º, da CRFB. O vício relacionado à citação não prospera porque o momento processual adequado para aplicar o artigo 191, do CPC decorre da comprovação da existência de procuradores distintos para os litisconsortes. O juiz natural da presente ação civil pública é o juízo singular. Não vinga a alegação de prescrição na medida em que a pretensão deduzida não é a de aplicação das demais sanções decorrentes da prática de improbidade administrativa, mas tão-somente de ressarcimento ao erário, que é imprescritível, com fundamento na norma constitucional. Entendimento do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte de Justiça acerca do tema. Recurso manifestamente improcedente. Aplicação do artigo 557, caput, do CPC c/c artigo 31, VIII, do Regimento Interno deste E. Tribunal.⁶

De igual forma, temos o seguinte aresto:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REPARAÇÃO AO ERÁRIO. MUNICÍPIO DE TRAJANO DE MORAIS. CONTRATAÇÃO DE DIVERSOS SERVIÇOS PARA O CARNAVAL DE 2005. DISPENSA DE LICITAÇÃO E FRACIONAMENTO DE DESPESA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO QUANTO A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. AÇÃO PROPOSTA NO PRAZO

⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0058202-14.2013.8.19.0000. Rel. DES. CLEBER GHELLENSTEIN - Julgamento: 27/11/2013 – Décima Quarta Câmara Cível.

LEGAL. CITAÇÕES NÃO EFETIVADAS. FALHA EXCLUSIVA DO MECANISMO JUDICIÁRIO. A INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELA CITAÇÃO VÁLIDA RETROAGE A DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO. APLICAÇÃO DO PRAZO QUINQUENAL AO PARTICULAR QUE INDUZA OU CONCORRA PARA A PRÁTICA DO ATO DE IMPROBIDADE OU DELE SE BENEFICIE DE FORMA DIRETA OU INDIRETA CONTADOS DO TÉRMINO DO EXERCÍCIO DE MANDATO, DE CARGO EM COMISSÃO OU DE FUNÇÃO DE CONFIANÇA. EQUIPARAÇÃO FEITA PELA LEI Nº 8.429/92 (LIA) PARA A IMPOSIÇÃO DAS SANÇÕES. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AGENTE POLÍTICO. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DA LIA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LEGITIMIDADE DO MP PARA TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE REPARAÇÃO AO ERÁRIO. Não ocorre a prescrição quando a ação civil pública por improbidade administrativa é proposta no prazo legal e a demora na realização do ato citatório é imputável, exclusivamente, ao mecanismo Judiciário. Aplicação das disposições do art. 219, § 1º do CPC pelo qual a citação válida interrompe a prescrição, retroagindo a data da propositura da ação. A prescrição da ação de improbidade administrativa consuma-se depois de decorridos mais de cinco anos do término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou da função de confiança, a teor do disposto no Art. 23 da Lei nº 8.429/92. Tal disposição é aplicável ao particular que concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie, de forma direta ou indireta. A exegese do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal é no sentido de que as ações de reparação do erário público são imprescritíveis. Legitimidade do MP para prosseguir na ação civil pública por ato de improbidade no que tange ao pedido de ressarcimento de danos ao erário. Não existe norma no nosso ordenamento jurídico que disponha no sentido de que a Lei nº 8.429/92 não se aplicaria aos agentes políticos. Entendimento pacificado no âmbito do STJ. Reconhecimento de repercussão no STF. Via adequada aos fins pretendidos. DES. ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA - Julgamento: 11/06/2013 - NONA CAMARA CIVEL Conhecimento e provimento do recurso⁷.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, igualmente, tem mantido o entendimento no sentido de imprescritibilidade destas demandas, conforme ilustra a ementa abaixo transcrita:

NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO POPULAR. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ATUAL ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NO SENTIDO DE SER IMPRESCRITÍVEL A AÇÃO VISANDO AO RESSARCIMENTO DO ERÁRIO. É imprescritível a ação que visa ao ressarcimento do erário, consoante previsão excepcional constante no art. 37, §5º, CRFB ("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."). Precedentes do Supremo Tribunal Federal: "AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPRESCRITIBILIDADE. (...) 2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 26.210, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 10.10.08, fixou entendimento no sentido da imprescritibilidade da ação de ressarcimento de dano ao erário.(AI 848482 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, I T, j. em 27/11/2012). Ainda que razoável a preocupação da magistrada de origem com o princípio da segurança jurídica e a

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0000540-37.2012.8.19.0062. Nona Câmara Cível. Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza. Julgado em 11/06/2013.

estabilização das situações jurídicas, vivemos em tempos em que um dos mais caros valores da sociedade é a lisura no trato da coisa pública. A insatisfação popular com históricos desmandos praticados pelas 'elites' governantes, recentemente levou às ruas multidões de cidadãos, protestando contra tudo e contra todos. Essa manifestação da cidadania, quando descamba para generalizados quebra-quebras, sem claros focos, raramente surtem efeitos duradouros e positivos. Assim, é louvável a atitude de cidadãos que, em vez de se munirem de pedras e bastões e partirem para a depredação pura e simples de estabelecimentos que, na ótica deles, contribuem ou contribuíram para apropriação privada do patrimônio público, munem-se, ao contrário, de um pedaço de papel e uma caneta para ajuizarem demandas que o ordenamento jurídico lhes oferece para veicular pleitos judiciais relacionados ao exercício da cidadania. A discussão lisa e franca, com os argumentos da razão, no cenário forense, pode ser um excelente e eficiente canal para o controle de atos administrativos. Os benefícios resultantes deste tipo de demanda podem ser bem mais relevantes, para a sociedade, do que aqueles resultantes da observância do princípio da segurança jurídica e estabilização das situações jurídicas. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70054426523, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 27/08/2013)⁸

Da mesma forma, entende o Tribunal de Justiça de São Paulo, inclusive admitindo o prosseguimento da demanda reparatória em face dos herdeiros do agente, conforme ementa transcrita a seguir:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Improbidade administrativa Sentença de procedência da ação Apelo de alguns dos réus Descabimento da exigência de preparo na forma do art. 18 da Lei nº 7.347/85 Isenção de custas em favor do réu por aplicação do princípio da isonomia Legitimidade ativa do Ministério Público e passiva dos réus Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes públicos - **Prescrição afastada Dano ao erário imprescritível** Lapso prescricional em relação às demais penalidades não transcorrido Extinção do mandato do Prefeito Municipal ocorrida em prazo inferior a cinco anos da propositura da ação Termo inicial da prescrição em relação aos particulares que é idêntico ao do agente público Sentença "ultra petita" Ausência de nulidade Hipótese de redução da condenação aos termos do pedido Ato de improbidade administrativa devidamente caracterizado Prova documental idônea a demonstrar a fraude na licitação, objetivando desfalcocar o patrimônio público, propiciando o enriquecimento ilícito de particular Agentes públicos e particulares que concorreram para o ato ímprobo Procedimento licitatório forjado, com participação de três empresas, pertencentes, cada qual, a um de três irmãos Propostas fictícias Adjudicação a um deles com pagamento por serviço não prestado Parte do pagamento desviada em favor de um dos irmãos vencidos no certame Afastamento da imputação descrita no art. 9º da Lei 8.429/92, em razão da ausência de prova de que o ato de improbidade tenha causado o enriquecimento ilícito de qualquer dos agentes públicos Violação ao art. 10 da aludida lei, já que os cofres públicos foram desfalcados, com frustração da licitude de processo licitatório e incorporação de verba ao patrimônio particular, caracterizando enriquecimento sem causa de terceiro Responsabilidade dos agentes públicos e de particulares,

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apel. Número: 70054426523. Seção: CIVEL Tipo de Processo: Apelação Cível Órgão Julgador: Décima Nona Câmara Cível Decisão: Acórdão .Relator: Eugênio Facchini Neto. Comarca de Origem: Comarca de Porto Alegre. Data de Julgamento: 27/08/2013.Publicação: Diário da Justiça do dia 11/09/2013.

concorrentes ou favorecidos Penalidades reduzidas em conformidade com o art. 12, II, da Lei de Improbidade Administrativa Redução do valor do dano ao erário a ressarcir aos limites do pedido, valor desembolsado pelo Poder Público, incidindo correção monetária a partir do pagamento dos serviços e juros legais de mora de 0,5% ao mês, na forma do art. 1.062 do CC revogado, passando a 1% ao mês, a partir da vigência do Novo Código civil (art. 406), a contar do fato danoso Responsabilidade solidária **Sucessores do falecido que respondem até as forças da herança** Afastamento da verba honorária, descabida em se tratando de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Recursos providos em parte.⁹

Este é, assim, em linhas gerais, o cenário no momento da questão objeto do presente trabalho no âmbito de nossas cortes superiores, aguardando-se o desfecho que virá por certo quando do julgamento da mencionada Repercussão Geral suscitada.

2. A VISÃO DOUTRINÁRIA

O entendimento esposado pelo STF acerca da matéria utilizou como fundamento doutrinário a lição de José Afonso da Silva que sustenta a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por entender restar contido no disposto no §5º do art.37, em sua parte final, uma ressalva constitucional neste sentido. Acrescenta, no entanto, que mencionada exceção em favor da Administração Pública destoia “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.”¹⁰

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0175050-65.2008.8.26.0000. Relator: Manoel Ribeiro . Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 18/12/2013.Data de registro: 19/12/2013.

¹⁰ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 36ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, p.677/8.

Seguem a mesma linha do mencionado mestre, os autores Emerson Garcia, Robson Pacheco Alvez, Maria Sylvia de Pietro, dentre outros.

O autor Lucas Rocha Furtado, em sua obra *Curso de Direito Administrativo*¹¹, apenas relata a existência de controvérsia sobre o tema e, muito embora reconheça que o STF já tenha pacificado a questão nos autos do MS nº 26.210, analisando o disposto no §5º do artigo 37 da CRB, afirma acerca da necessidade de que a interpretação do mesmo resulte em um entendimento “claro, isonômico e isento de incertezas a todos os seus destinatários”, acrescentando, a seguir:

De ressaltar que o exercício dessa técnica de interpretação constitucional deve ser pautado por critérios razoáveis, capazes de serem justificados dentro de uma racionalidade lógica. É a partir daí que, para que se exerça racionalmente o juízo de ponderação dos princípios constitucionais em colisão, faz-se imprescindível a invocação de um outro princípio constitucional: o da proporcionalidade. Nos conflitos de princípios constitucionais, o princípio da proporcionalidade funciona como metaprincípio, ou princípio dos princípios. Dele se lança mão para se aferir, racionalmente, com base num juízo de necessidade e de adequação entre meios e fins, a decisão de se privilegiar certos princípios constitucionais em detrimento de outros.

Já José dos Santos Carvalho Filho, indica a existência de três aspectos. O primeiro no sentido de que a regra de imprescritibilidade somente incide nos casos de ressarcimento proveniente de dano ao erário por agente no exercício de função pública. Assim, em se tratando de pessoa despida da função pública, aplica-se a regra geral disposta no art.206, §3º,V, do Código Civil. O segundo aspecto diz respeito a restrição do alcance da regra de imprescritibilidade apenas as pessoas jurídicas de direito público, excluindo-se, portanto, as empresas pública e sociedades de economia mista, posto que o texto constitucional

¹¹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*, 3ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, pág.856/7.

expressamente consigna a expressão agente público. Por fim, aduz que somente tem aplicação no caso dos efeitos danosos advindos das condutas ilícitas de natureza civil.¹²

Marçal Justen Filho, por seu turno, sustenta a prescritibilidade destas demandas, por entender que a imprescritibilidade é incompatível com a própria Constituição, que prestigia a segurança jurídica. Entende que deve ser observado, pelo princípio de isonomia, o mesmo prazo conferido ao particular para propor ações em face da Administração, afastando, assim, o uso dos prazos previstos no Código Civil, por ser este somente aplicável no âmbito das relações privadas.¹³

Em artigo jurídico, após aprofundar-se sobre a controvérsia, Antonio Roberto Winter de Carvalho, sustenta a prescritibilidade das demandas ressarcitórias, colhendo-se de seu texto, o seguinte trecho:

A imprescritibilidade é uma exceção no ordenamento jurídico. Nessa condição, deve sempre ser fruto de uma expressa e literal identificação do conteúdo legal exposto, cabendo tão somente nesse caso o uso da interpretação restritiva. No ordenamento jurídico não existe previsão legal para a imprescritibilidade das ações de ressarcimento; portanto, prevalece a regra da prescrição.¹⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello, quem inicialmente albergou a tese de imprescritibilidade, o que admitiu que quando assim se pronunciou foi feito com desconforto, posteriormente modificou o seu posicionamento para reconhecer a incidência da prescrição, no prazo de 5 anos, por entender incompatível com o direito de defesa, também constitucionalmente albergado. No seu entendimento, a ressalva constitucional em apreço

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 25ª edição. São Paulo: Editora Atlas, pag.580/1.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pág. 1.356/7.

¹⁴ CARVALHO, A.R. Winter *Reflexões acerca da Prescritibilidade as Ações de Ressarcimento ao Erário prevista no art.37§5º da Constituição* .RDA v.253, p.31-48

somente possui a intenção manifesta de salientar a possibilidade de existência de prazos diferenciados e autônomos.

Vê-se, portanto, que a doutrina não apresenta, de forma pacificada, uma posição acerca do tema. A forte tendência, no momento, é a admissão, sem maiores reflexões, da ausência de prazo prescricional para as demandas ressarcitórias de danos ao erário, utilizando-se como fundamento o citado entendimento adotado pelo STF quando do julgamento do MS 26.210.

CONCLUSÃO

A partir do quadro traçado relativo aos entendimentos adotados por nossas Cortes Superiores bem como por nossos doutrinadores, verifica-se, sem sombra de dúvida, que a questão objeto deste trabalho longe está de encontrar uma solução que se mostre, efetivamente, pacificada no direito brasileiro.

Pode-se concluir, no entanto, com base no presente estudo, que o disposto no §5º do artigo 37 da CRB tem o seu âmbito de aplicação restrito aos atos ilícitos praticados por agentes, servidores ou não, que exerçam funções públicas, conforme referencia expressa no seu texto legal.

Assim, ainda que se entenda pela imprescritibilidade das demandas ressarcitórias, esta somente poderia ser aventada nestes casos, jamais quando se tratar de dano causado ao erário por terceiro, para quem deve vigorar a regra geral da prescritibilidade decorrente do princípio da segurança jurídica.

Por outro lado, permite-se afirmar que o mencionado dispositivo constitucional não faz qualquer distinção acerca da natureza do ilícito praticado. Por consequência, não possui qualquer fundamento eventual entendimento que pregue a restrição de sua aplicabilidade apenas aos atos de improbidade e/ou aos ilícitos penais.

Desta forma, qualquer que seja a natureza do ilícito ensejador do dano ao erário – civil, penal, improbidade, etc. – o exame deste fundamento constitucional deve impor a mesma solução, seja pela prescritibilidade seja pela imprescritibilidade das demandas ressarcitórias.

Por fim, a despeito do entendimento adotado até então pelo STF e STJ, de uma análise aprofundada sobre o tema, outra é a solução que parece ser a mais adequada.

Com efeito, partindo-se do histórico do processo legislativo da constituição vigente, verifica-se que o legislador, então, tinha plena ciência do alcance que pretendia dar a norma em exame.

Registre-se que durante a elaboração do texto constitucional, o legislador constituinte, em um primeiro momento, chegou a traçar a regra da imprescritibilidade para estas demandas. Porém, ao final, sagrou-se vencedora a disposição em apreço, que não contem como visto, qualquer menção expressa neste sentido. Não há como negar, pois, que a vontade do poder constituinte foi a de não consagrar a imprescritibilidade em casos tais.

Nota-se, por oportuno, que todas as vezes que o texto constitucional prevê a imprescritibilidade o faz expressamente (v.g. incisos XLII e XLIV, art. 5º, CRFB), não deixando, assim, margem para interpretação extensiva.

Outro, afinal, não poderia ser o atuar do legislador constituinte, considerando que, resultando como corolário lógico do princípio da segurança jurídica a regra da prescritibilidade das demandas, somente por exceção expressa poder-se-ia restringir o seu alcance.

Por outro lado, da harmonização principiológica necessária para a interpretação do texto constitucional, decorre a conclusão de que outro princípio constitucional se mostra como óbice para amparar a tese da imprescritibilidade.

Isto, porque, ao consagrar o direito constitucional a ampla defesa (art.5º,LV,CRB) , certo é que deve assegurar ao cidadão os meios necessários para o seu exercício. Não há como negar que, após o decurso de certo lapso temporal torna-se praticamente impossível a produção de provas capazes de demonstrar eventual licitude da conduta do agente.

Convém lembrar, sobre este aspecto, que a demanda ressarcitória pode ser proposta em face dos herdeiros do agente, ainda que somente respondam nos limites da herança. Por obvio será praticamente impossível a estes apresentarem qualquer prova defensiva, importando, afinal, na supressão da garantia constitucional do direito de defesa.

Consigne-se, por oportuno, que aqueles que advogam a tese da imprescritibilidade não apresentam qualquer menção a postergação ao longo do tempo da propositura das demandas ressarcitórias, resultando na absurda conclusão de que, *ad eternum* e a seu bel prazer, poderá a administração revisitar o passado e fazer ressurgir fatos, pesando sobre o agente e eventualmente daqueles com quem se relaciona, ou mesmo de suas gerações futuras, uma permanente intranquilidade.

Finalmente, há que se ater ao fato de que a prescrição, embora em um primeiro momento se mostre favorável ao agente, também apresenta aspecto positivo em favor da sociedade.

Existindo um prazo para agir, surge para a administração o poder-dever de buscar a reparação dos prejuízos suportados pelo erário, sob pena de incorrer em violação de dever de ofício.

No âmbito do Estado de Direito Constitucional a atividade do administrador público passa a ser garantidora de direitos fundamentais e, neste passo, deve ser eficiente, eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade, respeito à moralidade, à participação social, assumindo este, em contrapartida, plena responsabilidade por sua conduta.

Não por outro motivo, as atividades desenvolvidas pelo Estado, em qualquer âmbito devem ser avaliadas segundo este novo paradigma axiológico em que o poder estatal passa a atuar como mediador e garantidor de direitos fundamentais, em especial, direito fundamental à boa administração previsto na Constituição da República, adotando modelo de gestão pública comprometido com resultado e a afirmação de uma sociedade participativa.

Afigura-se, assim, imprescindível o controle social do agir estatal em qualquer âmbito de atuação, do que decorre o dever do administrador de prestar contas, que coincide com o novo conceito de governança, que implica na possibilidade do desenvolvimento da ação estatal mediante participação ativa da sociedade civil.

A função de fiscalização e controle da gestão pública e consequente de responsabilização de seus gestores é inerente ao estado democrático e a administração que a

Constituição pretende seja eficiente e de qualidade, fundada entre outros princípios na da economicidade e da moralidade.

O controle dos atos administrativos não mais se circunscreve ao controle de legalidade. Os atos administrativos são avaliados a partir de sua juridicidade, que se traduz na previsibilidade e compatibilidade com o ordenamento, e na análise de sua motivação, e pode ser realizado pelo próprio prolator do ato, pelo seu superior hierárquico, pelo particular, através dos chamados órgãos neutrais de controle, Ministério Público e Tribunal de Contas, além do controle incidental do Poder Judiciário.

Portanto, considerando o dever legal de agir da administração, por intermédio de seus múltiplos personagens legitimados para tanto, em atenção a garantia constitucional da boa governança, não há como admitir a demora na apuração de ilícitos que causem dano ao erário, o que impede, por consequência, que sob o argumento da ausência de prazo final, se postergue a adoção das medidas necessárias para a reposição das verbas públicas.

Sopesados assim, os interesse em conflito, em harmonia com os princípios emanados de nossa Carta Maior, resulta incontestável o entendimento de que deve ser observado o prazo prescricional para as demandas ressarcitórias dos danos causados ao erário, decorrência necessária para assegurar a vigência do estado de direito.

Referencias

1. AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
2. ALMEIDA, João Batista. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. São Paulo:

- Editora Revista dos Tribunais, 2011.
3. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
 4. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
 5. CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
 6. CARVALHO, A.R. Winter de. *Reflexões acerca da Prescritibilidade nas Ações de Ressarcimento ao Erário prevista no art. 37,§5º da Constituição*. Revista de Direito Administrativo – RDA, v.253, pág.31/48.
 7. FERREIRA, Sergio de Andrea. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1991.
 8. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
 9. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.
 10. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
 11. MEDUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
 12. OLIVEIRA, Rafael C.R.. *Princípios do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.