

REVISTA
DE
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

Brasília • ano 42 • nº 165
janeiro/março – 2005

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade administrativa

Clito Fornaciari Júnior

Sumário

1. Da falta de previsão legal expressa acerca do assunto. 2. Da afirmação da imprescritibilidade. 3. Da prescrição no prazo do direito comum. 4. Das normas que ensejam definir-se a prescrição após o curso de cinco anos.

1. Da falta de previsão legal expressa acerca do assunto

A natural demora nas investigações voltadas a colher dados para a propositura de ações diante da ocorrência de atos de improbidade administrativa tem feito surgir, com muita habitualidade, na contestação de demandas em que se pleiteia o ressarcimento de danos, a alegação de prescrição do direito, invocando-se o prazo de cinco anos, com respaldo em algumas normas que impõem esse prazo para postulações envolvendo, ativa ou passivamente, a Fazenda Pública, de modo a ensejar, na pior das hipóteses, o uso da analogia, com base na qual um entendimento nesse sentido poderia encontrar eco¹.

A tese, contudo, não tem recebido o beneplácito de nossos tribunais, que invocam, para afastar o óbice, muitas vezes fazendo uma simples afirmação sem maiores esclarecimentos, a regra do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, na qual estaria o limite para a definição, pelo legislador inferior, do tempo que se daria para a discussão dos atos de improbidade.

Clito Fornaciari Júnior é Mestre em Direito pela PUCSP, Advogado em São Paulo.

Assim, em ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se como enunciado que “é imprescritível a ação civil pública visando a recomposição do patrimônio público (art. 37, § 5º, CF/88)”². A leitura do aresto, entretanto, demonstra que a manchete não retrata o enredo, já que a questão específica da prescrição não foi enfrentada naquele julgamento, pois o recurso especial fora interposto sob a alegação de contrariedade ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, discutindo a suposta omissão do tribunal local na apreciação do tema da prescrição, de modo que sequer poderia aquela Corte, *per saltum*, adentrar no exame do problema.

Por força do âmbito do recurso, a preocupação do julgador do Superior Tribunal de Justiça foi não de resolver a questão da prescrição em si, mas, sim, de demonstrar que não houvera silêncio sobre o tema, de vez que o mesmo fora expressamente tratado pelo tribunal recorrido, que proclamara, ele sim, a imprescritibilidade do direito de ação, com base naquela norma constitucional.

Realmente, no julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo, que ensejou o especial, não se verifica omissão, de vez que nele ficara assentado, literalmente, que “a ação civil pública é imprescritível (cfr. parte final do § 5º do art. 34 da Carta Magna); só a ação popular prescreve no prazo quinquenal (cfr. art. 21 da Lei Federal 4717/65)”³.

Noutra feita, o Tribunal de Justiça de São Paulo reafirmou a mesma idéia, com apoio na lição de Gianpaolo Poggio Smanio (1998, p. 89), deixando assentada a imprescritibilidade, igualmente com base no mesmo § 5º do art. 37 da Constituição da República⁴.

Curioso observar-se que o preceito a que se apegam os julgados nada diz, de modo direto e expresso, sobre a prescrição da ação de ressarcimento de danos, tratando apenas de anunciar que lei futura estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por agentes públicos que causem prejuízos ao erário, “ressalvas as respectivas ações de ressarcimento”⁵.

Da ressalva às ações de ressarcimento poderia inferir-se a conclusão de que o legislador constituinte as quis imprescritíveis?

2. Da afirmação da imprescritibilidade

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 (Cf. 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 a exegese restritiva, não haveria como da inexistência da norma chegar-se a igual conclusão.

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.

Em linhas gerais, a Constituição não reserva preocupação maior com as questões de ordem patrimonial, mesmo que pertinentes a dinheiro público. Assim, parece de todo contraditório conferir-se a uma pretensão simplesmente ressarcitória, versando sobre interesses materiais, ainda que afetos aos cofres públicos, a mesma dignidade que o sistema emprestou a outros bens e interesses jurídicos tutelados com a previsão de pena ao crime de racismo e à ação de grupo armado atentando contra a ordem constitucional ou o Estado, em relação aos quais se permite a apuração e punição dos fatos a qualquer tempo.

Os valores jurídicos aqui comparados são muito diferentes, hierarquicamente. Protege-se o próprio Estado e a Democracia, quando se permite alcançar a qualquer tempo a ação de quem contra eles atente, e, quando se apresenta a repulsa ao racismo, valoriza-se um dos objetivos fundamentais da

República e um dos princípios que, no âmbito internacional, regem a atuação do Brasil. Dessa forma, transparece não ser razoável sustentar-se a imprescritibilidade também da mera ação de ressarcimento, que longe está de justificar igual tratamento.

Não se está fazendo aqui uma exegese meramente literal da norma, porém está se buscando, na linha preconizada por Rodolfo Luis Vigo (1993, p. 16), a partir da letra da lei e à luz de certos problemas reais ou imaginários, saber o que é permitido. Avança-se, então, do texto em si, para alcançar todo o ordenamento e a multiforme realidade do direito.

Nessa linha, além de se comparar o interesse protegido com outros expressamente reputados imprescritíveis, não se pode esquecer de que a paz social, a tranqüilidade da ordem jurídica é o verdadeiro fundamento da prescrição (Cf. PEREIRA, 2000, p. 437), vista como “uma instituição necessária para a ordem social e para a segurança jurídica, introduzida em atenção ao bem público” (Cf. DÍEZ-PICAZO; GULLON, 1995, p. 283). Conclui-se, destarte, que a impossibilidade de se discutir pretensões após certo prazo atende à idéia de pacificação, conceito que também há de ser preservado, com ele, sem dúvida, havendo se preocupado o sistema jurídico pátrio, até em cumprimento a uma regra que guarda contornos universais.

Desse modo, e a par da imprescritibilidade soar contraditória em face do sistema e dos demais fatos vistos como não prescritíveis, a circunstância de a Constituição não encomendar, expressamente, uma nova disciplina legal para o assunto atendia a condições de momento, não representando óbice a que leis novas viessem a ser editadas, prevendo prescrição ou, então, que se aplicassem normas já existentes para reger a matéria. A dispensa da edição de um novo diploma, portanto, pode ser vista como o reconhecimento de que as leis existentes já supriam a matéria ou, quando não assim, como a limitação material do preceito que surgiria voltado somente para cuidar dos ilícitos de natureza criminal.

Interpretar de outra forma a questão seria visualizar a Constituição como uma norma restritiva, que impediria o trato de matérias afeitas à legislação infraconstitucional, sem criar cláusula pétrea e sem dispor sobre o assunto com a clareza que se faria de rigor, caso houvesse o intento de impedir, simplesmente, a criação de qualquer disposição diferente.

Se o Constituinte não quisesse a ingerência de norma inferior, não teria dito que as ações de ressarcimento não seriam disciplinadas pela norma que cuidasse da prescrição para os ilícitos, mas já teria ele próprio dito como reger-se-ia a prescrição e, principalmente, se fosse essa a sua intenção, proclamado a sua imprescritibilidade, igual ao que fez com o racismo e com os atos atentatórios à Constituição e ao Estado.

Não se pode entender que, pelo fato de a Constituição não ter mandado disciplinar a prescrição para as ações de ressarcimento, essas se tornaram imprescritíveis, porque se estaria pretensamente usando o argumento *a contrario*, que, no entanto, somente funciona quando se depara com uma regra excepcional (Cf. ASCENÇÃO, 1983, p. 343) e regra aqui sequer há. Acudindo-se da linha demarcada por Carlos Maximiliano (2002, p. 256), o fato de impor-se a afirmação pela lei de prazo para as sanções não representa estar a hipótese excepcionada totalmente liberada do prazo, porque, no Direito Constitucional, o princípio *inclusio unius alterius est exclusio* exige maior e mais discreta reserva do intérprete.

3. Da prescrição no prazo do direito comum

É certo que o mesmo parágrafo utilizado por alguns julgados para sustentar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento serviu também para reconhecer a existência de prescrição, mas de vinte anos, ao tempo do Código Civil revogado⁶.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, após afirmar a impossibilidade

de ser estabelecido prazo prescricional para a ação ressarcitória pela norma que a viria disciplinar, concluiu que, “inexistindo previsão especial para tal hipótese, o prazo prescricional é o comum disciplinado pelo art. 177, do Código Civil”, repudiando, outrossim, a aplicação analógica da Lei n. 4.717/65 do Decreto n. 20.910/32 e da Lei n. 6.404/76, que foram invocados nas razões recursais daquele processo, procurando alcançar a prescrição pelo vencimento do quinquênio⁷.

Não se pode negar que a linha sustentada por essa decisão é mais coerente que a da imprescritibilidade, de vez que não a cria do silêncio da Constituição. Nem assim, porém, pode ser agasalhada, pois importaria em deslocar a questão do direito público para o privado, rompendo, de outro lado, com a isonomia, em vista de afastar essa modalidade de demanda dos prazos que gravitam em torno das pretensões envolvendo a Fazenda Pública.

4. Das normas que ensejam definir-se a prescrição após o curso de cinco anos

Destarte, a falta de disciplina constitucional e de imposição de uma nova lei para cuidar do assunto permite que se colham, no ordenamento, as previsões que melhor se adaptem ao caso, que podem, inclusive, ser encontradas na própria regra legal criada para regular os prazos para a aplicação de sanções por atos ilícitos praticados por agente público, da qual a Constituição não cobrou definição para as ações ressarcitórias, mas, nem por isso, a impediu de criá-la.

Em seu art. 23, a Lei n. 8.429/92 cuida, particularmente, da questão da prescrição, prevendo a sua consumação após cinco anos do término do exercício de mandato, de cargo em comissão e de função de confiança. Apesar de essa disposição prever o prazo de prescrição para “as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei”, firmou-se entendimento segundo o qual a norma não se aplica para os

casos de ressarcimento de danos, incidindo somente com relação às penas de que cogita. Semelhante entendimento, sem dúvida, afronta a previsão legal.

A Lei n. 8.429/92 disciplina as sanções aplicáveis aos agentes públicos, nos casos de enriquecimento ilícito, de modo que não haveria como se dissociar a questão da prescrição para o ressarcimento da previsão que a própria lei faz para o tema (art. 23). Assim, ela não distingue *entre sanções e ressarcimento*, até porque coloca, expressamente e sem qualquer margem de dúvida, entre as penas reservadas ao responsável pelo ato de improbidade, também o *ressarcimento integral do dano*, tanto no inciso I, como também nos incisos II e III do art. 12, que é o conteúdo integral do seu Capítulo III, denominado “Das penas”. Resulta disso, elementarmente, que, pelo texto legal, *o ressarcimento também é sanção* (“cominação”), não havendo, diante da clareza da regra, como apartar ambas situações.

Se estão tratadas nessa Lei todas as consequências e sanções que advêm para o responsável por ato de improbidade, inclusive o ressarcimento previsto no capítulo denominado “das penas”, não haveria como se deixar de colher, também nesse mesmo diploma, o prazo prescricional, que é por ela definido expressamente no art. 23, inciso I, após o *caput* proclamar que “as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:”

Transparece inegável que, ao se entender que a prescrição do ressarcimento não estaria sujeita ao prazo disciplinado no art. 23 da Lei n. 8.429/92, está se contrariando a norma em questão, já que ela não está sendo aplicada quando deveria ser.

Ademais não fosse, mesmo que não se considerasse aplicável à hipótese o art. 23 da Lei n. 8.429/92, outros dispositivos existem que também conduzem à conclusão de que o prazo para promover a ação de ressarcimento é de cinco anos.

Assim, o art. 21 da Lei n. 4.717/65, que regula a ação popular, tratando, portanto,

de outro meio de defesa do patrimônio público e do seu ressarcimento, prevê prescrição de cinco anos. Não se revela pertinente afastá-lo por conta dos legitimados para a propositura da ação e das pessoas que necessariamente devem figurar no processo, como o fez julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, já citado⁸. Ambas as demandas objetivam igual finalidade, ou seja, procuram preservar o patrimônio público, em seu sentido amplo, sendo certo que a dita ação popular prestigia a iniciativa individual, não afastando a possibilidade de também por meio dela discutir-se improbidade administrativa, de forma que se pode ter identidade da própria causa de pedir em relação ao processo em que se busca ressarcir danos por conta da mesma improbidade.

Se o prazo para o ajuizamento de uma delas devesse ser maior, é inegável que haveria de sê-lo para a ação popular, de vez que o legitimado para sua propositura é pessoa física, o cidadão, sem, logicamente, dispor da organização daqueles que são os titulares da ação civil pública.

Quando não fosse essa a norma, pensável seria, então, restringir-se o prazo também a cinco anos, por força do que dispõe o Decreto n. 20.910/32, que protege o patrimônio público, tal qual a ação civil pública procura preservar, e que, prestigiando a regra da igualdade, haveria de ser aplicado não só quando o particular demanda o Estado, mas quando alguém demanda o particular, com a finalidade de repor o patrimônio público.

Como se denota, essas outras disposições, não fora a regra específica da própria ação baseada na improbidade, antepõem-se à adoção da tese da imprescritibilidade, conferindo respaldo a que se entenda como sendo o de cinco anos o prazo para o ajuizamento de ações promovidas para esse fim.

Notas

¹ Dessa forma, o Código Tributário Nacional prevê o prazo de cinco anos para pleitear a restituição.

ção de tributos pagos indevidamente (art. 168), para constituição do crédito tributário (art. 173) e para a cobrança do crédito tributário (art. 174); o Decreto n. 20.910, de 06.01.1932, fixa em cinco anos o prazo para a cobrança das dívidas passivas da União, Estados e Municípios (art. 1º); o Decreto-lei n. 4.597, de 19.08.1942, estendeu o prazo de prescrição previsto no Decreto n. 20.910 para as autarquias, entidades e órgãos paraestatais (art. 2º); a Lei n. 4.069, de 11.06.1962, prevê a prescrição da cobrança de dívidas referentes ao resgate de títulos federais, estaduais e municipais e dos juros, no prazo de cinco anos, desde que se tornaram devidos (art. 60); a Lei n. 4.717, de 19.06.1965, estabelece ser de cinco anos o prazo para o ajuizamento da ação popular (art. 21); e a Lei n. 9.429, de 02.06.1992, que cuida das penas para os atos de improbidade administrativa, restringe a possibilidade de denúncia até o prazo de cinco anos (art. 23).

² STJ – 1ª Turma, recurso especial n. 403153, de São Paulo, rel. JOSÉ DELGADO, julgado em 09.09.2003, publicado no *DJU* de 20.10.2003.

³ TJSP – 2ª Câmara de Direito Público, apelação cível n. 89119-5/2, rel. VANDERCI ÁLVARES, julgado em 24.08.1999, publicado no *DOE* de 15.09.1999.

⁴ Cf. TJSP – 6ª Câmara de Direito Público, apelação cível n. 199412-5/7-00, rel. AFONSO FARO, julgado em 10.02.2003, publicado no *DOE* em 10.04.2003. Ao julgar embargos de declaração oferecidos contra aquele acórdão, reconheceu-se que ele estava truncado e concluiu-se pela não aplicação da regra do art. 23 da Lei de Improbidade, porque “para o ressarcimento do dano não há prescrição, conforme dispõe o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal” (embargos de declaração n. 199412.5/9-01, julgado em 16.06.2003, publicado no *DOE* em 08.08.2003).

⁵ “Art. 37 - § 5º: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

⁶ Seguindo essa linha de raciocínio, o prazo agora seria de dez anos, por força do que dispõe o art. 205 do Código Civil: “a prescrição ocorre em 10(dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

⁷ TJSP – 3ª Câmara de Direito Público, agravo de instrumento n. 282418-4/4-00, rel. Laerte Sampaio, julgado em 15.10.2002, publicado no *DOE* de 13.12.2002.

⁸ Agravo de instrumento n. 282418-4/4-00 cit.

Bibliografia

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 3. ed. Lisboa: Fundação Golbenkian, 1983.

DIÉZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Instituciones de derecho civil*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1995. v. 1.

LUIS VIGO, Rodolfo. *Interpretación constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

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

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

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Atlas, 1998.