



INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DA PARAÍBA
CAMPUS JOÃO PESSOA
DIRETORIA DE ENSINO SUPERIOR
UNIDADE ACADÊMICA DE GESTÃO E NEGÓCIOS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA NA MODALIDADE EDUCAÇÃO À
DISTÂNCIA

JOSÉ ISAAC PINTO DE ARAUJO

ANÁLISE DO ALCANCE DA IMPRESCRITIBILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 EM FACE DO ATUAL POSICIONAMENTO DO STF E
DO STJ

JOÃO PESSOA
2019

JOSÉ ISAAC PINTO DE ARAÚJO

ANÁLISE DO ALCANCE DA IMPRESCRITIBILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 EM FACE DO ATUAL POSICIONAMENTO DO STF E
DO STJ

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
apresentado ao Instituto Federal de Educação,
Ciência e Tecnologia da Paraíba (IFPB), Curso de
Especialização em Gestão Pública na Modalidade
Educação à Distância, como requisito institucional
para a obtenção do Grau de Especialista em Gestão
Pública.

ORIENTADOR: Prof. Ms. Cora Cristina Ramos
Barros Costa

JOÃO PESSOA
2019

JOSÉ ISAAC PINTO DE ARAÚJO

**ANÁLISE DO ALCANCE DA IMPRESCRITIBILIDADE PEREVISTA NO ARTIGO
37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 EM FACE DO ATUAL
POSICIONAMENTO DO STF E DO STJ.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Banca Examinadora, do
Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia
da Paraíba (IFPB), para obtenção do título
de Especialista em Gestão Pública.

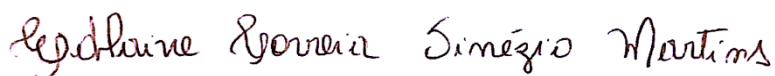
João Pessoa, 22 de março de 2019.

BANCA EXAMINADORA



Profa. Ms. Cora Cristina Ramos Barros Costa

Orientadora – IFPB



Profa. Dra. Edlaine Correia Sinézio Martins

Avaliadora – IFPB



Profa. Dra. Roseane de Queirós Santos

Avaliadora – IFPB

Análise do alcance da imprescritibilidade prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988 em face do atual posicionamento do STF e do STJ

José Isaac Pinto de Araújo

e-mail: isaacpinto_adv@hotmail.com IFPB/especialização em Gestão Pública

Resumo

O Estado Democrático de Direito tem como um dos seus princípios a segurança jurídica, a qual garante estabilidade nas relações jurídico-sociais. Da necessidade de garantir a segurança jurídica é que o instituto da prescrição se tornou a regra em nosso ordenamento, sendo imprescindível a existência de previsão expressa para que uma pretensão seja imprescritível. Na Constituição Federal, o art. 37, §5º, traz em seu corpo previsão expressa de imprescritibilidade, afirmando de forma indireta e ampla, que as ações de ressarcimento de danos ao erário são imprescritíveis. Tal afirmação, por sua vez, se tornou alvo de polêmicas, visto que a imprescritibilidade, principalmente no âmbito do Direito Público deve ser interpretada com cautela, tendo surgido na doutrina e na jurisprudência duas linhas interpretativas: a primeira caminha no sentido de que a imprescritibilidade aludida no referido dispositivo alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário, incluindo as decorrentes de ilícitos civis, já a segunda corrente entende que apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ato de improbidade administrativa são imprescritíveis. Destarte, o presente artigo, através de pesquisa bibliográfica, busca discorrer o entendimento jurisprudencial sobre o tema, a fim de delinear o alcance do art. 37º, §5º, da CF.

Palavras-chave: 1. Prescrição 2. Ações de ressarcimento de danos ao erário 3. Improbidade Administrativa 4. Ilícitos civis

Abstract

The Democratic State of Law has as one of its principles legal certainty, which guarantees stability in legal-social relations. The need to guarantee legal certainty is that the prescription institute has become the rule in our law, and it is essential that there be express provision for a claim to be imprescriptible. In the Federal Constitution, article 37, paragraph 5, has in its body an express prediction of imprescriptibility, affirming in an indirect and ample way, that the actions of reimbursement of damage to the treasury are imprescriptible. This statement, in turn, has become the subject of controversy, since imprescriptibility, especially in the scope of Public Law, must be interpreted with caution, and two interpretative lines have emerged in doctrine and jurisprudence: the first one in the sense that the imprescriptibility mentioned in the mentioned device reaches any type of compensation action to the treasury, including those arising from civil unlawful, the second current understands that the only actions for damages to the treasury due to administrative improbity are imprescriptible. Thus, this article, through a bibliographical research, seeks to discuss the jurisprudential understanding on the subject, in order to delineate the scope of the article 37, paragraph 5, of the Federal Constitution.

Keywords: 1. Prescription 2. Actions for reimbursement of damages to the treasury 3. Administrative improbity 4. Civil unlawful.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988, em tema de combate à corrupção em todas as suas formas de manifestação, foi exemplar. A inclusão do princípio da moralidade administrativa em seu texto formal reflete, sem dúvida, a preocupação do constituinte e do povo brasileiro com a probidade, a ética e a honestidade na administração pública.

Nesse sentido, um dos preceitos de grande relevância da Carta Magna de 1988 está inserido no § 5º do artigo 37, o qual determina a fixação dos

prazos de prescrição para os atos ilícitos que causem prejuízos ao erário, estabelecendo, dessa forma, que tais ilícitos sujeitam-se à prescrição. Entretanto, o texto constitucional contém ressalva acerca das respectivas ações para ressarcimento ao erário, o que tem gerado significativas discussões doutrinárias e jurisprudenciais:

Art. 37, §5º, CF: 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** (Grifo nosso).

No âmbito do Direito Público, o instituto da prescrição passou a ser objeto de divergência no tocante à imprescritibilidade ou não das ações de ressarcimento por danos causados ao erário diante da exegese do art. 37, §5º, da Constituição Federal de 1988, o qual em sua parte final ressalva as ações de ressarcimento ao erário da incidência do instituto da prescrição, sem fazer menção expressa à qual tipo de ilícitos tal norma se aplicaria.

Assim, segundo interpretação ampla do referido artigo toda e qualquer ação de ressarcimento movida pela Fazenda Pública seria imprescritível, o que trouxe inquietude para os intérpretes do direito. Diante de tal indefinição, há aqueles que sustentam a tese de que todas as ações de ressarcimentos ao erário são imprescritíveis, bem como outros que afirmam que a imprescritibilidade não abarca os ilícitos civis, mas apenas os casos de improbidade administrativa, devendo ser feita interpretação restritiva do dispositivo constitucional.

Tal questionamento traz à tona, assim, importante discussão acerca da prescritibilidade ou imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Destarte, é sobre tal polêmica que o presente artigo propõe-se a discutir, baseando-se, primordialmente, no atual entendimento jurisprudencial sobre o assunto, expondo as principais bases que norteiam a prescrição no âmbito do Direito Público.

Assim, o presente trabalho visa a examinar a interpretação que doutrinadores têm dado ao dispositivo, bem como a interpretação desse dispositivo em decisões que assentam o entendimento do STJ e do STF.

2 Referencial teórico

O decurso do tempo (como acontecimento natural) exerce efeitos sobre as relações ou situações jurídicas, ora positivos, ora negativos. Seja isoladamente, seja cumulativamente com outros fatores, a lei toma o tempo como causa de aquisição ou extinção de direitos ou faculdades jurídicas.

Assim, a propriedade e outros direitos reais podem ser adquiridos pelo transcurso dos prazos de usucapião; e a pretensão de exigir a prestação inadimplida se extingue se o credor não aciona o devedor dentro do prazo estipulado em lei; e, ainda, extingue-se o próprio direito subjetivo se, nascido com previsão de prazo certo para seu exercício, o titular deixa exaurir dito prazo sem exercitá-lo.

Fala-se, por isso, em prazos aquisitivos (usucapião ou prescrição aquisitiva) e prazos extintivos (prescrição liberatória e decadência).

Preconiza o artigo 189 do Código Civil que:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

A prescrição faz extinguir o direito de uma pessoa a exigir de outra uma prestação (ação ou omissão), ou seja, provoca a extinção da pretensão, quando não exercida no prazo definido na lei.

Não é o direito subjetivo descumprido pelo sujeito passivo que a inércia do titular faz desaparecer, mas o direito de exigir em juízo a prestação inadimplida que fica comprometido pela prescrição. O direito subjetivo, embora desguarnecido da pretensão, subsiste, ainda que de maneira débil (porque não amparado pelo direito de forçar o seu cumprimento pelas vias jurisdicionais), tanto que, se o devedor se dispuser a cumpri-lo, o pagamento será válido e eficaz, não autorizando repetição de indébito (art. 882, CC).

Diante da análise destes aspectos introdutórios do instituto da prescrição, pode-se asseverar que aqueles que militam em defesa da prescrição da pretensão de ressarcimento por danos ao erário, embasam suas conclusões no princípio da segurança jurídica. Alegando que a ausência de prazo prescricional compromete a previsibilidade e a defesa.

Pondo fim à controvérsia sobre uma situação jurídica antiga e já consolidada pelo tempo, é opinião tranquila que a prescrição atende à satisfação de superior e geral interesse à certeza e à segurança no meio social e, assim, se coloca entre os institutos de ordem pública. Essa circunstância é confirmada pelas disposições legais que consideram inderrogáveis os prazos prescricionais por acordo entre as partes (art. 192, CC) e proíbem a renúncia aos efeitos da prescrição enquanto não consumada (art. 191, CC).

Corroborando com esse pensamento, Humberto Theodoro Júnior (2018, p. 24) nos ensina que:

No fenômeno prescricional, na verdade se confrontam dois imperativos caros ao direito: o anseio de segurança nas relações jurídicas e a busca da justiça. Quando se reconhece a pretensão – força de coagir o violador do direito a realizar a prestação a que faz jus o titular do direito violado – atua-se em nome da justiça. A busca eterna da justiça, porém, longe de realizar a plenitude da paz social, gera intranquilidade e incerteza, no tráfico jurídico que urge coibir. É preciso, por isso, estabelecer um modo harmônico de convivência entre os dois valores em choque. Isto a lei faz da seguinte maneira: estipula um prazo considerado suficiente para que a pretensão seja exercida, de maneira

satisfatória, conferindo-lhe todo amparo do poder estatal e, com isso, atende aos desígnios de justiça. Além do termo desse prazo, se o credor não cuidou de fazer valer a pretensão, dando ensejo a supor renúncia ou abandono do direito, negligência em defendê-lo, ou até mesmo presunção de pagamento, a preocupação da lei volta-se, já então, para os imperativos de segurança e as exigências da ordem e da paz sociais, que passam a prevalecer sobre a justiça e os direitos individuais.

No entanto, em favor da imprescritibilidade, alega-se também esse mesmo princípio. Afirma-se que a segurança quanto à impunidade provoca insegurança jurídica e compromete a consecução dos objetivos constitucionais, especialmente quanto à efetividade das políticas sociais.

Nesse sentido leciona José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 1.092):

De início, deve-se registrar que a prescrição não atinge o direito das pessoas públicas (erário) de reivindicar o ressarcimento de danos que lhe forem causados por seus agentes. A ação, nessa hipótese, é imprescritível, como enuncia o art. 37, §5º, da CF. Conquanto a imprescritibilidade seja objeto de intensas críticas, em função da permanente instabilidade das relações jurídicas, justifica-se sua adoção quando se trata de recompor o erário, relevante componente do patrimônio público e tesouro da própria sociedade.

Ainda, corroborando com esse posicionamento, a partir de uma análise de alguns dispositivos constitucionais, parte da doutrina tem um entendimento amplo da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Nesse sentido preleciona João Monteiro de Castro (2011, p. 212-213):

Com a independência das três esferas de consequências provenientes de ilícitos culposos ou dolosos obrados por agentes públicos, servidores públicos ou não, a legislação que vier a prever tratamento e prazos de prescrição pode fazê-lo de modo absolutamente distinto e com liberdade, restringindo-se, entretanto, aos âmbitos administrativo e penal. **É assim porque o texto constitucional coloca a salvo as ações civis de ressarcimento** (Grifo nosso).

É de se ressaltar, porém, que essa imprescritibilidade generalizada de toda ação ressarcitória do erário não é a que vem sendo reconhecida pelo STJ e pelo STF como a seguir veremos.

Outrossim, a falta de uniformidade nas decisões judiciais representa um fator de incerteza para a sociedade, que demanda previsibilidade do ordenamento jurídico e das decisões do Poder Judiciário.

A questão não é simples, do contrário não seria colocada para solução perante o STF, não haveria divergência doutrinária e a jurisprudência seria razoavelmente uniforme.

Fundamental para a estabilidade em um Estado Democrático de Direito, o instituto da prescrição busca garantir a manutenção da ordem jurídica e a tranquilidade das relações jurídico-sociais. Tal instituto existe para impedir a perpetuação de algumas pretensões, impondo prazo para que o titular de direito violado busque o manejo de ação judicial a fim de resguardá-lo.

Nessa senda, preceitua Humberto Theodoro Júnior (2018, p. 23):

Muitos são os argumentos que a doutrina usa para justificar o instituto da prescrição. Acima de tudo, no entanto, há unanimidade quanto à inconveniência social que representa a litigiosidade perpétua em torno das relações jurídicas. Há, sem dúvida, um anseio geral de segurança no tráfico jurídico, que não seria alcançada se, por mais remota que fosse a causa de uma obrigação, pudesse sempre questionar-se sua existência, sua solução ou seu inadimplemento.

Nas palavras de Flávio Tartuce (2015, p. 229-231):

É antiga a máxima jurídica segundo a qual o exercício de um direito não pode ficar pendente de forma indefinida no tempo. O titular deve exercê-lo dentro de um determinado prazo, pois o direito não socorre aqueles que dormem. Com fundamento na pacificação social, na certeza e na segurança da ordem jurídica é que surge a matéria da prescrição [...]. De acordo com o art. 189 do CC, violado um direito, nasce para o seu titular uma pretensão, que pode ser extinta pela prescrição, nos termos dos seus arts. 205 e 206. Desse modo, se o titular do direito permanecer inerte, tem como pena a perda da pretensão que teria por via judicial.

Assim, diante da necessidade de segurança jurídica nas relações é que a prescrição tornou-se regra, evitando a instabilidade social e trazendo a certeza de que a situação consolidada no tempo não será impugnada pelo titular do direito, que diante de sua inércia teve sua pretensão extinta. Neste

diapasão, pode-se afirmar que raras são as hipóteses de imprescritibilidade.

Quanto ao tema, José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 34) assim se manifesta:

[...] se, de um lado, não se pode relegar o postulado de observância dos atos e condutas aos parâmetros estabelecidos na lei, de outro é preciso evitar que situações jurídicas permaneçam por todo o tempo em nível de instabilidade, o que, evidentemente, provoca incertezas e receios entre os indivíduos.

Ademais, segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2000, p. 257):

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.

Por conseguinte, para que uma pretensão se torne perpétua, e, portanto, imprescritível, faz-se necessária a previsão em lei. No texto da CF/88 encontramos dispositivos que fazem referência expressa à imprescritibilidade, como o art. 5º, incisos XLII e XLIV. Desta feita, sendo a imprescritibilidade exceção, deve a norma que a contempla ser interpretada restritivamente.

No âmbito do Direito público, por sua vez, é imprescindível que o instituto da prescrição siga os princípios que norteiam a atuação da Administração Pública, devendo sua aplicação ou não ser justificada por razões de interesse público. Assim, qualquer dispositivo que tenha a previsão de imprescritibilidade na seara pública deve ser interpretado com bastante cautela.

Na Constituição Federal, o art. 37, §5º, traz em seu corpo previsão expressa de imprescritibilidade. Veja-se:

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** (Grifo nosso).

Por sua vez, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), em seu artigo 23, tratou da

prescrição das ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas no artigo 12 da referida lei, contudo, não tratou especificamente das ações de reparação de dano.

O art. 23 da LIA cuidou de dividir os prazos prescricionais de acordo com a natureza do vínculo entre o agente e o Estado (incisos I e II). Dessa forma, dispôs que, tratando-se de mandato, cargo em comissão e função de confiança, o prazo é quinquenal, iniciando-se a contagem a partir da extinção do vínculo e, se o caso é de servidor efetivo ou emprego público, a lei faz remissão às leis específicas, fixando o mesmo prazo prescricional para a demissão a bem do serviço público. Neste sentido, na esfera federal, esse prazo é de cinco anos, contados a partir da data em que o fato se tornou conhecido e, nas demais esferas, o prazo será o fixado em seus respectivos estatutos.

Nesse sentido, o artigo 23 da Lei 8.429/92 assim preconiza:

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.

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

Ante o disposto, no artigo ora em comento, surgiram discussões e entendimentos acerca da imprescritibilidade das ações de reparação de danos ao erário.

Como se vê, o artigo 37, §5º, em sua parte final afirma, de forma indireta e ampla, que as ações de ressarcimento de dano ao erário são imprescritíveis. Tal afirmação, por sua vez, se tornou alvo de polêmica nas lides judiciais, isto porque o referido artigo traz a incerteza de quais seriam os tipos de ilícitos que se encaixariam em tal situação de imprescritibilidade. Veja o que disse o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 764.278/SP:

A questão prescricional, aqui, é particularmente relevante em face do que estabelece o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual "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". Bem se vê

que o Constituinte, ao atribuir ao legislador ordinário a incumbência de estabelecer prazos prescricionais para ilícitos praticados por agentes administrativos, prescreveu uma ressalva, que não pode ser ignorada e cujo conteúdo e sentido devem ser desvendados pelo intérprete. (STJ, REsp 764.278/SP, 1ª Turma, DJe de 25.5.2008)

O referido dispositivo, portanto, como se percebe, deixa margem para as mais diversas interpretações, havendo assim, na doutrina e na jurisprudência pátria divergência de entendimentos quanto ao assunto, fundamentados em duas correntes interpretativas. A primeira corrente caminha no sentido de que a imprescritibilidade aludida no art. 37º, §5º, da CF, alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário, já a segunda entende que a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de improbidade administrativa.

Primeiramente, é importante delimitar o alcance da expressão “ilícito civil” do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, segundo o entendimento do STF. Nesse sentido, decidiu o STF no julgamento do EDcl no RE 669.069/MG:

CONSTITUCIONAL E CIVIL.
RESSARCIMENTO AO ERÁRIO.
IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E
ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA
CONSTITUIÇÃO. 1 . É prescritível a ação de
reparação de danos à Fazenda Pública decorrente
de ilícito civil. 2 . Recurso extraordinário a que
se nega provimento. (STF, Pleno, EDcl no RE
669.069/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, ac.
16.06.2016, DJe 30.06.2016).

Em seu voto, o ministro relator afirmou que a tese majoritária no Recurso Extraordinário foi no sentido de que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”, tendo o recurso analisado especificamente questão relativa a acidente de trânsito. Dispôs, ainda, que:

O conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante. Ficou expresso nesses debates, reproduzidos no acórdão embargado, que a prescricibilidade ou não em relação a esses outros ilícitos seria examinada em julgamento próprio. (STF, Pleno, EDcl no RE 669.069/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, ac. 16.06.2016, DJe 30.06.2016).

Nesse aspecto é interessante trazermos alguns posicionamentos jurisprudenciais acerca dessa celeuma.

A jurisprudência do STJ é fecunda em julgados sobre a ressalva do § 5º do art. 37 da Constituição Federal. Considerando-se que o recente julgamento do RE 669.069/MG repercutirá na jurisprudência do STJ, são relevantes os julgados do STJ posteriores a esse julgamento bem como os julgados que trazem informações suplementares às decisões do STF.

Colhe-se do voto-vista do Ministro Herman Benjamin no REsp. nº 1.105.059/SP, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, a percepção acerca da segurança jurídica nos casos de ressarcimento por danos ao erário:

[...] A Constituição de 1988 fez uma clara opção em favor da cidadania lesada e em desfavor dos que atacam os cofres públicos e, ao assim procederem, sangram o futuro da Nação. Inverteu a ordem tradicional da prática judicial: a segurança jurídica agora é dos cidadãos, no sentido de que, tarde o que tardar, a Justiça deverá se manifestar acerca do que foi abocanhado ilegalmente. Para o ímprobo, fica a insegurança jurídica de saber que os benefícios auferidos com ofensa aos princípios da boa-administração não lhe proporcionarão berço esplêndido, nem tranquilidade de espírito, sob o manto da prescrição.

Claro, a demora, sobretudo quando medida em anos, na proposição da ação reparatória (foram treze ou catorze neste caso), causa desconforto no juiz, quando não revolta com a morosidade da Administração em cobrar aquilo que, segundo seu pensamento, foi subtraído, indevidamente, dos cofres públicos, por comportamento ativo ou passivo de pessoas, em especial as que são pagas para por eles zelarem. O retardamento pode e deve merecer o repúdio dos juízes e cidadãos, mas não a ponto de, em seu nome, justificar o enfraquecimento, ou mesmo o afastamento, da garantia social da imprescritibilidade do dano ao patrimônio público. O Administrador que, sem justa causa, leva anos para cobrar dívida de ímprobo, pratica séria desobediência ao espírito, se não ao corpo, da lei. Merece severa repreensão e punição. Contudo, ir além disso e, direta ou indiretamente, afastar a imprescritibilidade da dano público é punir duplamente a sociedade, que deixa de ser ressarcida e ainda paga pela desídia dos seus Administradores.

[...]

E, demorados dez anos, a Constituição de 1988 fez uma clara opção em favor da cidadania lesada, mas em desfavor dos que atacam os cofres públicos. Ao assim proceder, inverteu a ordem tradicional da prática judicial. A segurança jurídica agora é dos cidadãos, no

sentido de que, tarde o que tardar, a Justiça deverá se manifestar acerca do que foi abocanhado ilegalmente (STJ. REsp. nº 1.105.059/SP. Segunda Turma. Min. relatora: Eliana Calmon. Julgamento: 24/8/2010. DJe: 2/2/2011).

A Primeira Seção do STJ julgou, em 13 de dezembro de 2010, sob a relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, os Embargos de Divergência no REsp. nº 662.844/SP, em que se alegava a divergência entre decisão da Segunda Turma em relação à Primeira Turma quanto à prescrição da pretensão para o ressarcimento de dano não decorrente de improbidade administrativa em sede de ação civil pública.

A Primeira Seção fixou o entendimento de que a pretensão de ressarcimento de danos ao erário não decorrente de ato de improbidade prescreve em cinco anos, conforme ementa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL DE RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO NÃO DECORRENTE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. 1. A pretensão de ressarcimento de danos ao erário não decorrente de ato de improbidade prescreve em cinco anos. 2. Embargos de divergência acolhidos (STJ. EREsp. nº 662.844/SP. Primeira Seção. Min. relator: Hamilton Carvalhido. Julgamento: 13/12/2010. DJe: 1/2/2011).

A Segunda Turma do STJ julgou, em 21 de junho de 2016, sob a relatoria da Ministra Diva Malerbi, o Agravo Regimental no REsp. nº 1.472.944/SP, que pretendia destravar recurso sobre ressarcimento de dano ao erário decorrente da prática de atos de improbidade administrativa.

A Turma manteve o entendimento de que a pretensão de ressarcimento de danos ao erário decorrente de ato de improbidade é imprescritível, destacando que o STF limitou-se, quando julgou o RE 669.069/MG, à análise da prescritibilidade das ações civis, conforme ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE.

1. De acordo com a jurisprudência do STJ, é imprescritível a ação de ressarcimento ao erário decorrente da prática de atos de improbidade administrativa. 2. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 669.069/MG, submetido ao

regime da repercussão geral, limitou-se à análise da prescritibilidade das ações civis, explicitando que a orientação contida no julgamento não se aplica ao ressarcimento dos danos ao erário decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ. REsp. 1.472.944/SP. Segunda Turma. Ministra relatora: Diva Malerbi. Julgamento: 21/6/2016. DJe: 28/6/2016).

A jurisprudência do STF sobre o assunto começou a delinear-se com o julgamento do MS 26.210-9/DF, que interpretou que a ressalva do § 5º do art. 37 da CF estabelece a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento por danos ao erário, porém, sem efeito vinculante.

Esse entendimento mudou com o julgamento do RE 669.069/MG, quando o STF excluiu a incidência da imprescritibilidade para pretensões decorrentes de ilícitos de natureza civil.

Após o julgamento do RE 669.069/MG, o STF declarou repercussão geral de dois outros recursos extraordinários, o RE 852.475, que trata de ato de improbidade administrativa, e o RE 636.886/AL, que trata de decisão de Tribunal de Contas.

O julgamento do RE 669.069/MG excluiu a incidência da imprescritibilidade os ilícitos civis em geral. O julgamento, em sede de repercussão geral, fixou a tese de que os ilícitos civis não são albergados pela ressalva constitucional. Essa tese, contudo, tem caráter restrito, não alcançando atos de improbidade administrativa nem decisões do TCU, haja vista o STF ter julgado posteriormente haver repercussão geral para os RE 852.475/SP e 636.886/AL pendentes de apreciação do mérito. A ementa segue abaixo transcrita:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento (STF. RE 669.069/MG. Min. relator: Teori Zavascki. Julgamento: 3/2/2016. DJe: 082, de 28/4/2016. p. 1.).

Esse julgamento referia-se a um acidente de trânsito entre um ônibus e uma viatura da Marinha do Brasil ocorrido no ano de 1997, sendo que a ação de ressarcimento foi proposta no ano de 2008.

O Min. Teori Zavascki, relator do processo, afirmou que a pretensão de ressarcimento fundamentava-se em ilícito civil que causou prejuízo ao erário, mas que não revelava elevada

reprovabilidade, nem se mostrava atentatória aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública.

Assim se posicionou Teori Zavascki, em parte de seu voto:

Essa ressalva final do texto normativo deu margem à instalação de um impasse dogmático a seu respeito. Uma das linhas de entendimento é essa sugerida pelo recurso, que, fundado em interpretação literal, atribui à ressalva constitucional a consequência de tornar imprescritível toda e qualquer ação de ressarcimento movida pelo erário, desde que o dano reclamado decorra de algum ilícito, independentemente da natureza dessa ilicitude. [...] Ora, se fosse nesse amplíssimo sentido o conceito de ilícito anunciado no § 5º do art. 37 da CF, estaria sob a proteção da imprescritibilidade toda e qualquer ação ressarcitória movida pelo Erário, mesmo as fundadas em ilícitos civis que sequer decorrem de dolo ou culpa. A própria execução fiscal seria imprescritível, eis que a não satisfação de tributos ou de outras obrigações fiscais, principais ou acessórias, certamente representa um comportamento contrário ao direito (ilícito, portanto) e causador de dano. Essa visão tão estremada certamente não se mostra compatível com uma interpretação sistemática do ordenamento constitucional. Mesmo o domínio jurídico específico do art. 37 da Constituição, que trata dos princípios da administração pública, conduz a uma interpretação mais restrita. [...] não é adequado embutir na norma de imprescritibilidade um alcance ilimitado [...] O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal. (STF, RE 669.069/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, Dje 03.02.2016).

Uma questão levantada durante as discussões foi a eventual necessidade de uma condenação por improbidade administrativa para possibilitar a ação de ressarcimento a qualquer tempo, porém, o dispositivo da sentença limitou-se ao caso concreto, de um ilícito civil.

O Min. Dias Toffoli, em voto-vista parcialmente divergente, destacou que a ressalva no § 5º, in fine, do art. 37, da CF, deve ser interpretada restritivamente, porém concluiu que o Constituinte optou pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento, assim como optou por tornar imprescritíveis a prática de racismo (art. 5º, inciso XLII); a ação de grupos armados, civis ou militares,

contra a ordem constitucional ou o Estado democrático (art. 5º, inciso XLIV); e os bens imóveis estatais (arts. 183, § 3º e 191, parágrafo único).

Em sentido contrário à prescritibilidade, o voto do Min. Edson Fachin consignou que a Constituição não excluiu da imprescritibilidade os ilícitos civis, não sendo possível excluir por interpretação e destacou, ainda, que a Constituição optou pela imprescritibilidade em outras situações.

O Min. Edson Fachin afirmou, ainda, que a distinção entre os ilícitos sujeitos ou não à prescrição contrapõe-se ao princípio da segurança jurídica, pois o texto constitucional expressou o ideal republicano ao estabelecer a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de prejuízos ao erário. Outrossim, Min. Edson Fachin defendeu que a tutela da coisa pública fica prejudicada pela limitação do dispositivo a determinados atos, pois suscita dúvidas sobre a necessidade de condenação que, por sua vez, tornaria inócuo o dispositivo.

Por fim, o Min. Edson Fachin propôs a seguinte tese:

A imprescritibilidade da pretensão ao ressarcimento ao erário prevista no art. 37, § 5º da Constituição da República, alcança todo e qualquer ilícito, praticado por agente público, ou não, que cause prejuízo ao erário (STF. RE 669.069/MG. Min. relator: Teori Zavascki. Julgamento: 3/2/2016. DJe: 082, de 28/4/2016).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, tratou do tema no Recurso Extraordinário (RE 852475), onde reconheceu a existência de repercussão geral:

Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. 1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, em face de agentes públicos, em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa. 2. Repercussão geral reconhecida (STF. RE 852.475/SP. Min. relator: Teori Zavascki. Julgamento: 19/5/2016. DJe: 108, de 27/5/2016. p. 1).

Nesse julgamento, o STF proferiu decisão favorável a aplicabilidade do disposto no artigo 37, §

5º da CF/88. O relator, Ministro Teori Zavascki, assinalou que, no RE 669069, de sua relatoria, o STF reconheceu a repercussão geral da matéria, mas, no julgamento do mérito, firmou-se a tese de que é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, não alcançando, portanto, as ações decorrentes de ato de improbidade:

Em face disso, incumbe ao Plenário pronunciarse acerca do alcance da regra do § 5º do artigo 37 da Constituição, desta vez especificamente quanto às ações de ressarcimento ao erário fundadas em atos tipificados como ilícitos de improbidade administrativa (STF. RE 852.475/SP. Min. relator: Teori Zavascki. Julgamento: 19/5/2016. DJe: 108, de 27/5/2016. p. 1).

Nesse sentido, O STF fixou a seguinte tese para fins de repercussão geral:

São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (STF. Plenário. RE 852475/SP, Rel. orig. Min. Alexandre de Moraes, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 08/08/2018)

Vale ressaltar que o placar de votação foi bem apertado, com resultado de 6 x 5 em favor da tese vencedora. Votaram pela prescritibilidade: Alexandre de Moraes; Dias Toffoli; Ricardo Lewandowski; Gilmar Mendes; e Marco Aurélio. Votaram pela imprescritibilidade: Edson Fachin; Rosa Weber; Cármen Lúcia; Celso de Mello; Luiz Fux; e Roberto Barroso.

Uma peculiaridade está no fato de que os Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso inicialmente votaram em favor da prescritibilidade. Ocorre que uma semana depois, revisaram o posicionamento e alteraram o entendimento, votando em favor da tese da imprescritibilidade.

Nesse sentido, o STF entendeu que as ações de ressarcimento ao erário envolvendo atos de improbidade administrativa são imprescritíveis. No entanto, o Tribunal fez uma “exigência” a mais que não está explícita no art. 37, § 5º da CF/88. O Supremo afirmou que somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento envolvendo atos de improbidade administrativa praticados dolosamente.

Assim, se o ato de improbidade administrativa causou prejuízo ao erário, mas foi praticado com CULPA, então, neste caso, a ação de ressarcimento será prescritível e deverá ser proposta no prazo do art. 23 da LIA.

3 Método da pesquisa

Para atingir os fins dessa investigação, foi utilizada uma análise qualitativa, além da bibliográfico-descritiva, em consulta a doutrinas específicas em direito em matéria administrativa, constitucional e cível, buscando a concretude do presente tema.

O método empregado na pesquisa foi o hipotético-dedutivo, fazendo proveito de estudos que levaram a questionamentos-chaves sobre um problema, suas causas, e as prováveis soluções para o mesmo.

Foi feito o uso da técnica de documentação indireta, através de livros, artigos científicos, jurisprudências e da legislação específica.

4 Conclusão/Considerações

Assim, conclui-se que a Suprema Corte no julgamento do RE 852475, em sede de repercussão geral, dirimiu a questão atendendo o disposto na Constituição Federal que põe a salvo a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa.

Neste sentido, em verdade, a redação dada pela Constituição Federal deixa claro que a lei estabelecerá prazos de prescrição de atos de improbidade que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as ações de ressarcimento.

Assim, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), disciplinou a prescrição das sanções previstas em seu artigo 12, mas não estabeleceu prazo prescricional para ações de ressarcimento ao erário, ou seja, não estabeleceu nenhum prazo prescricional para ações de reparação de danos decorrente de ato de improbidade.

Entende-se, portanto, pela obediência do disposto no § 5º do artigo 37 da Constituição Federal que claramente dispôs a imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário, decorrente de ilícitos praticados por qualquer agente, servidor público ou não.

A imprescritibilidade de uma ação no âmbito do Direito Público justifica-se quando há a infringência dos princípios bases que norteiam a atividade pública, tal como o princípio da moralidade, afetando diretamente os cofres públicos. Desta forma, e diante da imperativa necessidade de garantir o postulado da segurança jurídica é que, segundo a jurisprudência, as ações de ressarcimento ao erário oriundas de ilícitos civis são prescritíveis, reservando-se a imprescritibilidade às ações de ressarcimento ao erário originadas por ato de improbidade administrativa.

Assim, resta claro que a ressalva do art. 37, §5º, da CF, deve ser interpretada em conjunto com o artigo antecedente (art. 37, §4º, da CF), o qual trata das sanções aplicáveis ao ato de improbidade administrativa. A regra da imprescritibilidade existe para proteção do patrimônio público em face de todos e são os atos ímprobos que afetam diretamente os cofres públicos, envolvendo o interesse de toda a sociedade.

Desta forma, em que pese toda a construção jurisprudencial e doutrinária pela aplicação do prazo prescricional previsto no Código Civil, o Supremo Tribunal Federal, pacificou a questão controvertida, entendendo pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário e, conseqüente, aplicação do texto constitucional (art. 37, § 5º).

Destarte, o presente artigo, debruçando-se sobre a jurisprudência majoritária e sobre o entendimento exposto no RE 852475, vem acolher a tese que define a imprescritibilidade das ações de ressarcimento envolvendo atos de improbidade administrativa praticados dolosamente e a prescricibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário oriundas da prática de ilícitos civis.

Nesse sentido, conclui-se que essa decisão produzirá um impacto muito relevante no que se refere a recuperação dos valores desviados nos delitos de improbidade administrativa, haja vista que muitas vezes esses crimes prescreviam e não havia o ressarcimento ao erário. Todos esses valores recuperados poderão servir para efetivação de políticas públicas nas áreas da saúde, educação, segurança, entre outras. Portanto, essa decisão contribuirá para efetivação de várias políticas públicas.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 de janeiro de 2019.

_____. Lei nº 8.249, de 02 de junho de 1992. **Lei de Improbidade Administrativa**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 de janeiro de 2019.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 764278 SP**. Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 22/04/2008. JusBrasil, 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7087762/recurso-especial-esp-764278-sp-2005-0106904-0/inteiro-teor-12830088?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **REsp. nº 1.105.059/SP**. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgamento: 24/8/2010. DJe: 2/2/2011. JusBrasil, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19110235/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-esp-1120117-ac-2009-0074033-7/inteiro-teor-19110236?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1.472.944/SP**. Rel. Ministra Diva Malerbi, Segunda Turma, DJe de 28.6.2016. JusBrasil, 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/51453304/2/recurso-especial-esp-1687349-al-2017-0181645-6/inteiro-teor-514533052>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2019.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **EREsp. nº 662.844/SP**. Primeira Seção. Min. relator: Hamilton Carvalhido. Julgamento: 13/12/2010. DJe: 1/2/2011. JusBrasil, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4151454/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-esp-662844-sp-2004-0086430-7/inteiro-teor-12211789>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

_____, Supremo Tribunal Federal. **EDcl no RE 669.069/MG**. Rel. Min. Teori Zavascki, ac. 16.06.2016, DJe 30.06.2016. JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25137294/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-re-669069-mg-stf-inteiro-teor-124629207?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

_____, Supremo Tribunal Federal. **RE 852.475/SP**. Min. relator: Teori Zavascki. Julgamento: 19/5/2016. DJe: 108, de 27/5/2016. Brasília, DF; Diário da Justiça. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 14 de janeiro de 2019.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASTRO, João Monteiro de. **Imprescritibilidade da responsabilidade civil do ilícito prejudicial ao erário por ato culposo de agente público**. In: CIANCI, Mirna (Coord.). **Prescrição no Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 5ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prescrição e decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.