

DA PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

HASS, Adriane¹
HOFFMANN, Eduardo²
BIANCONI, Viviana³

RESUMO

O presente estudo trata da discussão sobre a ocorrência da prescrição nas ações de ressarcimento por atos de improbidade administrativa. Assevera-se que, embora o Ministério Pùblico tente manter a tese de que tal ação seria imprescritível, não é este o melhor entendimento que deve prosperar. Dessa forma, admite-se a prescrição da ação de ressarcimento por atos de improbidade administrativa, para se garantir a segurança jurídica. Verifica-se ainda, qual o prazo para prescrição da referida ação deve ser aplicado, se o da lei geral (Código Civil), que dispõe prescrever em três anos o prazo para ações de reparação civil, ou, se o da lei especial, qual seja a Lei da Ação Popular, que prevê um prazo maior de cinco anos, considerando a lacuna da Lei da Ação Civil Pública. Neste caso, por analogia, deve-se acolher que a ação de ressarcimento por atos de improbidade administrativa prescreve no prazo de cinco anos, por aplicação analógica da Lei da Ação Popular, entendimento este já consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, através da doutrina e jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Prazo prescrição – ações – improbidade administrativa – ressarcimento danos.

PRESCRITIBILIDADE OF SHARES OF REMEDY FOR ACTS OF ADMINISTRATIVE DISHONESTY

ABSTRACT

The present study deals with the discussion of the occurrence of the prescription claims for reimbursement for acts of improper conduct. Asserts that while prosecutors try to keep the thesis that such action would be imprescriptible, this is not the best understanding shall prosper. Thus, it is assumed to prescription action for compensation for acts of improper conduct, to ensure greater legal certainty. There is still time for which the prescription of such action must be applied, if the general law (Civil Code), which provides prescribe in three years the period for civil actions for remediation, or, if the special law, which is the Law of Popular Action, which provides for a longer period of five years, considering the gap of the Law of Public Civil Action. In this case, by analogy, one must accept that the action for compensation for acts of administrative dishonesty and prescribes, within five years, by analogical application of the Law of Popular Action, understanding this already consolidated in Brazilian legal system, through the doctrine and jurisprudence.

KEYWORDS: Term prescription - actions - administrative misconduct - injury compensation.

1 INTRODUÇÃO

A prescrição prevista no ordenamento jurídico é fato natural, tendo como consequência a extinção da pretensão ao exercício da ação, por decorrência do tempo.

Sua previsão garante uma maior segurança jurídica, a medida que não deixa à disposição da parte lesada exercer o seu direito em qualquer momento, mas sim, dentro do prazo prescrito para o seu exercício (pois já diz o brocado jurídico: o direito não socorre os que dormem), embora hajam alguns direitos que a própria lei, expressamente declara como sendo imprescritíveis.

Com relação à ação para ressarcimento de danos causados por atos de improbidade administrativa, o Ministério Pùblico deseja manter o entendimento que tal ação seria imprescritível, fazendo uma interpretação ao art. 37, § 5º da Constituição Federal.

Assim, pretende analisar se é viável manter este entendimento, autorizando aos legitimados ajuizar ação contra determinado agente que cometeu ato de improbidade administrativa, vinte, trinta, cinqüenta anos atrás, ou ainda, ad eternum.

Desta forma, o presente estudo analisará se a referida ação é prescritível, e qual o prazo que à ela se aplicaria, em vista que existem dois entendimentos diversos, um permitindo a aplicação do prazo previsto no Código Civil, de três anos, e outro, que analisa ser autorizado o prazo da Lei da Ação Popular, de cinco anos.

¹ Mestre em Direito Processual Civil e Cidadania. Professora da Faculdade Assis Gurgacz (FAG). Advogada no Paraná.

² Mestre em Direito Processual Civil e Cidadania. Professor das Faculdades Assis Gurgacz (FAG) e Sul Brasil (FASUL). Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Toledo e Advogado no Paraná.

³ Mestre em Direito Processual Civil e Cidadania. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Assis Gurgacz (FAG). Advogada no Paraná.

2 PRESCRIÇÃO

A prescrição é entendida como a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo.⁴ Ou, conforme assinalava Pontes de Miranda, que esta se trata da exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação.⁵

A este respeito, Miguel Reale já apontava um problema terminológico. Afirmava que, necessário se fazia saber se prescreve a ação ou a pretensão, conforme constante do conceito de Pontes de Miranda, afirmando, por fim, que, após amadurecidos estudos, preferiu-se a segunda solução, por ser considerada a mais condizente com o Direito Processual contemporâneo, que de há muito superou a teoria da ação como simples projeção de direitos subjetivos.⁶

O Código Civil de 1916, não trazia qualquer dispositivo quanto ao conceito da prescrição. Este apenas enunciava nos artigos 177 e 178 que as ações pessoais prescrevem ou então de que prescreve em determinado prazo a ação, por exemplo, dos advogados para cobrança de seus honorários.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 11 de setembro de 1990, é que parece ter sido adotado pela legislação nacional o conceito de que a prescrição extingue a pretensão, conforme expressamente consta do artigo 27 deste diploma legal.⁷

Posteriormente, com o Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, é que ficou consagrado de que a prescrição fulmina a pretensão e não a ação propriamente dita, conforme é a redação do artigo 189⁸, quando se ultrapasse o lapso temporal descrito nos artigos 205 e 206, e desde que não estejam presentes quaisquer das causas de suspensão ou interrupção da prescrição, a teor dos artigos 197 a 204 do Código Civil.

Há de se ressaltar que o fundamento da prescrição, é de que esta serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações⁹.

O seu maior fundamento está na garantia da pacificação social, não sendo razoável que, para a preservação do sentido de estabilidade social e segurança jurídica, haja o estabelecimento de relações jurídicas perpétuas, que podem obrigar, sem limitação temporal, outros sujeitos, à mercê do titular.¹⁰

Neste sentido já explicava Câmara Leal que, não é, pois contra a inércia do direito, mas contra a inércia da ação, que a prescrição age, com o fim de restabelecer a estabilidade do direito, fazendo desaparecer o estado de incerteza resultante da perturbação, não removida pelo seu titular.¹¹

Assim, para se proteger a segurança jurídica e a certeza no ordenamento jurídico, há limitação de tempo para exigibilidade e exercício dos direitos subjetivos, com fixação de prazos de acordo com a função de cada direito.¹²

A função precípua da prescrição foi exatamente extinguir as ações, sendo ela criada como medida de ordem pública, para que a instabilidade do direito não viesse a perpetuar-se, com sacrifício da harmonia social, que é a base fundamental do equilíbrio sobre que se assenta a ordem pública.¹³

Neste sentido, modernamente, há consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido de explicá-la por interesses de ordem social¹⁴, isto é, no sentido de conferir segurança jurídica, em vista da consolidação das situações pelo decurso do tempo, ou então, ainda, pela necessidade de procurar uma prova de liberação de um devedor que pagou, mas não recebeu a quitação ou a perdeu.¹⁵

⁴ CÂMARA LEAL, Antônio Luiz. Da prescrição e decadência. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 12.

⁵ PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo VI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 100.

⁶ REALE, Miguel. O projeto do Novo Código Civil. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 68.

⁷ Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 12.9.1990 - Retificado no DOU de 10.1.2007

⁸ 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.

⁹ PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo VI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 100.

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil (abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 475.

¹¹ CÂMARA LEAL, Antônio Luiz. Da prescrição e decadência. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 10. A este respeito ainda comenta o autor que: quatro são os elementos integrantes, ou condições elementares da prescrição: 1º – existência de uma ação exercitável (actio nata); 2º – inércia do titular da ação pelo seu não-exercício; 3º – continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo; 4º – ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional. (p. 11).

¹² AMARAL, Francisco. Direito civil – introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 561.

¹³ CÂMARA LEAL, Antônio Luiz. Da prescrição e decadência. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 15.

¹⁴ Neste sentido, confira-se: Este entendimento de afastar a prescrição por tempo indefinido se assenta no princípio de que deve haver um momento de estabilidade jurídica, geradora da paz social, que é o objetivo primordial do Poder Judiciário, e esta estabilidade, em termos de prescrição da ação de cobrança do crédito tributário, se assenta no art. 174, fixada em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva, só interrompida nas hipóteses que enumera no seu parágrafo único, não incluídas nestas a do art. 40 da Lei n. 6.830/80. (RSTF 17/359).

¹⁵ CAHALI, Yussef Said. Prescrição e decadência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 18.

3. FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DNAS AÇÕES POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargos na administração pública, quando trata da prescrição a faz levando em consideração o sujeito passivo.

Neste sentido é que o art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa assevera que as ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas, para àqueles no exercício de mandato, cargo em comissão ou de função de confiança, no prazo de até cinco anos após o término do respectivo, na forma do inciso I.

Neste ponto, em específico é necessário apontar que o Superior Tribunal de Justiça, fixou jurisprudência no sentido que o termo inicial do prazo prescricional da ação de improbidade administrativa, no caso de reeleição de prefeito, se aperfeiçoa após o término do segundo mandato, justificando que, no caso de reeleição, após o término do segundo mandato, pois que, nesse caso, há continuidade do exercício da função de Prefeito, por inexigido o afastamento do cargo.¹⁶

Conquanto àqueles que possuam cargo efetivo ou emprego, pode-se propor ação dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, conforme dispõe o inciso II do artigo 23 da referida lei.

Ressalte-se ainda que, no caso de pessoas físicas particulares autoras ou beneficiárias da apontada conduta ímpresa, que não têm a investidura em cargo público, a prescrição da ação para aplicação das respectivas sanções, se opera a partir da data do suposto ato ímpreso.¹⁷

Fixadas estas premissas iniciais, mas indispensáveis ao cerceamento do tema em estudo, analisa-se, portanto, a prescritibilidade das ações de improbidade administrativa.

4 DA PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DECORRENTE DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A prescrição é princípio universal, formulado em benefício da paz social e da segurança judicial, como supra referido. É por isso que todas as pretensões estão sujeitas à prescrição, e alguns direitos, sujeitos à decadência. A esse propósito, o STF já decidiu que a regra é a da prescritibilidade.¹⁸

Ao contrário do que os membros do Ministério Público vêm argumentando nas ações de improbidade administrativa, isto é, que ao lado das condutas censuradas pelo artigo 12 da LIA, remanesce o direito **imprescritível** de ser cobrado dos requeridos o ressarcimento ao erário do dinheiro por eles desviado, tem-se que a pretensão neste sentido não pode prosperar.

A fundamentação utilizada pelo parquet é oriunda de uma interpretação equivocada do disposto no § 5º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o qual disciplina:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedece 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.

Preconiza-se que em vista da palavra ressalvadas contida na parte final do § 5º do art. 37, estaria exclusa de qualquer prescrição à ação de ressarcimento contra aqueles que causem prejuízo ao erário. Contudo, cabe demonstrar o engano de tal entendimento.

A utilização de dita palavra gera tão somente uma indefinição semântica, pois que, não tem um significado preciso. Indica unicamente a existência de uma distinção entre a prescrição das ações punitivas e a prescrição das ações de ressarcimento.

A norma em apreço, quando de sua elaboração, isto é, há mais de vinte anos, tinha como escopo distinguir que a prescrição do ilícito não acarreta a prescrição da pretensão de reparação.

Naquele momento, a prescrição das ações de reparação civil, sob o manto do Código Civil de 1916, era de 20 anos, ao cabo que a prescrição das infrações administrativas era de no máximo 05 anos. Deste modo, quis distinguir que a reparação derivada de ato ilícito não é uma penalidade, mas apenas uma indenização, de cunho reparatório civil.

¹⁶ REsp 1153079/BA, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010.

¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Ação civil pública e ação de improbidade administrativa. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 569.

¹⁸ REsp 727.131/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 23/04/2008.

Da prescritibilidade das ações de ressarcimento por atos de improbidade administrativa

Decorre então, que a interpretação que deve ser dada a norma constitucional, é que esta apenas buscou esclarecer uma situação, deixando explícita a incomunicabilidade das prescrições disciplinar e reparatória, pois após o prazo prescricional de cinco anos, haveria mais quinze dentro dos quais o Estado poderia postular a reparação civil pelo ilícito.¹⁹

Neste sentido, a ressalva não gera a imprescritibilidade, mas apenas explicita que não há uma relação causal entre a punibilidade do ilícito e a exigibilidade da indenização, interpretação essa que é plenamente condizente com a distinção entre o direito de punir e o dever de reparar.

Este é o entendimento prevalente, isto é, de que as ações de ressarcimento por improbidade administrativa são prescritíveis.

Ademais disso, se fosse de se considerar como imprescritível a punição dos atos ditos ímparobos, a própria Constituição Federal de 1988, assim teria feito, como nos demais casos. Ora, quando o legislador Constituinte quis expressamente deixar claro que se tratava de ato imprescritível assim o fez em outros casos. Confira-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e **imprescritível**, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

(...)

XLIV - constitui crime inafiançável e **imprescritível** a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

(...)

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, **imprescritíveis**.

Entender de modo diverso é afrontar a própria Constituição Federal de 1988. É violar a segurança jurídica, perturbando toda a sociedade e postergando demandas injustificadas no decorrer do tempo.

Portanto, se o legislador tivesse optado pela imprescritibilidade, este expressamente incluiria a situação no texto legal, sob pena de interpretação extensiva a várias outras situações de violação do direito subjetivo, mas que não possuem literalmente o prazo fixado em lei.

Ademais, se a interpretação pela imprescritibilidade prosperasse, a disposição do art. 205 do Código Civil seria inócuia, quando dispõe sobre o prazo de dez anos para ocorrência da prescrição, quando a lei não fixar prazo menor para o exercício do direito subjetivo.

Desta forma, o entendimento pela prescritibilidade das ações decorrentes de atos de improbidade administrativa deve prevalecer.

5. PRAZO PRESCRICIONAL DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO DECORRENTES DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ao que se vê, a doutrina e a jurisprudência duelam pela aplicação de prazos prescricionais distintos às ações de ressarcimentos por ato improbidade administrativa, oriundos ainda, de sistemas diversos.

De um lado, nota-se no Tribunal de Contas da União pela aplicação do prazo inscrito no Código Civil e de outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, pela aplicação do prazo contido na lei da ação popular.

Para tanto, os dois prazos e formas de aplicação são abaixo delineados, pontuando-se ainda, qual seria o prazo que merece ser aplicado ao caso em estudo.

5.1 APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL: PRAZO DE TRÊS ANOS

Tema corrente no Tribunal de Contas da União é exatamente a prescrição das ações de ressarcimento decorrentes de supostos atos de improbidade administrativa.

Tal Corte diuturnamente tem decidido ser inconcebível em nosso ordenamento jurídico a tese da imprescritibilidade dessas ações, como quer fazer crer o Ministério Público, sendo que tal tema, vem sendo há muito tempo esclarecido pelo TCU.

¹⁹ COSTA, Alexandre Araújo. COSTA, Henrique Araújo. A prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário no âmbito do TCU. Extraído de <http://www.arcos.org.br/artigos/a-prescricao-da-pretensao-de-ressarcimento-ao-erario/> em 12.01.2010, às 19h28m.

Da prescritibilidade das ações de ressarcimento por atos de improbidade administrativa

Neste viés, confira-se o voto precursor de tal entendimento naquele Tribunal, elaborado pelo Ministro Adhemar Paladini Ghisi, no acórdão nº 8/1997 da 2ª Câmara, quando em vigor o Código Civil de 1916:

(...) 3. Parece-me claro inexistir a alegada prescrição, não em função da "imprescritibilidade em favor do Erário", consoante defendido nos pareceres, mas em face da prescrição vintenária estabelecida no art. 177 do Código Civil. Aliás, entendo necessário tecer algumas considerações acerca do tema, em face da crescente utilização da tese da "imprescritibilidade" no seio desta Casa. 4. De fato, o estudo da legislação e da doutrina demonstram que a imprescritibilidade em favor do Erário, capitaneada no passado por Clóvis Beviláqua, não se apresenta como a tese mais aceita no meio jurídico, e que, ao contrário, o princípio da prescritibilidade das ações que competem ao Estado, como pessoa jurídica, é antiquíssimo. (...) 9. De fato, tal interpretação encontra-se estritamente vinculada ao comando inserido no art. 179 do Código Civil, que rege que os casos de prescrições que nele não estejam expressamente previstos serão regulados, quanto ao prazo, pela regra geral do já mencionado art. 177 (prescrição vintenária para ações pessoais e decenal para as ações reais). (...) 12. Assim, feita esta breve preleção, como regra chega-se ao seguinte corolário, no que tange ao binômio prescrição/Estado: a) as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim de toda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, sujeitam-se à prescrição quinquenal; b) as dívidas ativas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim toda e qualquer ação movida pela Fazenda federal, estadual ou municipal, regem-se pela prescrição vintenária; c) as dívidas ativas ou passivas da União, dos Estados e dos Municípios, não sujeitas às prescrições ordinárias ou gerais elencadas nas alíneas "a" e "b" supra, sujeitam-se às denominadas prescrições especiais ou mais curtas, disciplinadas em legislações próprias e específicas.

Desde então, este é o entendimento adotado pelo TCU. Confira-se, excerto extraído do acórdão 61/2003 do Plenário:

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

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

Conforme entendimento do TCU, não se pode diante de uma lacuna legislativa pregar pela imprescritibilidade da ação de ressarcimento decorrente de ato de improbidade administrativa. Deve-se, sim, aplicar subsidiariamente às normas da lei civil.

Decorrencia da aplicação das normas de direito civil é que relativamente ao tratamento das ações de reparação civil, sob a égide do novo Código Civil de 2002, houve uma drástica redução do prazo prescricional, sendo este reduzido do antigo prazo vintenário para o atual prazo de três anos, conforme infirma o artigo 206, § 3º inciso V.²⁰

Assim, embora não haja disposição literal acerca da prescrição da ação de ressarcimento de danos causados ao erário público, faz-se uma interpretação analógica ao art. 206, § 3º inciso V do Código Civil, que prevê o prazo de três anos para a ocorrência da prescrição em casos de pretensão reparatória civil.

Deste modo, o primeiro entendimento que se tem, é que estará prescrita qualquer pretensão quanto ao ressarcimento por danos causados ao erário, no prazo de três anos, ressalvados os casos de aplicação da regra de transição do art. 2.028 do Código Civil²¹.

5.2 APLICAÇÃO DA LEI DA AÇÃO POPULAR: PRAZO DE CINCO ANOS

Consta no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição, e, de forma primária, é colocado à disposição de qualquer cidadão a possibilidade de promover ação de anulação de atos lesivos ao patrimônio público.

Neste sentido, é o artigo 1º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a Ação Popular. Fixa, de início, que qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios.

De forma subsidiária, isto é, caso não proposta a ação tendente a anular ato lesivo por qualquer cidadão, tem-se a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 que disciplina a ação civil pública. Esta, a seu turno elege uma gama de

²⁰ Art. 206. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) V - a pretensão de reparação civil;

²¹ Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

legitimados²² à propor Ação Civil, em face de uma série de atos, dos quais, – apenas para averbar – não se encontram os atos de improbidade administrativa.²³

Tem-se como decorrência lógica a aplicação dos preceitos da Lei da Ação Popular à Ação Civil Pública, e isto reconhecidamente pela doutrina e jurisprudência. Tanto é assim, que o próprio artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública dispõe que esta será proposta de forma subsidiária, ou seja, após a ação popular, ou, como prega a norma, sem prejuízo da ação popular.

Neste sentido, o Ministro Luiz Fux, quando atuava no STJ, já decidia:

A Ação Civil Pública, consoante cediço, 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 microssistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Civis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, por quanto ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio.²⁴

Por este fundamento, é que, parece superado o prazo estatuído no Código Civil, isto é, de três anos. É mais condizente, o prazo prescricional da Ação Popular, isto é, prazo de cinco anos (Lei nº 4.717/65, art. 21), para o ajuizamento de eventual ação civil pública para ressarcimento de danos, aplicando-se subsidiariamente tal norma, por ser mais específica, em contraponto com a lei geral (Código Civil).

Ao se argumentar ao contrário é possível que se depare com a hipotética situação: em determinada Comarca é proposta Ação Popular tendente a anular suposto ato ímparo cometido no ano de 2000. Noutra Comarca é proposta Ação Civil Pública tendente anular ato idêntico, ocorrido no mesmo dia. Em vista da legitimidade de ambos, poder-se-ia chegar ao esdrúxulo caso, de que, na primeira ação (Popular) o prazo para anular é de 05 anos, ao cabo que na segunda ação (Civil Pública) o prazo é de vinte anos. Ora, o ato atacado é idêntico. A forma de propositura é que foi diversa, deste modo, não se pode em sã consciência admitir-se que o ato é imprescritível ou então de que a prescrição é de vinte anos, pela aplicação do Código Civil de 1916.

Admitir tal situação é criar insegurança jurídica e atentar contra a solidez das instituições públicas nacionais. A lógica é que o prazo a ser considerado é idêntico, ou seja, o prazo será de cinco anos.

Ainda, nem se pode querer cogitar da inaplicabilidade de tal prazo, em vista da ausência de tratamento normativo específico. É que se deve dar uma interpretação analógica ao sistema. Esta é a regra do artigo 4º do Decreto-lei nº 4.657/42, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que dispõe que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Para superar-se a lacuna existente na Lei da Ação Civil Pública, deve-se partir da analogia, a qual consiste em aplicar a hipótese não prevista especialmente em lei, disposição relativa a caso semelhante.²⁵

Tércio Sampaio Ferraz Junior aponta que o uso da analogia, no direito,

(...) funda-se no princípio geral de que se deve dar tratamento igual a casos semelhantes. Segue daí que a semelhança deve ser demonstrada sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, supondo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças. Demonstrada a semelhança entre dois casos, o intérprete percebe, simultaneamente, que um não está regulado e aplica a ele a norma do outro. A analogia permite constatar e preencher a lacuna.²⁶

E, para a hipótese em comento, a disposição que mais se assemelha à hipótese, é a da Ação Popular (Lei nº. 4.717/65), pois que em seu art. 21, dispõe que a ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos. Neste mesmo sentido é o entendimento de Hely Lopes Meirelles:

Apesar das diferenças entre as ações civis públicas e as ações populares, que não podem ser desprezadas, é inegável, porém, que ambas fazem parte de um mesmo sistema de defesa dos interesses difusos e coletivos. As regras aplicáveis a ambas, assim, devem ser compatibilizadas e integradas numa interpretação sistemática. Dentro

²² Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. § 1º O Ministério Público, se não interviver no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. § 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. § 4º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. § 5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

²³ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - à ordem urbanística; IV - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; V - por infração da ordem econômica e da economia popular; VI - à ordem urbanística.

²⁴ REsp 406.545/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2002, DJ 09/12/2002 p. 292.

²⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: parte geral. 28ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1, p. 39.

²⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 302.

desse esforço de aproximação e coordenação das duas modalidades de ações, e em virtude do silêncio da Lei n.º 7.347/85, é de se ter como aplicável às ações civis públicas, por analogia, o prazo prescricional de cinco anos previsto para as ações populares.²⁷

Acerca do bem jurídico tratado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que da mesma forma que a ação popular e o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública refoge aos esquemas tradicionais do direito de ação, estruturado para proteger o direito subjetivo, o direito individual. Nestas três hipóteses, o que se protege são os interesses metaindividualizados, os chamados interesses públicos, que abrangem várias modalidades, como o interesse geral, afeto a toda a sociedade; o interesse difuso, pertinente a um grupo de pessoas caracterizadas pela indeterminação e indivisibilidade; e também os interesses coletivos, que dizem respeito a um grupo de pessoas determinadas e determináveis.²⁸

Por fim, arremata Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior afirmando que, sendo assim, tanto a ação civil pública quanto a ação popular, uma vez que abordem atos de moralidade administrativa, terão similitude de objeto, e igualmente ficarão a mercê das regras de substituição processual. Portanto, o seu tratamento, destarte, deve ser rigorosamente o mesmo, inclusive no tocante aos aspectos prescricionais.²⁹

Para que não restem dúvidas quanto à aplicação analógica aos institutos confira-se que se fazem presentes no presente caso, todos os pressupostos necessários à aplicação da analogia. Como bem observa Maria Helena Diniz:

Requer a aplicação analógica:

- 1 – Que o caso sub judice não esteja previsto em norma jurídica. Isto porque direito expresso ou literal disposição legal não abrange analogia, porque esta dilata a aplicação da lei a casos não declarados por ela, que, por identidade de razão devem submeter-se a ela. A analogia compara, e da semelhança conclui pela aplicação da norma ao caso em tela, sendo, portanto, um processo mental, ao passo que a norma é um imperativo. Se houvesse lei regulando o caso, ter-se-ia interpretação extensiva.
- 2 – Que o caso não contemplado tenha com o previsto, pelo menos, uma relação de semelhança.
- 3 – Que o elemento de identidade entre eles não seja qualquer um, mas sim essencial ou fundamental ou de fato que levou o legislador a elaborar o dispositivo que estabelece a situação a qual se quer comparar a não contemplada. Terá de haver uma verdadeira e real semelhança e a mesma razão entre ambas as situações. Meras semelhanças aparentes, afinidades formais ou identidades relativas a pontos secundários não justificam o emprego da argumentação analógica. Presentes estes três requisitos permitida está a analogia.³⁰

Como se vê, realmente estão presentes todos estes pressupostos, vale dizer: a) a Lei da Ação Civil Pública não faz qualquer referência a prazo prescricional; b) as leis confrontadas são semelhantes, pois visam tutelar os interesses difusos e coletivos (transindividuais); c) as semelhanças entre as leis confrontadas são essenciais.

Em suma, não restam dúvidas de que deve ser aplicado ao caso em estudo, por analogia o prazo de cinco anos da Lei da Ação Popular. Inclusive este é o entendimento majoritário e atual, seguido, pelo STJ:

(...) 2. A Ação Civil Pública e a Ação Popular compõe um microssistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Civis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio. Precedentes do STJ: Resp. n.º 1084916, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, voto-vista vencedor, Julgado em 21/05/2009.³¹

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 166.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 534/535.

²⁹ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de, "A Prescrição das Ações Indenizatórias por Danos Causados ao Erário", Revista IOB de Direito Administrativo, v. 1, n.º 3, março de 2006, p. 112.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 139/40.

³¹ REsp 1089206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009. No mesmo sentido, de se conferir: (...) 2. Destarte, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microssistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Civis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio. Precedentes do STJ: REsp 890552/MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 22.03.2007 e REsp 406.545/SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 09.12.2002. (...) 6. A doutrina do tema assenta que: "Trata o art. 23 da prescrição das ações civis de improbidade administrativa.(...)O prazo prescricional é de 5 anos para serem ajuizadas contra agentes públicos eleitos ou ocupantes de cargo de comissão ou de função de confiança, contados a partir do término do mandato ou do exercício funcional (inciso I).O prazo prescricional em relação aos demais agentes públicos que exerçam cargo efetivo ou emprego público, é o estabelecido em lei específica para as faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público (inciso II).No âmbito da União, é de 5 anos e começa a correr da data em que o fato tornou-se conhecido, não pendendo causa interruptiva ou suspensiva, e dos Estados ou Municípios, no prazo previsto nas leis por eles editadas sobre essa matéria. No caso de particulares acionados por ato de improbidade administrativa, por serem coniventes com o agente público improbo, tendo induzido-os ou concorrendo para a sua prática, entendo eu, que observa a regra dos incisos I ou II, conforme a qualificação do agente público envolvido. (...)" Marino Pazzaglini Filho, in Lei de Improbidade Administrativa Comentada, Atlas, 2007, p. 228-229 7. Sob esse enfoque também é assente que: "(...)No entanto, não se pode deixar de trazer à baila, disposições a respeito da Ação Civil Pública trazidas pela Lei 8.429/92, que visa o controle da probidade administrativa, quando o ato de improbidade é cometido por agente público que exerce mandato, ou cargo em comissão com atribuições de direção, chefia e assessoramento, ou função de confiança. O art. 23 da Lei 8.429/92 dispõe: "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. Nota-se que simplesmente limitar-se a dizer que as ações civis públicas não prescrevem, não nos parece cientificamente correto afirmar, haja vista que o inc. I do art. 23 se refere ao prazo prescricional da Ação Civil Pública, quando o ato

Pelo já todo o exposto, como se vê, o prazo condizente a ser aplicável ao ressarcimento de danos causados ao erário, é o contido na Lei da Ação Popular, isto é, de cinco anos, contados na forma do art. 23, I, da Lei de Improbidade administrativa, após o término de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança.

6 CONCLUSÃO

A ação de ressarcimento por ato de improbidade administrativa é prescritível, embora o Ministério Público tente manter a tese contrária. Aliás, este não é o entendimento que prevalece no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de garantir a segurança jurídica.

O prazo para ocorrência da prescrição neste caso, embora haja lacuna, é tirado de dois entendimentos: um que admite ser o prazo de três anos, previsto no Código Civil, aplicado pelo Tribunal de Contas da União e outro de cinco anos, previsto na Lei da Ação Popular e já aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça.

No presente caso, considerando a aproximação das leis da Ação Popular e da Ação Civil Pública, inclusive com aplicação subsidiária autorizada pelo art. 1º da Lei nº 7.347/1985, e tendo em vista da regra da especialidade prevista para a hipótese, é de se acolher o prazo previsto na Lei da Ação Popular, que estipula ser de cinco anos o prazo para propositura de ação de ressarcimento por atos de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, J. E. A Prescrição das Ações Indenizatórias por Danos Causados ao Erário. **Revista IOB de Direito Administrativo**, v. 1, n.º 3, março de 2006.

AMARAL, F. **Direito civil – introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Lei nº 4.717/1965**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Lei nº 7.347/1985**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Lei nº 8.429/1992**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1153079/BA, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 727.131/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 23/04/2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 406.545/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2002, DJ 09/12/2002 p. 292.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1089206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009.

de improbidade administrativa tiver sido cometido por agente político, exercente dos cargos públicos e funções disciplinadas na citada lei. Em relação aos casos não previstos no artigo acima citado, Mateus Eduardo Siqueira Nunes, citando Hely Lopes Meirelles, que entende que diante da ausência de previsão específica, estariam na falta de lei fixadora do prazo prescricional, não pode o servidor público ou o particular ficar perpetuamente sujeito a sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo. A esse propósito, O STF já decidiu que "a regra é a da prescritibilidade". Entendemos que, quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Dec. 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (lei 6.838/80 e para a cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174)" Fábio Lemos Zanão em Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, RT, 2006, p 33-34 8. A exegese dos dispositivos legais atinentes à questão sub examine conduz à conclusão de que o ajuizamento das ações de improbidade em face de agentes públicos eleitos, ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança, submetem-se ao prazo prescricional de 5 anos, cujo termo a quo é o término do mandato ou do exercício funcional, consoante a ratio essendi do art. 23, inciso I, da Lei 8429/92.(...)REsp 910.625/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 04/09/2008. Também: REsp 727.131/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 23/04/2008.

Da prescritibilidade das ações de ressarcimento por atos de improbidade administrativa

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 910.625/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 04/09/2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 727.131/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 23/04/2008.

CAHALI, Y. S. **Prescrição e decadência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CÂMARA LEAL, A. L. **Da prescrição e decadência.** 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

COSTA, A. A.; COSTA, H. A. **A prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário no âmbito do TCU.** Disponível em <http://www.arcos.org.br/artigos/a-prescricao-da-pretensao-de-ressarcimento-ao-erario/> em 12.01.2010, às 19h28m.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo.** 7^a ed. São Paulo: Atlas, 1996.

DINIZ, M. H. **As lacunas no direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil (abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil).** São Paulo: Saraiva, 2003.

MEIRELLES, H. L. **Mandado de Segurança.** 26^a ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTEIRO, W. B. **Curso de direito civil: parte geral.** 28^a ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo VI.** Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955.

REALE, M. **O projeto do Novo Código Civil.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIZZARDO, A. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa.** Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.