

A imprescritibilidade da ação de regresso prevista no art. 37, § 5º, da constituição federal

Demóstenes Tres Albuquerque

1. INTRODUÇÃO

Muito se tem debatido acerca do alcance da regra constitucional insculpida no § 5º do art. 37 da Constituição Federal, especialmente no que concerne à sua parte final. Nos termos do citado dispositivo, a lei determinará os prazos prescricionais para ilícitos praticados por agente público que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Esta ressalva expressa prevista pelo constituinte originário tem levado diversos autores que trataram do tema a concluir que as ações de regresso da Administração Pública em desfavor do agente causador do prejuízo apurado em decorrência de ilícito são imprescritíveis.

Todavia, a matéria está longe de representar uma uniformidade doutrinária e jurisprudencial. No âmbito dos Tribunais de Contas, por exemplo, verifica-se que a questão não está devidamente consolidada até o momento. A Corte de Contas Federal, por exemplo, apresenta decisões, não poucas, que pugnam pela imprescritibilidade das ações de regresso, recusando as alegações de prescrição sustentada pelas partes, notadamente em processos de Tomada de Contas Especial.

Não é menos significativo, contudo, o número de decisões em que o E. TCU decidiu pela possibilidade de prescrição do direito de agir do Estado para cobrar débito causados por agentes públicos. Mesmo em relação a este entendimento (da prescritibilidade), a situação também é conflituosa no sentido de se saber qual norma prescricional se aplicar. Questiona-se acerca da possibilidade da aplicação da regra geral de

Demóstenes Tres Albuquerque é
Procurador do Ministério Público de
Contas do Distrito Federal.

prescrição estabelecida pelo Código Civil. Debate-se, ainda, que melhor seria admitir-se o mesmo prazo prescricional previsto para a cobrança de créditos contra o Estado, em nome do princípio da igualdade.

Dentro da esfera de atuação do Tribunal de Contas do Distrito Federal a matéria também vem sendo objeto de profícuos debates, tendo sido criado grupo de estudo com a finalidade específica de analisar o tema.

O presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto. Busca, de forma simples e em rápidas pinceladas, tão-somente, contribuir para o debate, a partir de pareceres já exarados no âmbito da Corte de Contas Distrital.

2. A PRESCRIÇÃO COMO FATOR DE ESTABILIZAÇÃO SOCIAL

O Direito tem sido um dos grandes pilares do desenvolvimento da civilização ao longo da história. Por meio da ordem jurídica previamente estabelecida, as expectativas de conduta das pessoas inseridas em determinado tecido social podem ser mais facilmente previstas, tornando o convívio intersubjetivo mais harmonioso.

Desempenha o Direito, nesse contexto, importante papel de pacificação social, pois busca estabelecer regras gerais de condutas a serem obedecidas pelos integrantes de um determinado grupo de pessoas. Na sempre atual lição de Miguel Reale, *“aos olhos do homem comum o Direito é lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros.”* (in Lições Preliminares de Direito. Saraiva, 19a ed., São Paulo, 1991, pp 1/2).

Para que a ordem jurídica consiga atingir de forma eficaz seu objetivo de manutenção do convívio pacífico e harmonioso dos cidadãos por ela regidos, alguns princípios basilares devem ser obedecidos. A estabilização das relações jurídicas presentes no seio social é uma das formas de se assegurar a eficiência do Direito como regulador das liberdades individuais.

Nesse contexto, ganha proeminência a segurança jurídica, princípio acolhido implicitamente pela Carta

Magna a partir de diversas regras constitucionais espalhadas por todo o texto da Lei Maior. Tão grande sua importância que o constituinte vedou ao legislador infraconstitucional a possibilidade de editar ato normativo que possa violar direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI), consagrando tal regra como garantia fundamental da pessoa humana, imune, inclusive, à emenda constitucional, consubstanciando-se em verdadeira cláusula pétrea.

Diversos fatores são essenciais para se alcançar a segurança jurídica e com ela a tendência de estabilização das relações sociais, fundamental para a manutenção do convívio das pessoas em comunidade. Dentre estes, um dos principais é o tempo, que exerce papel de relevo no mundo jurídico.

É o passar do tempo, aliado à manutenção da situação jurídica existente, que consolida as relações existentes dentro de determinado ordenamento. Isso permite que as pessoas, diante de situações já sedimentadas, possam ter certo grau de certeza acerca do que esperar frente a casos que lhes são colocados diuturnamente.

Todavia, o tempo somente ganha relevância jurídica no momento em que o próprio ordenamento delimita sua função e estabelece as conseqüências que devem advir do simples decurso do prazo previsto. Tem-se, então, o fator tempo como essencial para se alcançar a segurança jurídica. Porém, é imprescindível que as normas delimitem expressamente como o tempo irá agir no ordenamento.

Nesse diapasão, a prescrição é uma das principais conseqüências prevista pelo Direito em decorrência do transcurso do tempo. Contudo, necessita, para ocorrer, estar expressamente prevista em lei. Exatamente por implicar a perda de determinado direito, pela inércia do titular, somente a norma jurídica pode estabelecer os casos e os prazos prescricionais.

Não obstante, a existência de normas prevendo casos de prescrição para as mais variadas hipóteses configura a regra no moderno sistema jurídico. Muito embora seja inafastável a necessidade de lei para a prescrição, a exceção é exatamente a ausência de regras estabelecendo sua incidência.

3. O ALCANCE DA IMPRESCRITIBILIDADE PREVISTA NO § 5º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Na verdade, o tema objeto da presente discussão está relacionado com o instituto da prescrição do direito da administração em obter a recomposição do erário, conforme se mostrará a seguir.

Como é cediço, a prescrição só ocorre quando há lei que a estabeleça, uma vez que trata de matéria de direito estrito. Celso Ribeiro Bastos, por exemplo, examinando o assunto, conclui que “o que é certo é que a prescrição depende sempre da existência de lei” (Curso de Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 1994, p. 330).

Dessa feita, é comum a citação da prescrição quinquenal, em virtude desta encontrar-se presente em muitos dispositivos que tratam da matéria, senão vejamos:

- Este é o prazo prescricional para propositura de ações populares contra atos lesivos ao patrimônio público, conforme dispõe o art. 21 da lei nº 4.717, de 19.06.65;
- da mesma forma, este também é o prazo prescricional de dívidas passivas da Fazenda Pública (Dec. Nº 20.910, de 06.01.32, art. 10; e Dec.-lei nº 4.597, de 19.08.42, art. 2º);
- por sua vez, este é o prazo em que prescreve a ação correspondente ao direito de pleitear a restituição de tributos pagos indevidamente (Código Tributário Nacional, art. 168 e 174);
- e ainda é o prazo para a Administração anular seu atos inválidos dos quais hajam decorrido efeitos favoráveis ao administrado, salvo comprovada má-fé, consoante art. 54 da Lei 9.784, de 29.1.99, disciplinadora do processo administrativo.

Contudo, nos casos em que, por intermédio dos Tribunais de Contas, procura a Administração se ressarcir de prejuízo causado por ilícito, inexistente a prescrição. O legislador constituinte criou uma exceção à regra da prescritibilidade quando se trata do direito de a Administração se ressarcir de prejuízos causados ao erário por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não.

Isto é o que se depreende do disposto no art. 37, § 5º, da Carta Magna, in verbis:

“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” (grifou-se).

Em proveito do que ora se examina, Celso Ribeiro Bastos, comentando esse dispositivo constitucional (in Comentários à Constituição do Brasil, Ed. Saraiva, Tomo III, pág. 167), assim se manifestou:

“No que tange aos danos civis, o propósito do texto é de tornar imprescritíveis as ações visando ao ressarcimento do dano causado. É de lamentar-se a opção do constituinte por essa exceção à regra da prescritibilidade, que é sempre encontrável relativamente ao exercício de todos os direitos”.

De forma semelhante, o Professor José Afonso da Silva (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª Edição, Malheiros Editores, pág. 574) manifestou o seguinte entendimento quanto ao referido dispositivo constitucional:

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

sucurrit ius). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada” (grifou-se).

Esse também é o entendimento do eminente Conselheiro e Professor Dr. Jorge Ulisses Jacoby, em “Tomada de Contas Especial”, 2ª edição, Editora Brasília Jurídica, in verbis:

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

(...) A TCE é um processo administrativo que objetiva quantificar um dano causado ao erário e identificar a autoria, possuindo natureza preparatória da ação civil. Sendo instrumental e acessória em relação à ação de reparação de danos, e considerada pela jurisprudência como prejudicial de mérito em relação à ação civil, deve seguir o mesmo prazo prescricional que essa ação. Logo, como desde a Constituição Federal a ação de ressarcimento de danos causados ao erário tornou-se imprescritível, a TCE não é mais alcançada pela prescrição”. (grifou-se)

Discorrendo sobre tal imprescritibilidade, Pinto Ferreira, in *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 2, p. 396, categoricamente afirma que:

“A expressão agente é a palavra genérica, da qual a designação de servidor é subdivisão ou espécie. O prefeito é um agente, embora sem ser servidor público.

A lei estabelecerá os prazos de prescrição. A lei ordinária, a que alude o preceito, será de nível federal, estadual ou municipal, quando se tratar de prazos prescricionais para ilícitos administrativos. Será federal nos casos de ilícito penal.

As ações de ressarcimento ou as ações de responsabilidade civil, contudo, são imprescritíveis. Não se submetem ao disposto no art. 177 do CC, determinando que as ações pessoais prescrevem em vinte anos e as ações reais em dez anos. Não ocorrendo prescrição, o direito do Estado é permanente para reaver o que lhe for ilicitamente subtraído.” (grifou-se).

Na mesma trilha, porém com algumas críticas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, in *Comentários à Constituição Brasileira* de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 260, assim discursa reconhecendo a imprescritibilidade das ações de ressarcimento:

“Parecem deduzir-se duas regras deste texto mal redigido. Uma, concernente à sanção pelo ilícito; outra, à reparação do prejuízo. Quanto ao primeiro aspecto, a norma “chove no molhado”: prevê que a lei fixe os respectivos prazos prescricionais. Quanto ao segundo, estabelece-se de forma tangente a imprescritibilidade das ações visando ao ressarcimento dos prejuízos causados.

A imprescritibilidade é sempre condenada pela doutrina, seja qual for seu campo; entretanto, o constituinte demonstrou por ela um entusiasmo perverso e vingativo (v. art. 5º, XLII e XLIV)”

Trago ainda à baila o entendimento firmado pela Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra *Direito Administrativo*, 14ª edição, p. 695, lecionando que *“são, contudo, imprescritíveis, as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme o estabelece o artigo 37, § 5º, da Constituição.”*

Dessome-se, portanto, que, em princípio, é imprescritível, por força do dispositivo constitucional retrocitado, o direito da Administração de se ressarcir dos prejuízos a ela causados, decorrentes de atos ilícitos, festejando, assim, os postulados da supremacia do interesse público e da moralidade administrativa.

Nada obstante, algumas considerações devem ser trazidas à discussão a fim de se delimitar, de forma mais precisa, o verdadeiro alcance da norma constitucional sob comento.

Não se pode olvidar que a regra geral adotada no ordenamento jurídico é que todas as pretensões estão sujeitas a prazos prescricionais, surgindo a imprescritibilidade como preceito francamente de exceção. Isso, porque, conforme já salientado, a segurança jurídica configura verdadeiro princípio norteador de todo o macrossistema jurídico, sendo essencial para que o Direito possa exercer sua função de pacificação social.

É consabido que as exceções interpretam-se restritivamente, de modo que não devem ser extraídas de interpretação forçada ou literal da norma. Exceções devem estar contidas de forma clara e expressa no texto da lei, de forma a não se deixar qualquer margem de dúvida acerca da intenção do preceito legal.

A fórmula “ressalvadas as ações de ressarcimento” parece claramente voltada a desatrelar as ações de ressarcimento, de natureza civil, dos prazos prescricionais previstos nas respectivas leis que estatuem as demais sanções, nas esferas administrativa e/ou penal, decorrentes de ilícitos praticados pelo agente.

Com efeito, o que o Texto Constitucional quis foi afastar a possibilidade de que a prescrição dos ilícitos administrativos e/ou penais tivessem necessária repercussão sobre a esfera patrimonial, ou mais precisamente, sobre o direito de agir em regresso da Administração Pública em face da responsabilidade civil decorrente de prejuízos ocasionados pela conduta de agente público. Agente público tido aqui em sua concepção mais ampla possível, pois o constituinte deixou claro que os ilícitos de que trata o dispositivo são causados por agentes, servidores públicos ou não. Enfim, abrange todo aquele que, de qualquer forma, exerce algum tipo de atribuição pública.

Nesse contexto, merece especial atenção a presença do termo “ilícitos”, contido no dispositivo constitucional. A lei não contém palavra inúteis ou menções supérfluas. Quando as encontra, deve o intérprete voltar-se e rever sua interpretação.

O sentido que se dá à palavra “ilícitos” é deveras polêmico, podendo-se conceituá-los, sob uma acepção mais abrangente, como sendo toda ação e omissão contrária ao Direito.

Não obstante, parece mais consentâneo com os princípios constitucionais em questão, entender que o significado da sobredita expressão reclama uma interpretação mais restrita, não se podendo afastar o ato ilícito do dolo ou culpa do agente, visto que, somente assim, poderia o ato praticado resultar em sanção administrativa e/ou penal, com possíveis repercussões no âmbito civil.

“O sentido que se dá à palavra “ilícitos” é deveras polêmico, podendo-se conceituá-los, sob uma acepção mais abrangente, como sendo toda ação e omissão contrária ao Direito.”

O fenômeno prescricional encontra-se intimamente jungido ao postulado fundamental da segurança jurídica, princípio aliás, estampado no caput do artigo 5º da Carta Magna, razão pela qual, quando o constituinte ressalva as ações de ressarcimento, não o faz de forma absoluta, uma vez que essa possibilidade poderia comprometer o valor da certeza jurídica. Não existem direitos ou valores absolutos, pois devem sempre ser tomados dentro de uma circunstancialidade que os torna relativos.

Conclui-se, então, que a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, de que trata o § 5º do artigo 37 da Constituição Federal, deve ser considerada em seus devidos termos, ou seja, apenas pode ser albergada quando o ilícito praticado pelo agente ensejar, em tese, a aplicação de sanção na esfera administrativa e/ou penal e causar prejuízo ao erário, repercutindo, também, na responsabilidade civil, entendida aqui como fonte do direito de ressarcimento da Administração Pública.

É que somente nesta hipótese a ressalva contida na parte final da citada norma constitucional ganha relevo jurídico. Imprescindível o destaque final para que se evidencie que apenas a repercussão patrimonial do ilícito é imprescritível, não o sendo as demais conseqüências do fato (administrativa e/ou penal) que terão seus prazos prescricionais previstos em lei.

Nesse sentido, apenas os atos praticados que demonstrem ter o agente atuado com culpa, em seu sentido lato, e que causarem prejuízo ao patrimônio público estão afetos à imprescritibilidade. Pois, ausente o elemento culpa, não haveria responsabilidade de natureza administrativa e/ou criminal a ser apurada e, portanto, desnecessária a edição de norma para se prever a prescrição de pretensões punitivas do Estado. Somente se prescreve o fato que pode gerar punições, que pressupõe dolo ou culpa do agente público.

"O Direito foi uma das grandes conquistas da humanidade e que permitiu a evolução social do ser humano, possibilitando o convívio pacífico das pessoas, apesar das diferenças individuais (...)"

4. CONCLUSÃO

O Direito foi uma das grandes conquistas da humanidade e que permitiu a evolução social do ser humano, possibilitando o convívio pacífico das pessoas, apesar das diferenças individuais, das necessidades próprias e da escassez dos bens da vida frente à crescente evolução dos interesses particulares.

Para que isso se tornasse possível, é imprescindível que os operadores do Direito sedimentem e consolidem as relações jurídicas existentes dentro do tecido social. Ganha a segurança jurídica status de verdadeiro direito fundamental do indivíduo, de forma a conferir a certeza de que as normas previamente estabelecidas serão respeitadas.

Nesse contexto, é o tempo fator preponderante para a concretização do referido princípio constitucional, dentro, porém, dos limites legalmente estabelecidos. Ou seja, o tempo tem o destaque e a importância na exata medida em que as normas estabelecem.

Tem-se, assim, que a existência de normas regulamentando o instituto da prescrição constitui verdadeira regra geral, constituindo exceção a omissão normativa a respeito da matéria.

Nesse diapasão, a leitura a ser dada à regra contida no art. 37, § 5º, da Constituição Federal não deve ser mais dilatada do que se pode extrair do conteúdo normativo expresso. Na verdade, está-se a ponderar dois princípios constitucionais: a segurança jurídica e a indisponibilidade do interesse público.

Calcado na lição de Alexey, pode-se asseverar que a solução a conflitos entre princípios constitucionais deve ser dada no caso concreto, podendo, em determinada situação, preponderar um em relação ao outro e, em outra ocasião, a ordem inverter-se. Todavia, na hipótese ora tratada, ousando um pouco, pode-se, de forma abstrata, concluir-se que a imprescritibilidade de que trata a parte final do dispositivo constitucional em tela somente pode ocorrer nas hipóteses em que o agente público, lato senso, agir com culpa ou dolo, pois nestes casos haveria, também, possibilidade de punir-se administrativa ou criminalmente sua conduta.