

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1. COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RECURSO ESPECIAL Nº 727.131 - SP

FÁDUA MARIA DRUMOND CHEQUER MAGNO
Advogada

1. Acórdão

RECURSO ESPECIAL Nº 727.131 - SP (2005/0029322-9)
RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX
RECORRENTE: JOSÉ ROBERTO DE ARAÚJO PELOSINI
ADVOGADO: CÂNDIDO DA SILVA DINAMARCO E OUTRO(S)
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERESSADO: ARON GALANTE
ADVOGADO: MARIA ÂNGELA DIAS CAMPOS E OUTRO(S)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO DE DANOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO POPULAR. ANALOGIA (*UBI EADEM RATIO IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO*). PRESCRIÇÃO RECONHECIDA.

1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular veiculam pretensões relevantes para a coletividade.

2. Destarte, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à minguia de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da *analogia legis*, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a 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.

3. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face de ex-prefeito e co-réu, por ato de improbidade administrativa, causador de lesão ao erário público e atentatório dos princípios da Administração Pública, consistente na permuta

de 04 (quatro) imóveis públicos, situados no perímetro central de São Bernardo do Campo-SP, por imóvel localizado na zona rural do mesmo município, de propriedade de do co-réu, objetivando a declaração de nulidade da mencionada permuta, bem como a condenação dos requeridos, de forma solidária, ao ressarcimento ao erário do prejuízo causado ao município no valor Cz\$ 114.425.391,01 (cento e quatorze milhões, quatrocentos e vinte e cinco mil cruzeiros e trezentos e noventa e um centavos), que, atualizado pelo Parquet Estadual por ocasião do recurso de apelação, equivale a R\$ 1.760.448,32 (um milhão, setecentos e sessenta mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e trinta e dois centavos) (fls. 1121/1135).

4. A Medida Provisória 2.180-35 editada em 24/08/2001, no afã de dirimir dúvidas sobre o tema, introduziu o art. 1º-C na Lei nº 9.494/97 (que alterou a Lei 7.347/85), estabelecendo o prazo prescricional de cinco anos para ações que visam a obter indenização por danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e privado prestadores de serviço público, senão vejamos:

Art. 4º A Lei no 9.494, de 10 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

Art. 1º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. (NR)

5. A Lei 8.429/92, que regula o ajuizamento das ações civis de improbidade administrativa em face de agentes públicos, dispõe em seu art. 23:

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.

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 exerça 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 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 in 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 8.429/92.

9. *In casu*, o mandato do co-réu, à época Prefeito do Município de São Bernardo do Campo, expirou em 31.12.1988 (fl. 1117), a lavratura da escritura pública relativa à permuta de 04 (*quatro*) imóveis públicos, situados no perímetro central de São Bernardo do Campo-SP, por imóvel localizado na zona rural do mesmo município, efetivou-se em 23.10.1988 (fls. 1114) e Ação Civil Pública foi ajuizada em 28.05.1999 (fl. 33/56), o que revela a inarredável ocorrência da prescrição.

10. A conduta antijurídica imputada ao requerido, ora recorrente, foi examinada pelo Tribunal local, *litteris*:

Possível, desde já, o julgamento pelo mérito principal (§ 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, por aplicação analógica, já versar causa a não se trata de que exclusivamente questão de direito). É que a matéria de fato foi suficientemente discutida; desnecessária a prova requerida pelo réu Aron (ff. 1.000/1.001), além de que cabia a ele fazer a juntada do documento pretendido, que ele mesmo poderia ter requerido junto à Câmara (artigos 396 e 397, ambos do Código de Processo Civil) e o réu José Roberto requereu expressamente esse julgamento, com o que ficou sem efeito o pedido de prova pericial que anteriormente fizera (f. 998).

Ainda que a notícia do fato tenha sido levada ao conhecimento do Ministério Público por repulsivo espírito oportunismo e de vingança de lojistas prejudicados com a permuta, não se

pode afastar a necessidade de se verificar se realmente houve dano também ao erário.

A prova não permite dúvida a respeito de que os réus causaram dano ao patrimônio de municipal e que a permuta decorreu de improbidade.

O laudo extrajudicial com que o autor instruiu a inicial foi elaborado mediante pesquisa de ofertas feitas em jornais da época da permuta (f.520), o que não foi contraditado pelos réus, e mostrou o prejuízo sofrido pela Municipalidade.

Nem se pode falar em critérios de oportunidade e conveniência (artigo 2º da Constituição da República). O desvio de finalidade aparece cristalino quando se vê que a alegada justificativa para a permuta (um clube náutico para advogados, que prestigiaria o Município) nem foi tentada, e que inicialmente outro seria o destino da gleba rural (f. 354: parque municipal do trabalhador), quando de primeira remessa de projeto de aprovação da permuta à Câmara Municipal. Nem afasta a certeza do desvio de finalidade, permuta no interesse do particular, a cópia de f. 388, que dá notícia de comparecimento da Dra Presidente da 39ª Subsecção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil. Não aprovada a permuta em benefício do parque do trabalhador, tentou-se, com êxito, fazê-la para outro destino, mas que não foi dado à gleba, ocupada por arrendatários.

Todavia, declarada a nulidade da permuta, como pedido, o prejuízo do patrimônio público, em face do pedido, será só da quantia que a Municipalidade voltou ao particular, e não da soma dessa quantia mais a diferença de valor. (fls. 1330/1331)

11. O elemento subjetivo constante no dolo é imperioso nos delitos de improbidade, por isso que a autorização legislativa obtida, *in casu*, o afasta, conjurando *a fortiori* o ilícito imputado.

12. Recurso Especial provido para acolher a prescrição quinquenal da Ação Civil Pública, mercê da inexistência de prova de dolo, restando prejudicada a apreciação das demais questões suscitadas.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e

das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro José Delgado, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Brasília (DF), 11 de março de 2008 (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

2. Comentário

Recentemente, mais precisamente em 11/03/2008, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 727.131/SP, acolheu, por unanimidade, o voto do relator, Ministro Luiz Fux, que defendeu a prescritibilidade quinquenal da ação civil pública para reparação de dano ao erário decorrente de ato de improbidade administrativa.

O referido relator argumentou, inicialmente, que a ação civil pública e ação popular “[...] fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos” e que “[...] à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da *analogia legis*, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*.”

Em seguida, remete-nos à Medida Provisória nº 2.180-35, editada em 24/08/2001, que introduziu o art. 1º- C na Lei nº 9.464/97, que, por sua vez, alterou a Lei nº 7.347/85, ao estabelecer “[...] o prazo prescricional de cinco anos para ações que visam a obter indenização por danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e privado prestadores de serviço público”. Posteriormente, tentando ainda justificar o acolhimento da prescrição quinquenal, traz o art. 23 da Lei nº 8.429/92, que preceitua:

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.

E ainda nesse argumento, complementa:

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.

Data venia, tais argumentos não subsistem diante da norma constitucional do art. 37, § 5º, que traz somente a prescribibilidade das sanções decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa e ressalva, de forma expressa, as ações de reparação de dano ao erário nesses casos, na medida em que diz:

§ 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.

Sendo assim, a imprescribibilidade das ações de reparação de danos causados ao erário em casos de improbidade administrativa é patente, em virtude de tal expressa disposição constitucional. Ademais, não há que se falar em emprego da analogia onde há ressalva constitucional explícita.

Outrossim, discorda-se do relator no tocante ao que ele diz fazer parte do microsistema de tutela dos direitos difusos, pois, segundo o mestre Gregório Assagra de Almeida, um dos precursores do direito processual coletivo brasileiro, tal microsistema é composto pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Com relação à Medida Provisória nº 2.180-35 que introduziu o art. 1º-C na Lei nº 9.464/97, que, por conseguinte, alterou a Lei nº 7.347/85, na medida em que estabeleceu “[...] o prazo prescricional de cinco anos para ações que visam a obter indenização por danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e privado prestadores de serviço público”, tem-se que tal dispositivo legal é inconstitucional, em face da já mencionada expressa ressalva constitucional.

No tocante ao art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que traz o prazo de prescrição quinquenal para a aplicação das sanções previstas nessa

lei (suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, proibição de contratar com o Poder Público, etc.), observa-se que ele apenas regulamenta a parte inicial do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, haja vista que a norma constitucional, em sua parte final, ressaltou as *respectivas ações de ressarcimento*. Assim, as ações de ressarcimento do erário por danos decorrentes de atos de improbidade administrativa são imprescritíveis, ao passo que a aplicação de pena para a prática de tais atos prescreve em 5 anos.

Por fim, em consonância com esse último contra-argumento e em oposição ao julgamento proferido pela 1ª Turma, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.069.779 em 18/09/2008, firmou entendimento nesse sentido, qual seja, da imprescritibilidade das pretensões de reparação de dano ao erário e da prescrição em 5 anos para punição de ato ilícito, ambas decorrentes de ato de improbidade administrativa, tendo o relator, Ministro Herman Benjamin, fundamentado ainda seu voto com base na efetividade do princípio da moralidade administrativa.