

**(IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE REGRESSO MOVIDA PELO ESTADO EM
FACE DE AGENTE PÚBLICO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA**

**THE IMPRESCRIPTIBILITY OF THE REDRESS ACTION FILED BY THE STATE
AGAINST PUBLIC AGENTS AND THE PRINCIPLE OF LEGAL CERTAINTY**

Francys Gomes Freitas¹

Regina Cândido Lima e Silva Santos²

RESUMO

Discorre-se, neste artigo, sobre a (im)prescritibilidade da ação de regresso movida pelo Estado em face de agente público, nas hipóteses em que este, por ação ou omissão no exercício dos seus misteres, tenha agido com dolo ou culpa e causado dano a terceiros. Pretende-se questionar e refutar a majoritária corrente doutrinária e jurisprudencial que, fazendo desarrazoada interpretação do artigo 37, §5º, da Constituição da República de 1988, defende a imprescritibilidade das referidas ações de regresso. Para tanto, são realizadas, inicialmente, ponderações concernentes à responsabilidade do Estado, mais especificamente, à sua responsabilidade civil, que, uma vez desencadeada, pode dar ensejo às ações indenizatórias em comento. Na sequência, algumas palavras são dedicadas à conceituação e delimitação do denominado direito de regresso do Estado. Após, com sustentáculo especialmente no princípio da segurança jurídica e na evolução redacional do dispositivo constitucional em foco durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, abriga-se o entendimento segundo o qual as ações de ressarcimento propostas pela Administração Pública em face de seus agentes se sujeitam a prazo prescricional. Estabelece-se, por fim, com fundamento no princípio da igualdade e no método analógico de integração da norma jurídica, que o lapso temporal em que se verifica a prescrição das mencionadas ações é de 05 (cinco) anos. Imbuído do ideal de justiça

¹ FREITAS, Francys Gomes. Mestre em Direito pela UNIFLU, Especialista em Direito Público pela Newton Paiva, Professor Universitário (Universidade de Itaúna e FACED), Advogado.

² SANTOS, Regina Cândido Lima e Silva. Graduanda em Direito e integrante do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Itaúna-MG.

e na luta por uma interpretação mais condizente com os desígnios do Constituinte, o ensaio tem por objetivo contribuir para a modificação do predominante e descabido posicionamento doutrinário e jurisprudencial que abraça a tese da imprescritibilidade das ações de regresso propostas pela Administração Pública em face de seus agentes, com vistas ao fortalecimento da ordem jurídica constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil do Estado; ação de regresso; agente público; prescrição; segurança jurídica.

ABSTRACT

The discussion developed in this article involves the (im)prescriptibility of the redress action filed by the State against public agents whose willful misconduct or culpable conduct causes injury to third parties. The pretension is to question and refuse the majority doctrinal and jurisprudential positioning that defends the imprescriptibility of the referred redress actions, doing an unreasonable interpretation of the article 37, fifth paragraph, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, of 1988. For that, initially, weightings about the State's responsibility are done here, more specifically, about the State Civil Liability, that, when unleashed, gives rise to the indemnifying actions in comment. Subsequently, some words are dedicated to define and delimit the State's right of redress. After, based on the principle of legal certainty and on the evolution in the redaction of the constitutional provision in focus during the National Constituent Assembly's proceedings, this article argues in favor of the understanding according to which the redress actions proposed by the Public Administration against its own officials are subjected to a time-barring period. By the end, founded on the principle of equality and on analogy, it is established that the limitation period related to the mentioned actions is of five years. Imbued of the ideal of justice and in the struggle for an interpretation that is in accordance with the intentions of the Constituent, this essay aims to contribute to a change in the prevalent and unfitting doctrinal and jurisprudential opinion that embraces the thesis of the imprescriptibility of the redress actions filed by the Public Administration against public agents, in order to fortify the legal-constitutional order.

KEYWORDS: State Civil Liability; redress action; public agent; time-barring; legal certainty.

I – INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência que deve acompanhar os anseios e necessidades da sociedade. Mais do que isso, deve atentar-se para um constante movimento de “ir” e “vir” na linguagem comunicativa do pensar. É dessa maneira que surgem novos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Nesse sentido, a Teoria Discursiva de Habermas auxilia para que os entendimentos sejam construídos a partir da linguagem.

Com esse olhar, os paradigmas e entendimentos jurídicos devem guardar sintonia com as transformações sociais, consubstanciados nos ditames constitucionais e morais, voltados para a segurança jurídica. Sobre a importância dos paradigmas, Jürgen Habermas (1997, p. 181) afirmou que:

Os paradigmas do direito permitem diagnosticar a situação e servem de guia para a ação. Eles iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo em vista a realização do sistema de direitos. Nesta medida, sua função primordial consiste em abrir portas para o mundo.

Vários exemplos de mudança de posicionamento, bastante atuais, podem ser mencionados: pesquisas em células tronco; união homoafetiva; direito adquirido e não mais expectativa de direito para os aprovados em concurso público dentro do número de vagas informadas no edital de concurso; reuniões denominadas “marchas” em prol de pensamentos modernos; dentre vários outros.

Diante desse panorama, aposta-se em um novo entendimento frente às ações de regresso movidas em face do agente público que comete ato ilícito. Pretende-se questionar a majoritária corrente doutrinária que, ante a interpretação do artigo 37, §5º, da Constituição Federal, opina pela imprescritibilidade dessas ações.

Ab initio, o artigo trará breves considerações sobre a responsabilidade do Estado e o direito de regresso. Para tanto, serão observados posicionamentos doutrinários e legais. Na sequência, será apresentado um estudo relativo à evolução redacional do mencionado artigo na Assembleia Nacional Constituinte, com o objetivo de detectar a vontade do legislador ao instituir a norma em comento. Após, para a defesa da prescritibilidade das ações de regresso em face do

agente público, o ensaio busca supedâneo nas premissas básicas do princípio da segurança jurídica e na interpretação conforme a Constituição Federal.

Com o escopo de avançar para a construção de um novo entendimento, o artigo também aspira demonstrar qual é o prazo prescricional aplicável à hipótese, amparando-se no princípio da igualdade e na analogia, como método de integração da norma jurídica, frente à ausência de normas específicas sobre o tema.

Diante desse desafio, o artigo pretende contribuir para a mudança do pensamento majoritário da doutrina, de modo que o Estado Democrático de Direito pátrio torne-se cada vez mais fortalecido com um sistema jurídico harmonioso, justo e eficaz.

II – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

O termo responsabilidade deriva do latim *responsus*, participio passado de *respondere*, que significa “responder, prometer em troca” (de *re-*, “de volta, para trás”, mais *spondere*, “garantir, prometer”).

No âmbito jurídico, o vocábulo responsabilidade suscita a ideia de que alguém – o responsável – deve responder perante a ordem jurídica, em virtude de algum fato precedente. Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 485):

Esses dois pontos – o fato e a sua imputabilidade a alguém – constituem pressupostos inafastáveis do instituto da responsabilidade. De um lado, a ocorrência do fato é indispensável, seja ele de caráter comissivo ou omissivo, por ser ele o verdadeiro gerador dessa situação jurídica. Não pode haver responsabilidade sem que haja um elemento impulsionador prévio. De outro, é necessário que o indivíduo a quem se impute responsabilidade tenha a aptidão jurídica de efetivamente responder perante a ordem jurídica pela ocorrência do fato.

O fato gerador da responsabilidade que, em regra, é ilícito (podendo, porém, o ordenamento jurídico, em ocasiões especiais, fazer nascer a responsabilidade até mesmo de fatos lícitos), é também variável, dependendo da natureza da norma jurídica que o contempla. Implica dizer que a diversidade da norma corresponde à diferenciação dos tipos de responsabilidade, de modo que, se a norma tem natureza penal, a consumação do fato gerador provoca responsabilidade penal; se a norma é de direito civil, surgirá a responsabilidade civil; se o fato estiver previsto em norma administrativa, ter-se-á a responsabilidade administrativa.

É relevante esclarecer que a responsabilidade administrativa não se confunde com a responsabilidade civil do Estado. A responsabilidade administrativa do Estado “consiste na submissão da organização estatal ao dever jurídico-político de prestar informações e contas por suas ações e omissões e de corrigir as imperfeições verificadas em sua conduta” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 947). Em contraponto, a responsabilidade civil do Estado, genericamente considerada, consiste no dever de recompor os prejuízos acarretados a terceiros. Em outras palavras, consiste esta “no dever de indenizar as perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado” (Op. cit. p. 948).

O tema do artigo situa-se na órbita da responsabilidade civil, que decorre da existência de um fato que atribui a determinado indivíduo o caráter de imputabilidade dentro do direito privado.

Mister esclarecer que a responsabilidade civil do Estado abarca tanto a responsabilidade contratual, que é aquela relativa aos contratos celebrados pela Administração Pública, cujo regramento está contido, normalmente, na própria avença, regida pelo Direito Público, quanto a extracontratual, à qual cingir-se-á a presente exposição. Esta deriva das várias atividades estatais, sem qualquer conotação pactual, e tendo os seus limites definidos pela Constituição Federal e pela lei, diz respeito à obrigação que incumbe ao Estado de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos³.

As características da responsabilidade extracontratual do Estado podem ser reunidas nos seguintes pontos:

a) o Estado é civilmente responsável pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Isto porque, como pessoa jurídica, faz-se presente no mundo jurídico através de seus agentes – pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, que, em nome do Estado, tomam decisões ou desempenham uma atividade da alçada estatal. Agentes e Estado constituem, pois, uma unidade. Logo, como a relação entre o Estado e seus agentes é uma relação de imputação (Princípio da

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 923.

Imputação Volitiva), os atos destes agentes são atos do Estado e as omissões destes agentes também são omissões do Estado;

b) a conduta que enseja a imposição de responsabilidade estatal tanto pode ser lícita quanto ilícita, comissiva (ação) quanto omissiva (omissão), material quanto jurídica;

c) a responsabilidade civil tem como pressuposto o dano (ou prejuízo). Assim, para que surja o dever de recomposição do patrimônio atingido, é imprescindível a ocorrência do dano, já que, caso não haja gravame em um direito, não há título jurídico para pleitear indenização.

Infere-se, pois, das considerações feitas anteriormente que, ocorrido o fato ensejador da responsabilidade civil extracontratual do Estado e perpetrado o dano ao lesado, tem este (o lesado), contra o responsável, direito à reparação dos prejuízos. Em outras palavras, faz este *jus* à devida indenização, desde que comprove a existência denexo causal entre o dano produzido e a atividade funcional desempenhada pelo agente estatal.

III – DIREITO DE REGRESSO

É cediço, no sistema jurídico constitucional brasileiro, que as ações ou omissões do agente público, antijurídicas ou não, perpetradas por ele na condição de preposto estatal, representam o querer do Estado e têm o condão de ensejar a responsabilidade civil do ente público.

O termo **agente público** tem, aqui, sentido amplo, compreendendo todas aquelas pessoas cuja vontade possa ser imputada ao Estado, sejam elas dos mais elevados níveis hierárquicos e dotadas de amplo poder decisório, sejam elas os trabalhadores mais humildes da Administração, no exercício das funções por ela atribuídas. São agentes do Estado os membros dos Poderes da República, os servidores administrativos, os agentes sem vínculo típico de trabalho, os agentes colaboradores sem remuneração, e todos aqueles que, de alguma forma, estejam juridicamente vinculados ao Estado. Se, em sua atuação, causam danos a terceiros, provocam a responsabilidade civil estatal⁴.

Não obstante, em sede de responsabilidade civil do Estado, podem ser vislumbradas duas relações jurídicas diversas – uma que liga o lesado ao Estado e outra que vincula o Estado a

⁴ CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*. p. 495.

seu agente. É essa última relação que consubstancia o **direito de regresso do Estado**, que é o direito a este assegurado de dirigir sua pretensão indenizatória contra o agente público responsável pelo dano, quando este tiver agido com dolo ou culpa.

Preceitua o artigo 37, §6º, da Constituição da República de 1988, que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Extrai-se deste dispositivo que enquanto o Estado responde perante o particular de maneira objetiva, sem necessidade de análise de culpa, o agente público responderá perante o Estado de maneira subjetiva; isto é, somente será cabível a ação de regresso se o agente responsável tiver agido com dolo ou culpa.

Ensina Odete Medauar (2006, p. 370) que:

O §6º assegurou à Administração o direito de regresso contra o responsável, isto é, o direito de obter do agente o pagamento, aos cofres públicos, da importância despendida no ressarcimento da vítima. Condicionou, no entanto, o direito de regresso à prova do dolo ou culpa do agente. Portanto, essa responsabilidade reveste-se de caráter subjetivo, porque pressupõe dolo ou culpa do agente.

A causa de pedir da ação de regresso a ser ajuizada pelo Estado funda-se, por conseguinte, na existência do fato danoso, causado por dolo ou culpa do agente. Implica dizer que quando o resultado danoso tiver sido provocado por atividade estatal sem ser possível a identificação do agente (culpa anônima do serviço), o Estado será obrigado a reparar o dano, atado que está pela teoria da responsabilidade objetiva, mas lhe será impossível exercer o direito de regresso contra qualquer agente.

De todo modo, se o Estado conclui que o agente público agiu com dolo ou culpa no evento danoso pelo qual ele (o Estado) foi condenado a indenizar um terceiro particular, caberá a este o dever-poder de promover a ação de regresso em face do agente estatal, cuja conduta gerou a condenação. Justifica-se tal propositura pelo legítimo interesse público em recompor o prejuízo sofrido pelo erário. Quanto aos agentes públicos da União, esse dever está disciplinado pela Lei nº. 4619/65.

Cumpra mencionar, porém, que, assim como ocorre na relação entre o lesado e a máquina estatal, pode o agente público concordar em indenizar o Estado na via administrativa, como fruto de acordo entre as partes. Frustrado o acordo, isto é, caso se apresente o conflito de interesses, o Estado deverá se valer da via judicial, intentando ação de indenização, sendo-lhe terminantemente vedado descontar, por sua exclusiva iniciativa, parcelas indenizatórias dos vencimentos do servidor. Nesse caso, o Estado é um credor como qualquer outro, não dispondo de privilégios.

IV – O ARTIGO 37, §5º, da CR/88, E A PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE REGRESSO PROPOSTA EM FACE DO AGENTE PÚBLICO – PRESCRIÇÃO COMO COMPONENTE DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Entre os dispositivos constitucionais que mais importunam os juristas brasileiros está, indubitavelmente, o artigo 37, §5º, da CR/88, notadamente na sua parte final, cuja ressalva leva a maioria da doutrina brasileira a defender a imprescritibilidade das ações de ressarcimento (“ações de regresso”) propostas pelo Estado em face de agente público.

É, no mínimo, curioso que uma Constituição tão democrática, reconhecidamente calcada no princípio da segurança jurídica, tenha estabelecido a imprescritibilidade das ações judiciais de ressarcimento de titularidade do Estado, cuja existência envolve exatamente a eliminação da insegurança e da incerteza nos contextos social e jurídico. É como se o Estado – instrumento coletivo cuja finalidade é assegurar a realização de projetos futuros, individuais e coletivos – estivesse, com respaldo constitucional, mantendo indefinidamente em riste a espada de Dâmoles sobre a cabeça dos agentes públicos⁵.

Apesar de amplamente disseminada a ideia – confrontante com a tradição de nosso Direito e com o próprio espírito de nossa atual Constituição – de que o artigo 37, §5º, parte final,

⁵ Dâmoles é protagonista de uma anedota moral que figurou originalmente na história perdida da Sicília por Timaeus de Tauromenium (c. 356 - 260 a.C.). Era ele um cortesão bastante bajulador na corte do tirano Dionísio, de Siracusa. Dâmoles dizia que, como um grande homem de poder e autoridade, Dionísio era verdadeiramente afortunado. Certa vez, Dionísio ofereceu-se para trocar de lugar com Dâmoles por um dia, para que ele também pudesse sentir o gosto de toda esta sorte, sendo rodeado por ouro e prata, atendido por rapazes de extraordinária beleza, e servido com as melhores comidas. No meio de todo o luxo, Dionísio ordenou que uma espada fosse pendurada acima de Dâmoles, presa apenas por um fio de rabo de cavalo. Ao ver a espada afiada suspensa diretamente sobre sua cabeça, Dâmoles perdeu o interesse pela excelente comida e pelos belos rapazes e abdicou de seu posto, dizendo que não queria mais ser tão afortunado. A expressão “espada de Dâmoles” é uma alusão frequentemente usada para remeter a este conto, representando, genericamente, a insegurança daqueles que estão expostos ao sentimento de dano iminente.

da CR/88, firmou a imprescritibilidade das ações de ressarcimento intentadas pelo Estado em face de agente público, o número de estudiosos que se rebelam contra este dispositivo, para conferir-lhe interpretação diametralmente oposta, é paulatinamente crescente.

Com efeito, o posicionamento majoritário da doutrina e jurisprudência nacionais merece ser revisto, posto que inconcebível, hodiernamente, quando se vislumbra a ascensão do princípio da segurança jurídica, a permanência da tese de que o Estado pode, a qualquer tempo, propor ações de ressarcimento em face de todos os agentes que causarem prejuízos ao erário.

O professor José Afonso da Silva (1993), embora acompanhando o posicionamento doutrinário e jurisprudencial majoritário, aqui questionado, manifestou, há muito, a sua preocupação quanto ao entendimento relativo ao dispositivo constitucional em comento, como se percebe:

A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade do direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral do direito. Não será, pois, de se 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. Se a Administração não toma providências à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu ‘ius persecuendi’. É o princípio que consta do art. 37, §5º, da Constituição, que dispõe: ‘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’. 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 succurrit ius).** Deu-se, assim, à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada⁶. (*grifo nosso*)

A prescritibilidade da ação de regresso ajuizada pelo Estado em face do agente público tem, pois, razão de ser, eis que a prescrição relaciona-se, intimamente, com o princípio da segurança jurídica. Este princípio pode ser analisado sob dupla perspectiva, quais sejam, a certeza e a estabilidade. A certeza jurídica denota “o seguro conhecimento das normas jurídicas – condição indispensável para que o homem tenha previsibilidade, podendo projetar a sua vida e, assim, realizar plenamente os seus desígnios pessoais” (VALIM, 2010, p. 46). A estabilidade jurídica, por sua vez, aglutina os institutos jurídicos dedicados à conservação dos “direitos subjetivos e das expectativas que os indivíduos de boa fé depositam na ação do Estado” (Op. cit. p. 47). Dentre estes institutos, destacam-se o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 574.

julgada – descritos no texto constitucional do art. 5º, inciso XXXVI –, bem como a prescrição e a decadência.

O princípio da segurança jurídica, do qual se extrai o instituto jurídico da prescrição, é inerente ao Estado Democrático de Direito. Apresenta-se como criação formidável do intelecto humano, que teve por escopo majorar a estabilidade e a previsibilidade das relações entre particulares e o Estado, por meio do estabelecimento de um quadro normativo prévio e sólido. Não é da essência humana viver em um estado constante de incerteza, insegurança e instabilidade. O homem não tolera uma vida repleta de desalentos.

Não se pode, portanto, admitir que o Estado mantenha o direito de ação em face de seu agente *ad aeternum*. A imprescritibilidade das pretensões judiciais não guarda compatibilidade com o princípio da segurança jurídica, porque deixa o direito atual desguarnecido contra fatos ocorridos no passado, o que obstaculiza a estabilização das relações jurídicas pelo decurso do tempo.

Assim sendo, o entendimento segundo o qual o §5º, do artigo 37, da CR/88, produziria a imprescritibilidade das ações de ressarcimento propostas em face de agente público, servidor ou não, que causa prejuízos ao erário, mostra-se descabido, e não pode ser albergado, sob pena de gerar efeitos incompatíveis com a própria Constituição, que prestigia a segurança jurídica.

A prescrição, *in casu*, é palavra de ordem. Apresenta-se como justo castigo à inércia e à letargia que corroem a estrutura do Poder Público e desmotivam os seus agentes. Os princípios básicos e fundamentais que traduzem a segurança jurídica da sociedade, que necessita dos agentes estatais para melhoria e aperfeiçoamento do serviço público, não podem ser espezinados pela imprescritibilidade.

É certo, porém, que mesmo diante desta incompatibilidade lógica, o Legislador Constituinte quis estabelecer hipóteses do que se denomina imprescritibilidade artificial⁷. Ao fazê-lo, todavia, exteriorizou a sua vontade de forma clara e inequívoca, como se nota pela redação dos incisos XLII (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível,

⁷ Imprescritibilidade artificial é aquela criada pelo legislador constituinte para que determinados fatos possam ser alvo de pretensões judiciais a qualquer tempo, quando tais fatos, em sua essência, poderiam ser estabilizados pelo decurso de determinado lapso temporal, posto que não se amoldam àquelas hipóteses de imprescritibilidade natural ou de impedimento de prescrição (exs.: direitos da personalidade, direitos do estado da pessoa, etc.).

sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”) e XLIV (“constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”) do art. 5º da CR/88, diferentemente do que se verifica no que tange à redação do artigo 37, §5º, de nossa Carta Maior. Neste dispositivo não há menção expressa à imprescritibilidade, o que dá azo a novas e mais coerentes interpretações⁸.

Esse entendimento é corroborado quando analisada a evolução redacional do artigo 37, §5º, da Constituição da República de 1988, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. Consta do banco de dados histórico do Senado Federal⁹ a emenda ao anteprojeto do relator da subcomissão nº. 36, de 18 de maio de 1987, proposta pelo parlamentar Paulo Macarini, que sugeria a seguinte redação ao atual §5º do artigo 37 da Constituição:

Art. 4º. São imprescritíveis os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor público ou não, que causem prejuízo ao erário público.

Como se observa, o art. 4º da emenda supratranscrita previa, inequivocamente, a imprescritibilidade das pretensões judiciais contra ilícitos administrativos e penais praticados por qualquer agente público, bem como daquelas pretensões que visam ressarcir os danos causados ao erário, mas a referida emenda foi rejeitada pela Comissão de Sistematização da Constituinte de 1988.

Poucos meses após a rejeição da emenda de maio de 1987, novas emendas a anteprojeto foram apresentadas e igualmente rejeitadas. Dentre estas novas emendas, destaca-se a de setembro de 1987, cuja redação é muito próxima ao texto do artigo 37, §5º, da CR/88:

Art. 43.

(...).

§4º. 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, **que serão imprescritíveis**. (*sem grifo no original*)

⁸ No Mandado de Segurança nº. 26.210/DF, o Ministro Marco Aurélio, defensor da tese da prescritibilidade das ações de ressarcimento, anotou esta falta de precisão do constituinte: “Não coloco na mesma vala a situação patrimonial alusiva ao ressarcimento e outras situações em que a Constituição afasta a prescrição. O constituinte de 1988 foi explícito, em certos casos, quanto à ausência de prescrição. Aqui, não. Não posso conceber que simplesmente haja o constituinte de 1988 deixado sobre a cabeça de possíveis devedores do erário, inclusive quanto ao ressarcimento por ato ilícito, praticado à margem da ordem jurídica, uma ação exercitável a qualquer momento”.

⁹ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/BasesHist/>

Ao efetuarmos a comparação entre o texto da primeira emenda transcrita e a segunda emenda salientada, nota-se que a imprescritibilidade deixou de ser a regra e passou a ser a exceção. Esta exceção referia-se, exclusivamente, às ações de ressarcimento e era expressa, o que dirimiu quaisquer dúvidas quanto à sua abrangência. No texto da emenda de setembro de 1987, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em face dos agentes públicos era, portanto, inquestionável.

O passo seguinte na escala evolutiva redacional do artigo 37, §5º, da CR/88, foi a extirpação do vocábulo imprescritibilidade, que não integra o texto do dispositivo constitucional em exame, *ipsis litteris*:

Art. 37.

(...).

§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.

Os termos da emenda de setembro de 1987 foram, praticamente todos, mantidos, mas a parte que tornava as ações de ressarcimento em análise indubitavelmente imprescritíveis foi retirada, o que está a denotar que a intenção do legislador constituinte não era mesmo a de estabelecer a imprescritibilidade da ação de regresso promovida pelo Estado em face do agente público.

Registra Celso Antônio Bandeira de Mello (2011) que, até a 26ª edição de seu Curso de Direito Administrativo, filiava-se com grande desconforto ao entendimento majoritário de que as ações de ressarcimento propostas pelo Poder Público eram imprescritíveis. A mudança de seu posicionamento foi assim justificada:

Já não mais aderimos a tal desabrida intelecção. Convencemo-nos de sua erronia ao ouvir a exposição feita no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, pelo jovem e brilhante professor Emerson Gabardo, o qual aportou um argumento, ao nosso ver irrespondível, em desfavor da imprescritibilidade, a saber: minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo. De fato o Poder Público pode manter em seus arquivos, por período de tempo longuíssimo, elementos

prestantes para brandir suas increpações contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições desfavoráveis que se lhes fizessem¹⁰.

Além da tese da mitigação ou eliminação do direito de defesa, o preclaro mestre ainda anota que a falta de referência expressa à imprescritibilidade no texto do artigo 37, §5º, da CR/88, tal como ocorre nos incisos XLII e XLIV, ambos do artigo 5º da CR/88, também foi de grande valia para a sua mudança de posicionamento.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹ ensina, atualmente, que a ressalva da parte final do artigo 37, §5º, da Constituição, significa que o prazo prescricional das ações de ressarcimento contra danos causados ao erário não precisa coincidir – a revelar a sua autonomia – com os prazos prescricionais das ações judiciais que objetivam combater ilícitos administrativos ou penais praticados pelo agente público. Este entendimento se mostra impecável e, por consequência, impassível de qualquer censura.

No mesmo diapasão, está o posicionamento de Sergio de Andréa Ferreira (1991), quem, para defender a tese da prescritibilidade, destaca a má qualidade redacional do artigo 37, §5º, da CR/88 e, em seguida, passa à análise histórica deste dispositivo nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1988. Ao examinar a redação dos primitivos textos da Constituinte, assevera que, inicialmente, a imprescritibilidade referia-se a todos os ilícitos que causassem prejuízos ao erário (administrativos, penais e civis); posteriormente, a imprescritibilidade fora expressamente limitada às ações de ressarcimento; e, por fim, que a referência à imprescritibilidade fora eliminada do texto do art. 37, §5º, da CR/88, o que leva a concluir que as ações de ressarcimento são prescritíveis. Diz o doutrinador:

Com a exclusão do adjetivo imprescritíveis para as ações de ressarcimento, a ressalva com relação a elas passou a significar, apenas, que o prazo prescricional da pretensão e da ação de direito material respectivas é independente do fixado no tocante às sanções punitivas. Em decorrência, ou será a prescrição comum, ordinária, ou outra, específica, mas sem vinculação necessária com a anteriormente referida¹².

Com efeito, as ações de ressarcimento propostas pelo Estado em face de agente público devem se submeter a prazo prescricional, sendo certo que a ressalva da parte final do artigo 37, §5º, da Constituição, diz respeito, unicamente, à independência entre os prazos prescricionais das

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 1073.

¹¹ Op. cit. p. 1073.

¹² FERREIRA, Sergio de Andréa. *Comentários à Constituição*. p. 313.

ações de responsabilidade civil e os prazos prescricionais das ações judiciais punitivas (sancionatórias), de natureza penal ou administrativa.

V – PRAZO PRESCRICIONAL PARA A AÇÃO DE REGRESSO PROPOSTA PELO ESTADO EM FACE DO AGENTE PÚBLICO

Considerando ser a interpretação do art. 37, §5º, da CR/88 aqui defendida favorável à **prescritibilidade** das ações de ressarcimento propostas pelo Estado em face do agente público – nas hipóteses em que este tenha, dolosa ou culposamente, provocado danos ao erário –, é necessário estabelecer qual seria o prazo prescricional aplicável.

Previamente, é forçoso mencionar que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro legislação específica que trate sobre o prazo prescricional das ações de ressarcimento ajuizadas pela Administração em face de agente público. O que se sabe é que o prazo genérico de prescrição das ações exercitadas **em face da Fazenda Pública** é de 05 (cinco) anos, conforme normatizado pelo Decreto nº. 20.910/32, que, regulando a prescrição quinquenal, estabelece em seu artigo 1º:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 05 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

O Decreto nº. 20.910/32 não é a única disposição legislativa que indica o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para as ações propostas em face do Estado. A Medida Provisória nº. 2180-35, de 24 de agosto de 2001, inserindo o artigo 1º-C na Lei nº. 9.494, de 10 de setembro de 1997, que dispõe sobre tutela antecipada contra a Fazenda Pública, caminhou no mesmo sentido, consignando que prescreverá em 05 (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.

Com o advento do novo Código Civil (Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), porém, que introduziu várias alterações na disciplina da prescrição, entre as quais está a fixação do prazo prescricional de 03 (três) anos para a pretensão de reparação civil (art. 206, §3º, inciso V), alguns autores passaram a entender que, no que concerne à reparação civil, ficaram derogados os diplomas legais citados anteriormente, notadamente porque:

(...) se a ordem jurídica sempre privilegiou a Fazenda Pública, estabelecendo prazo menor de prescrição da pretensão de terceiros contra ela, prazo esse fixado em cinco anos pelo Decreto nº. 20.910/32, é absurdo admitir a manutenção desse mesmo prazo quando a lei civil, que outrora apontava prazo bem superior àquele, reduz significativamente o período prescricional, no caso para três anos (pretensão à reparação civil). Desse modo, (...), a prescrição da citada pretensão de terceiros contra as pessoas públicas e as de direito privado prestadoras de serviços públicos passou de quinquenal para trienal. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 513)

Em que pesem os argumentos expendidos por notáveis doutrinadores, é de clareza solar que, quando ocorre o fenômeno da antinomia jurídica e o conflito de normas é aparente, um dos critérios utilizados para a solução do impasse é o da especialidade, que tem por postulado o fato de que se o legislador tratou de uma determinada matéria de modo especial e, portanto, com maior acuidade, deve a lei especial prevalecer sobre a lei geral, que somente dispõe de modo genérico sobre ‘aquela’ matéria. Logo, o prazo prescricional para as ações de reparação civil **ajuizadas pelo particular lesado em face do Estado** (pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos) é de 05 (cinco) anos, nos termos da legislação específica vigente.

Dito isto, diante da inexistência de legislação específica que trate sobre o prazo prescricional das ações de ressarcimento **propostas pelo Poder Público em face de seus agentes**, deve-se colmatar a lacuna aqui visualizada pelo método integrativo da analogia, aplicando-se à hipótese em exame, não contemplada de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma lei que prevê uma hipótese distinta, mas que com aquela guarda semelhança, com fundamento na igualdade jurídica, de modo a revelar normas implícitas do ordenamento jurídico pátrio.

Tendo em vista que o prazo prescricional estabelecido para que os administrados proponham ações de ressarcimento **em face da Administração Pública** é de 05 (cinco) anos, conforme elucidado *supra*, infere-se, por analogia, que o prazo prescricional para a propositura de ações judiciais de ressarcimento pelo Estado **em face do agente público** também deverá ser de 05 (cinco) anos. Isto porque a adoção de tratamento distinto para a prescrição das ações de titularidade da Fazenda Pública e das ações propostas em face da Fazenda Pública conduziria a situações iníquas. Em outras palavras, com supedâneo no princípio da igualdade, seria uma flagrante incoerência admitir que as ações versando pretensões a favor e contra a Fazenda Pública se sujeitassem a prazos distintos.

Corroborar com esse entendimento a afirmação de Francys Gomes Freitas segundo a qual a igualdade perante a lei seria o alicerce de uma verdadeira justiça (FREITAS, 2011, p. 28).

Ainda na seara da igualdade, Álvaro Ricardo de Souza Cruz afirma que, modernamente, a “igualdade deixa seu aspecto meramente formal, assumindo uma concepção material e inovadora, permitindo a consecução da máxima ‘tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade’”. (CRUZ, 2009, p. 10).

Diante desse raciocínio, imperioso concluir que, se a prescrição das ações do particular em face do Estado se verifica em 05 (cinco) anos, idêntico tratamento deve ser reservado às ações de titularidade da Administração Pública, intentadas em face de agentes públicos, sejam estas ações de regresso propostas por pessoas jurídicas de direito público ou por pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Fixado o prazo prescricional de 05 (cinco) anos, resta estabelecer a partir de que momento deverá ele começar a ser contado.

Relativamente aos agentes públicos da União, é sempre citada a Lei nº. 4.619/65, que dispõe sobre o exercício judicial do direito de regresso. Determina a lei, em seus artigos 1º e 2º, que cabe aos Procuradores da República propor, obrigatoriamente, a ação indenizatória, no caso de condenação da Fazenda Pública, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data em que transitar em julgado a sentença condenatória.

Apesar do teor da Lei, dentro do período nela marcado para a propositura da ação de regresso ainda não terá nascido para o Estado o interesse de agir. Este só surgirá quando o Estado já tiver pago a indenização ao lesado, pois é a partir desse momento que o erário sofre prejuízo. Se assim não fosse, estar-se-ia admitindo como legítimo o enriquecimento sem causa em favor do Estado, que, mesmo sem ter sofrido qualquer lesão patrimonial que pudesse amparar o pedido indenizatório regressivo, estaria habilitado a postular o ressarcimento em face do agente público¹³.

Nesse sentido, leciona Yussef Said Cahali (2007):

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. p. 518.

O entender diferente propiciaria ao Poder Público a possibilidade de se valer de ação regressiva, ainda que não tivesse pago o quantum devido, em evidente apropriação ilícita e inobservância de preceito intrínseco à própria ação regressiva, consubstanciado na reparação de um prejuízo patrimonial¹⁴.

Assim sendo, levando em conta que o dano patrimonial do Estado ocorre no momento em que ele indeniza o lesado, é apenas a partir desse momento que se inicia a contagem do prazo de prescrição. Por conseguinte, tem a Administração Pública, como titular da pretensão de reparação civil, o prazo de 05 (cinco) anos para deduzi-la em juízo com o objetivo de se ressarcir do prejuízo que lhe causou seu agente. Ultrapassado o prazo sem o ajuizamento da respectiva ação, fica prescrita a pretensão reparatória.

VI – CONCLUSÃO

Em sede de conclusão, é necessário repisar que a interpretação mais adequada para o ditame constitucional relativo à ação de regresso em face do agente público firma a sua prescritibilidade. A uma, por guardar sintonia com o texto da Constituição Federal em relação às exceções trazidas no seu próprio corpo, a duas, para que a segurança jurídica e o princípio da igualdade sejam observados, e, a três, para que um país que se intitula Estado Democrático de Direito possua normas harmoniosas e proporcionais.

Vale sublinhar que a evolução redacional do artigo 37, §5º, da CR/88, durante a Assembleia Nacional Constituinte demonstrou, de forma cristalina, que, se o objetivo do legislador direcionasse para a prescrição dessas ações, teria sido mantido o texto de 1987, que elucidava sua imprescritibilidade. Se o constituinte assim não fez, não cabe ao intérprete aplicar entendimento restritivo ao texto, sob pena de ferir os avanços da Hermenêutica Constitucional Moderna, causando desarmonia no sistema jurídico.

O presente ensaio não objetivou apenas dissertar sobre a necessária mudança de paradigma quanto à imprescritibilidade das ações de regresso propostas pelo Estado em face do agente público, mas buscou definir qual é o prazo prescricional adequado. Para chegar a esse alvo, considerou-se que o método integrativo da analogia, diante da inexistência de legislação específica sobre o tema, seria o que melhor representaria o fundamento da igualdade jurídica e respeitaria as demais normas do ordenamento jurídico.

¹⁴ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. p. 214.

Nesse sentido, a adoção de tratamento distinto para ações propostas pela Fazenda Pública e aquelas ajuizadas em seu desfavor geraria uma flagrante ineficiência do sistema jurídico e afetaria sua estabilidade, posto ser inadmissível tal diferenciação. Em face dessa situação, considerou-se, com base nos princípios anteriormente citados, que 05 (cinco) anos seria o lapso temporal adequado para a presente situação fática.

Por óbvio, não se objetivou isentar o agente público causador de algum dano de sua obrigação de repará-lo. Sabe-se que os mais comezinhos ditames sociais e jurídicos reportam a necessidade de se reparar o “prejuízo” causado a alguém, mesmo sem a intenção de gerá-lo. Não se deseja tal atitude. Nesse diapasão, o desiderato é que o tema seja abordado em consonância com os princípios instituídos pela Constituição da República, realizando-se uma interpretação conforme seu texto e repudiando-se qualquer tratamento desigual que venha tangenciar a injustiça.

O que se buscou com o desenvolvimento do tema foi propiciar uma reflexão por parte dos juristas, com vistas à mudança de paradigmas, para que os ditames constitucionais do Estado Democrático de Direito, da igualdade e da justiça sejam efetivados no caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Demóstenes Tres. *A imprescritibilidade da ação de regresso prevista no art. 37, §5º, da Constituição Federal*. v. 102. Brasília: Revista do TCU, 2004.

CARVALHO, Antônio Roberto Winter de. Reflexões acerca da prescritibilidade nas ações de ressarcimento ao erário previstas no art. 37, §5º, da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, nº. 253. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CRUZ, Luiz Antônio Ribeiro da. *Ação de ressarcimento por dano ao erário: imprescritível por quê?*. I Jornada de Direito Administrativo, Coleção Jornada de Estudos Esmaf, nº. 05. Brasília: Esmaf, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, *Direito à diferença*. 3.ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Sergio de Andréa. *Comentários à Constituição*. 3º vol. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1991.

FREITAS, Francys Gomes, SILVA, Marcelo dos Santos. Análise da (in)constitucionalidade da prescindibilidade do advogado à luz do Juizado Especial Cível. *Revista Meditare*. Disponível em <http://www.faced.br/revista/03/>, acesso em 30 de março de 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Temo brasileiro, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

VALIM, Rafael. *O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.