



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2013.0000356397

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 9196191-84.2008.8.26.0000, da Comarca de Assis, em que são apelantes MINISTERIO PUBLICO e JOSE SANTILLI SOBRINHO, são apelados JOSE SANTILLI SOBRINHO, MINISTERIO PUBLICO e MARIA APARECIDA DE CAMPOS BRANDO SANTILLI.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, negaram provimento ao agravo retido. Por maioria de votos, deram provimento aos recursos do autor e do réu. Vencido o revisor, com declaração de voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO FEITOSA (Presidente sem voto), RUI STOCO E OSVALDO MAGALHÃES.

São Paulo, 17 de junho de 2013.

LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO nº 9196191-84.2008.8.26.0000

APELANTES: MINISTERIO PUBLICO E JOSE SANTILLI SOBRINHO

APELADOS: JOSE SANTILLI SOBRINHO, MINISTERIO PUBLICO E MARIA APARECIDA DE CAMPOS BRANDO SANTILLI

COMARCA: ASSIS

VOTO Nº 210

Ementa:

Ação civil pública – defesa processual rejeitada – legitimidade do MP – adequação do procedimento – vigência pessoal da Lei de Improbidade aos agentes políticos – defesa substancial de prescrição rejeitada – agravo retido improvido.

Ação civil pública - contratação irregular de servidor – ausência de concurso público – ilegalidade corretamente reconhecida – dano consistente nos valores pagos - administrador público que agiu com culpa – inaplicabilidade da proibição do enriquecimento ilícito na espécie – dever de indenizar reconhecido – recurso do autor provido.

Ação civil pública – contratação irregular de servidor – ausência de concurso público – danos morais difusos não provados – afastamento da condenação – recurso do réu provido

A r. sentença de fls. 357/375, cujo relatório é adotado, julgou parcialmente procedente a presente ação civil pública para declarar nula a contratação de terceiro para a prestação de serviços de assistente social sem a realização de concurso público, posto que ausente hipótese legal permissiva, e assim condenou o chefe do Executivo municipal responsável pelo ato a reparar danos morais difusos da ordem de R\$ 10.000,00 acrescidos de correção monetária desde o ajuizamento da ação e de juros de mora desde a citação, ao mesmo tempo em que indeferiu a pretensão de ressarcimento de danos ao erário por concluí-los não comprovados, e ao mesmo tempo em que extinguiu o feito sem resolução do mérito em relação à contratada por entendê-la parte ilegítima à luz dos pedidos formulados na inicial.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O Ministério Público apelou pelo acolhimento integral de sua pretensão sob o argumento de que o dano ao erário é inerente ao ato nulo e assim deve ser reparado.

O requerido apelou e argumentou com o cerceamento de defesa e pelo afastamento da condenação pelos danos morais difusos sob o argumento de que inexistiu ilegalidade, dolo ou má-fé, e dano. Reiterou o agravo retido tirado do despacho de recebimento da inicial e a matéria preliminar então debatida: incompetência do juízo, prescrição, inépcia da inicial, ilegitimidade ativa, inconstitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa, sua inaplicabilidade aos agentes políticos, e ainda as questões de mérito antes ventiladas e relegadas ao exame da questão de fundo.

Os recursos foram recebidos e processados com a oferta de contrarrazões, e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo acolhimento do recurso do autor e pelo improvimento do recurso do réu.

Anote-se o falecimento do requerido e a habilitação de seu espólio que manifestou-se nos autos e reiterou a defesa.

É o relatório. À douta revisão.

Primeiramente, conheço do agravo retido naquilo que objetiva questões processuais e prejudiciais, para negar-lhe provimento.

As matérias deduzidas no agravo retido, com a devida vênia, já foram objeto de pacificação pelos tribunais, não se colhendo frutos na aviventação do tema.

AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - APLICABILIDADE DA LEI 8.429/92 A AGENTE POLÍTICO - IMPOSSIBILIDADE, ANTES DO CONTRADITÓRIO E DA REGULAR DILAÇÃO PROBATÓRIA AFIRMAR A INEXISTÊNCIA DOS ATOS DE IMPROBIDADE - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DECORRENTE DO DISPOSTO NO ART. 129, III, DA CF - PETIÇÃO INICIAL RECEBIDA- AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.(Agravo de Instrumento n.º 990.10.026341-2, rel. Des. Ricardo Feitosa, j. 27/10/10).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - IMPRESCRITIBILIDADE - ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO DE CINCO SERVIDORES PARA FUNÇÕES



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SUBALTERNAS EM FUNDAÇÃO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO MATERIAL AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DE DESPRESTÍGIO À FUNDAÇÃO OU À MUNICIPALIDADE DE ASSIS - IMPROCEDÊNCIA DECRETADA (Apelação Cível n.º 388.054.5/5-00, rel. Des. Ricardo Feitosa, j. 14/12/2009).

AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DANOS A INTERESSE DIFUSO - ADEQUAÇÃO DO MEIO PROCESSUAL - INTERPRETAÇÃO DO ART. 1º, IV, DA LEI 7.347/85 - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DECORRENTE DO DISPOSTO NO ART. 129, III, DA CF. - AGRAVO RETIDO NÃO PROVIDO.

PROCESSO CIVIL - DESPACHO DANDO POR ENCERRADA A INSTRUÇÃO - REQUERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA DESPICIENDA OU INCABÍVEL - AGRAVO RETIDO NÃO PROVIDO.

AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PLANO DE ATENDIMENTO À SAÚDE - PAS - LEI MUNICIPAL 11.866/95 - SAÍDA DE DINHEIRO DOS COFRES PÚBLICOS EM FAVOR DE EMPRESA QUE NADA

FORNECEU À COOPERPAS/MED 1 - RESPONSABILIZAÇÃO DO SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SAÚDE, QUE DISPENSOU LICITAÇÃO EXIGÍVEL, DOS MÉDICOS RESPONSÁVEIS PELO MÓDULO 1 DE ATENDIMENTO E PELA COOPERPAS/MED 1 E DA EMPRESA CONTRATADA PARA GERENCIAR E ASSESSORAR O SISTEMA - AÇÃO PROCEDENTE - SENTENÇA CONFIRMADA. (Apelação Cível n.º 318.892.5/1-00, rel. Des. Ricardo Feitosa, j. 11/05/2006).

Rejeito o agravo retido.

Inexiste cerceamento de defesa na espécie. A sentença foi prolatada na oportunidade do art. 330, inciso I, do CPC, e não se divisa na alegação de cerceamento de defesa deduzida nas razões de apelação a pertinência e a necessidade da produção de alguma outra prova para a solução da lide. A rigor, o apelante sequer informa qual é a prova que desejava produzir e que lhe foi recusada.

As demais matérias discutidas no agravo retido e nas razões de apelação a título de preliminares são, verdadeiramente, questões de mérito e que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

passo a analisar.

É irrecusável a ocorrência de ilegalidade na espécie, pois houve a contratação de um assistente social para prestar serviços à municipalidade sem a realização de concurso público como exigido pelo art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e sem que o fato se justificasse o fato à luz das hipóteses de dispensa de licitação previstas do art. 13 da Lei das Licitações, e nem tão pouco à luz do contido na Lei n.º 3.323/94 do Município de Assis, copiada às fls. 17/18, e que tem maior interesse para a solução da lide.

O contrato de serviço entabulado entre a municipalidade e a prestadora de serviços juntados à fl. 16 estabelece o prazo de 180 dias, a fixação de remuneração presumidamente de acordo com tabela de vencimentos da municipalidade (código 30-I), e o exercício da função de assistente social, justificando-se de forma singela e lacônica nos termos da Lei Municipal n.º 3.323/94.

O ato omite a hipótese de excepcionalidade à luz do art. 2.º da referida lei, que cuida de calamidade pública, comoção interna, campanhas de saúde pública, ampliação emergente de serviços e demanda de mão-de-obra para serviços inadiáveis ou transitórios, com o que resta privado da exigida motivação e aflora inquinado de nulidade.

Nem mesmo ao tempo da oferta da resposta preliminar ou da contestação foi alegado fato que em tese justificasse a contratação à luz da regra local, com o que não se confunde a mera alegação da relevância e utilidade da prestação de serviço social, ou a necessidade singela de garantir a continuidade do serviço público.

Tudo recomenda, com efeito, a conclusão de que o ato foi nulo por violação ao disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, como corretamente fixou o julgado.

O entendimento adotado pela r. sentença apelada é o de que a ilegalidade verificada não implicou em dano ao erário porque os serviços foram efetivamente prestados pela contratada, de modo que a condenação ao reembolso dos gastos efetuados implicaria em enriquecimento ilícito.

Com a devida vênia, tenho que não pode prevalecer o entendimento.

O negócio jurídico, como visto, foi ilegal. Daí que, é forçoso concluir, o poder público gastou dinheiro que não podia validamente gastar, de modo que houve dano patrimonial na espécie.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Se assim é, o agente público que deu causa à nulidade deve responder pelo dano provocado por injunção do disposto no art. 159 do Código Civil vigente ao tempo dos fatos, dado que a culpa é manifesta na medida em que atua com negligência o administrador público que descarta do dever básico de realizar concurso público para contratar pessoal.

Não se desconhece, com bem ressaltado pelo julgado em exame, que os serviços foram efetivamente prestados pela contratada. Mas é de se ver que a regra proibitiva do enriquecimento ilícito não se aplica no caso dos autos.

Com efeito, a hipótese dos autos não mais cuida da situação jurídica da contratada, que foi excluída da lide em definitivo. A relação jurídica entre a municipalidade e a terceira contratada resta incólume, de modo que o exame da equivalência das prestações e o adimplemento das obrigações de pagar entre as partes contratantes são irrelevantes nestes autos.

O que é objetivado nos autos, nesta fase procedimental quando já excluída a contratada da lide, é exclusivamente a responsabilidade civil do administrador público perante a administração. A relação jurídica em exame é outra.

Muito ao contrário do que o exame inicial da hipótese possa sugerir, a responsabilização aquiliana do administrador público vem a contemplar na espécie a intangibilidade do erário público e a proibição do enriquecimento ilícito.

Assim, tenho que o recurso do Ministério Público comporta provimento, condenando-se o agora Espólio requerido a reembolsar à municipalidade o equivalente a todos os pagamentos efetuados em razão do cumprimento do contrato de fl. 16. Os valores serão corrigidos desde cada desembolso conforme os índices da Tabela Prática do TJSP, e acrescidos de juros de 1% ao mês desde a citação.

Assim, pelo meu voto dou provimento ao recurso do Ministério Público.

A r. sentença condenou o requerido ao pagamento de indenização civil por danos morais da ordem de R\$ 10.000,00. Concluiu o julgado que o dano é inerente à ilegalidade praticada, e assim deve ser recomposto.

Não obstante o respeito a tal entendimento, tenho que ele não pode prevalecer.

Note-se, por primeiro, que considerar o dano moral *in re ipsa* como fez o julgado implica contradição com os seus demais termos, especificamente em



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

relação aos danos materiais, em relação aos quais entendeu a douta julgadora que inexistiram porque prestados os serviços.

Ora, se os danos morais decorrem da ilegalidade em si, os danos materiais haveriam de ser reconhecidos na mesma medida, mas não o foram.

E não o foram, na linha de entendimento adotada neste voto, incorretamente porque à luz da culpa aquiliana houve efetiva lesão patrimonial aos cofres públicos na medida da ilegalidade do contrato administrativo, sem injunção da validade dos pagamentos efetuados à contratada, de que não cuida a lide, porque foi gasto o que não poderia ser gasto.

A mesma verificação de lesão ao patrimônio jurídico da municipalidade havia de ser exigida na espécie. Ou seja, reconhecida a ilegalidade provocada pelo administrador por culpa na modalidade negligência, haveria de se perquirir a concreta lesão moral, pesquisando-se o descrédito no seio da comunidade.

A necessidade da prova tem sido exigida por esta Corte:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Transporte coletivo Disponibilização de veículos acessíveis aos portadores de deficiência física e de mobilidade reduzida, nos termos da NBR14022 da ABNT Morosidade injustificada - Pagamento de indenização por danos morais difusos a ser revertida ao Fundo Estadual de Reparação dos Direitos Difusos do Estado de São Paulo - Ausência de comprovação de ofensa à moral coletiva, lesão ou abalo social mensurável Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 38 e 39 do Decreto nº 5.296/2004 Inexistência de violação direta a preceito constitucional Sentença parcialmente reformada apenas para afastar a condenação ao pagamento de indenização por dano moral difuso Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça - Recursos parcialmente providos.(Apelação Cível n.º 0000767-35.2007.8.26.0441, rel. Des. Maria Laura Tavares, j. 10/10/11).

E a prova exigível, como se verifica do exame dos autos, não foi produzida, pois sequer a repercussão local dos acontecimentos foi trazida ao conhecimento do juízo.

Colhe-se, a propósito, de caso precedente da mesma Comarca de Assis, o seguinte trecho da já citada Apelação Cível n.º 388.054.5/5-00, relatada pelo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
eminente Des. Ricardo Feitosa:

Também não existem danos morais reparáveis, pois a contratação de cinco servidores, para o exercício de funções subalternas, com modestos vencimentos, não foi de molde a submeter a desprestígio quer a Fundação Assisense de Cultura, quer a Prefeitura Municipal.

Logo, não pode prosperar a condenação por danos morais, impondo-se o provimento do recurso do requerido ora substituído por seu Espólio.

Em resumo, negado provimento ao agravo retido do requerido, dá-se provimento ao apelo do Ministério Público a fim de se condenar o Espólio requerido a indenizar a municipalidade no valor correspondente a todos os pagamentos efetuados em razão do contrato administrativo de fl. 16, acrescidos de correção monetária desde cada desembolso, e calculada conforme os índices da Tabela Prática do TJSP, e acrescidos de juros de 1% ao mês desde a citação, e dá-se provimento ao apelo do requerido a fim de cancelar a condenação no pagamento de danos morais difusos.

É o voto.

LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO N. 19.052/13. – Revisor.

4ª Câmara de Direito Público

Relator: Luis Fernando Camargo de Barros Vidal - Voto n.º 210.

Apelação Cível n.º: 9196191-84.2008.8.26.0000 – Assis

APELANTES: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO E ESPÓLIO
DE JOSÉ SANTILLI SOBRINHO

APELADOS: OS MESMOS

$\frac{3}{4}$ DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO $\frac{3}{4}$

EMENTA DO VOTO VENCIDO

Apelação Cível. Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Irregularidade na contratação de funcionário. Pretensão à anulação do contrato e indenização por dano moral difuso. Ação julgada parcialmente procedente na origem. Prescrição não considerada pelo Juízo *a quo*. Voto do Relator sorteado admitindo a imprescritibilidade da ação. Divergência. – “Compreensão teleológica do § 5º do art. 37 da CF/88. – “A leitura, a exegese sistêmica e a compreensão teleológica do § 5º do art. 37 da Constituição Federal não conduzem ao entendimento de que ali se estabeleceu hipótese de imprescritibilidade para o manejo de ações de ressarcimento de prejuízos causados ao erário público”

VISTOS,

I – Cuidou-se de ação proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, postulando a nulidade de contratação de funcionário, efetuada com base na Lei Municipal nº 3.323/94, com a condenação do então Prefeito Municipal ao ressarcimento integral do dano e indenização por dano moral difuso.

A r. sentença do Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente a ação, deixando de apreciar a questão da prescrição aviventada pelo réu.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

II – Não obstante o brilho e invulgar cultura demonstrada no brilhante voto do ilustre e culto relator sorteado, tomei a liberdade de divergir, pois não acolho o entendimento de que a ação para o ressarcimento do dano é imprescritível, tal como aceito pelo Relator.

Sempre entendi que a leitura, a exegese sistêmica e a compreensão teleológica do § 5º do art. 37 da Constituição Federal não conduzem ao entendimento de que ali se estabeleceu hipótese de imprescritibilidade para o manejo de ações de ressarcimento de prejuízos causados ao erário público.

III – Aliás, como não se desconhece, a questão relativa à interpretação do § 5º, do art. 37, da CF/88, usualmente, rende ensejo a tormentosas discussões nos Tribunais e entre os doutrinadores.

JOSÉ AFONSO DA SILVA quando trata da matéria expõe:

“Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição ao 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 considerada” (Curso de Direito Constitucional Positivo. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 650).

Perceba-se que o próprio jurista, embora admita a imprescritibilidade no que se refere ao ressarcimento, não deixa de criticar o texto e colocar dúvida sobre a questão.

Também CELSO RIBEIRO BASTOS exprimiu seu descontentamento: “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” (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3, t. 3, p. 167).

Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou a respeito do tema, com as seguintes ementas:

“É imprescritível a Ação Civil Pública visando a recomposição do patrimônio público (art. 37, § 5º, CF/88)” (STJ – 1ª T. – REsp. 403.153 – Rel. José Delgado – j. 09.09.2003 – DJU 20.10.2003).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Processual civil e administrativo. Ação de ressarcimento de dano ao erário. Prescrição. Não-ocorrência. Inépcia da inicial não configurada. Inadequação da via eleita. Não cabimento. – “1) Hipótese em que a empresa recorrente busca, com base no art. 17, § 8º da Lei nº 8.429/1992, a suspensão do prosseguimento de ação ordinária, na qual se apuraram irregularidades na celebração e na execução do contrato para construção de unidades habitacionais. 2) O art. 23 da Lei nº 8.429/1992, que prevê o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a aplicação das sanções, disciplina apenas a primeira parte do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, já que in fine esse mesmo dispositivo teve o cuidado de deixar 'ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento', o que é o mesmo que declarar a sua imprescritibilidade. Precedentes: STF, MS 26.210/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, TP, j. 04.09.2008; e REsp. 403.153/SP, Rel. Min. José Delgado, j. 09.09.2003, DJ 20.10.2003. 3) A pretensão de ressarcimento pelo prejuízo causado ao erário é imprescritível” (STJ – REsp. 1.069.779/SP – Rel. Herman Benjamin – j. 26.08.2008).

A nós parece que, com todo o respeito e não obstante a autoridade da qual promana tal afirmação, não há como sustentar a imprescritibilidade sem disceptação.

A uma, porque a Carta Magna quando estabeleceu a imprescritibilidade o fez expressamente e em *numerus clausus*, como, por exemplo, no art. 5º, inc. XLII: “A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; e 5º, XLIV: “Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

Isto porque a regra é a prescrição, que significa e traduz segurança jurídica, posto que o tempo deve ter o poder de tudo resolver e tudo apagar de modo que a imprescritibilidade é exceção e, como tal, não pode ser presumida.

Ademais, o § 5º do art. 37 da mesma Carta Constitucional não tem a mesma redação nem a mesma clareza ao dispor:

§ 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.

O texto não é de fácil entendimento nem pode ser interpretado em sua literalidade. O que se pode inferir da norma, como uma das variantes possíveis, é que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para os atos praticados e considerados ilícitos, para efeito de punição disciplinar, mas ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento cujo prazo prescricional já está disciplinado em legislação própria, como, *ad exemplum*, o Código Civil,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que estabelece o prazo de três anos para as ações de reparação.

Perceba-se que não se trata de norma auto-aplicável, na medida em que cometeu à lei ordinária o estabelecimento dos prazos de prescrição para ilícitos praticados por agente público, servidor ou não. E assim fazendo mostrou que de imprescritibilidade não está tratando, sob pena de incoerência que não se admite em uma carta de princípios.

E essa lei, ali mencionada, existe.

Aliás, não é apenas uma.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92) estabeleceu o prazo prescricional nas ações objetivando impor sanções nela previstas, com a seguinte dicção:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito 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

A normatização de caráter complementar à Constituição só veio a lume nove anos após a vigência desta Carta de Princípios.

Está-se referindo à Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997 que dispõe:

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).

Perceba-se que o preceito não deixa margem a qualquer dúvida ao estabelecer o prazo de cinco anos para a prescrição do 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.

É exatamente a hipótese dos autos.

Ora, se esse direito for imprescritível nada justificaria que a lei infraconstitucional, obedecendo ao comando da Lei Maior, estabelecesse prazo para o manejo de ação visando justamente o ressarcimento.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Cabe invocar os ensinamentos de LUÍS ROBERTO BARROSO, que certamente abrilhantará o Judiciário como Ministro da Suprema Corte e ANA PAULA BARCELLOS, para os quais a nova interpretação constitucional não conduz a um resultado absoluto e indiscutível, infenso a outras incursões exegéticas.

Colhe-se o seguinte excerto nessa obra:

“As cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido” (*O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, p. 144, abr.-jun./2003*).

Mas a doutrina vem, aos poucos, criando coragem e levantando-se contra a tese da imprescritibilidade, capitaneada pela notável e admirada ADA GRINOVER.

Acerca da questão assim se expressa ELODY NASSAR:

“Necessário observar que, na hipótese do art. 37, § 5º, segunda parte, dois princípios se chocam: de um lado a necessidade do ressarcimento ao erário público e a observância do princípio da indisponibilidade do interesse público e, de outro lado, o ataque ao princípio da estabilidade das relações constituídas no tempo, fundamento principal do instituto da prescrição. Aos tribunais incumbe firmar o verdadeiro critério, ante a hipótese posta. No entanto, colocamo-nos junto daqueles que entendem não poder subsistir a imprescritibilidade dessas ações, pois que contrária aos princípios gerais regentes do instituto prescricional. Não é defensável anular-se os princípios basilares do Estado de Direito, quais sejam o princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas. Nesta linha de raciocínio, acentuamos que o princípio da segurança jurídica, no caso, sobrepõe-se aos demais” (*Prescrição na Administração Pública. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 183-189*).

Por sua vez, MARCELO COLOMBELLI MEZZOMO, manifestando entendimento no sentido de que o § 5º do art. 37 da CF/88 não criou espécie de imprescritibilidade, entende que o preceito constitucional quis apenas “afastar a possibilidade de que a prescrição dos ilícitos administrativos tivesse necessária repercussão sobre a esfera patrimonial”, esclarecendo que “isto não significa que não se pudesse estabelecer prazos iguais para todas as espécies de sanções por atos de improbidade, como acabou por fazer o art. 23 da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Lei 8.429/92” (A *imprescritibilidade das ações ressarcitórias decorrentes de atos de improbidade administrativa: um equívoco hermenêutico*.
www.ufsm.br/direito/artigos/constitucional/imprescritibilidade).

Cabe observar que FÁBIO MEDINA OSÓRIO, retratando-se de entendimento anterior em sentido contrário, enfatizou:

“Até mesmo um crime de homicídio (art. 121, caput, do CP) sujeita-se a prazo prescricional, por que uma ação de danos materiais ao erário escaparia desse tratamento? Dir-se-á que essa medida não constitui uma sanção, eis a resposta. Sem embargo, tal medida ostenta efeitos importantes e um caráter nitidamente 'aflictivo' de um ponto de vista prático. Ademais, gera uma intolerável insegurança jurídica a ausência de qualquer prazo prescricional” (*Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo, Ed. RT, 2000).

Encontra-se em RITA ANDRÉA REHEM ALMEIDA TOURINHO entendimento que muito se aproxima daquele por nós esposado:

“O artigo 37, § 5º, da Constituição apenas afirma que as ações de ressarcimentos decorrentes de prejuízos causados ao erário não estarão sujeitas ao prazo prescricional a ser estabelecido em lei para ilícitos praticados por agentes públicos. Em momento algum afirmou que estas ações de ressarcimento seriam imprescritíveis” (*A prescrição e a lei de improbidade administrativa*. www.jus.com.br).

Mas não é só.

Em rico trabalho doutrinário, ADA PELLEGRINI GRINOVER foi enfática, não deixando qualquer dúvida quanto ao seu posicionamento quando assim se expressou:

É lícito concluir que a regra inserta no § 5º do art. 37 da Constituição Federal não estabelece uma taxativa imprescritibilidade em relação à pretensão de ressarcimento ao erário, estando também tal pretensão sujeita aos prazos prescricionais estatuídos no plano infraconstitucional” (grifo nosso). E acrescentou: “Portanto, aceita a premissa de que a pretensão ligada ao ressarcimento do erário é sim passível de extinção pelo transcurso do tempo, forçoso será concluir que essa extinção atingirá a todos os possíveis legitimados para deduzi-la em juízo (ordinários ou extraordinários), incluindo aí o Ministério Público, titular que é da assim denominada ação de improbidade administrativa” (*Ação de improbidade administrativa. Decadência e prescrição*. Interesse Público. Porto Alegre: Notadez, n. 33, Ano VII, 2005, p. 55-92).

Nesse mesmo sentido encontra-se excepcional e exaustivo estudo doutrinário de GEORGES LOUIS HAGE HUMBERT (**In:** *Prescritibilidade das ações de*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ressarcimento ao erário – Estudo de casos. Revista Interesse Público, Ed. Fórum, B. Horizonte, Ano XI, nº 55, 2009, p. 202).

Em excelente e diferenciado trabalho de doutrina LEIDIANE MARA MEIRA JARDIM, advogada da União, obtemperou em tom de advertência: “De fato, atribuir às ações de ressarcimento provenientes de ilícito culposo a imprescritibilidade prevista no art. 37, § 5º, da Constituição permitiria uma infinidade de ações que não prescreveriam, vulnerando demasiadamente o princípio da segurança jurídica” (*Decadência e prescrição na ação de ressarcimento ao erário decorrente de ato ilícito*. Juris Plenum, Caxias do Sul, Ano VII, n. 40, julho/2011, p. 59).

Também o culto e admirado Ministro CESAR ASFOR ROCHA foi enfático em afastar a possibilidade de imprescritibilidade em casos tais, assim se expressando:

“Creio que a tese da imprescritibilidade contém um manifesto exagero – e digo isso com o maior respeito aos que sustentam com os seus argumentos específicos – porque tal efeito, dada a sua excepcionalidade jurídica, somente poderia ter respaldo em norma expressa; em outros termos, penso que a imprescritibilidade de um direito não poderia resultar de exegese normativa, mas sempre resultar de previsão expressa e indubitosa, posta em norma de indiscutível clareza de sentido” (*Prescritibilidade da ação de ressarcimento de danos decorrentes de ato ímprobo*. In: *Breves reflexões críticas sobre a Ação de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Ed. Migalhas, 2012, p. 44).

IV – Mas não é só.

É fundamental registrar que também o mestre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO refluíu e mudou o seu entendimento, assim se expressando:

“O art. 37, § 5º, da Constituição estatui que: 'A lei estabelecerá os prazos de prescrição por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento'. A segunda parte do dispositivo fez despertar a suposição, amplamente disseminada, de que seriam imprescritíveis as ações de ressarcimento. A esta posição aderimos até a 26ª edição deste *Curso*. Já hoje, consoante explicamos no capítulo seguinte (“A prescrição no Direito Administrativo”, n. 12-A), revimos esta posição sob influência do que Emerson Gabardo expôs sobre a matéria em conferência proferida no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio/2009” (*Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 1.065).

Mais adiante esse autor acrescentou em tom de retratação:

“Já não mais aderimos a tal desabrida inteligência. Convencemo-nos de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sua erronia...”. E conclui: “Não é crível que a Constituição possa abonar resultados tão radicalmente adversos aos princípios que adota no que concerne ao direito de defesa. Dessarte, se a isto se agrega que quando quis estabelecer a imprescritibilidade a Constituição o fez expressamente como no art. 5º, incs. XLII e XLIV (crimes de racismo e ação armada contra a ordem constitucional) e sempre em matéria penal que, bem por isso, não se eterniza, pois não ultrapassa uma vida –, ainda mais se robustece a tese adversa à imprescritibilidade. Eis, pois, que reformamos nosso anterior entendimento da matéria” (ob. cit., 29. ed., p. 1081).

Do que se conclui – como constou do intróito – que a leitura, a exegese sistêmica e a compreensão teleológica do § 5º do art. 37 da Constituição Federal não pode levar o exegeta ao entendimento de que nessa Carta se estabeleceu hipótese de imprescritibilidade para o manejo de ações de ressarcimento de prejuízos causados ao erário público.

Nesse sentido já nos manifestamos na 13ª Câmara de Direito Público desta Egrégia Corte, prevalecendo, naquela oportunidade, o entendimento aqui por nós esposado, em contraposição ao entendimento do nobre Relator sorteado nestes autos:

Apelação Cível. Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público. Concessionária de serviço público. Realização de contrato administrativo visando a prestação de serviços de mão-de-obra sem licitação. Ação contra os diretores e a empresa beneficiária visando a anulação do contrato e a condenação dos réus a ressarcir os valores despendidos. Ação julgada procedente. Reforma. Prescrição do direito de ação para obter a anulação reconhecida. Recursos providos. – “A leitura, a exegese sistêmica e a compreensão teleológica do § 5º do art. 37 da Constituição Federal não conduzem ao entendimento de que ali se estabeleceu hipótese de imprescritibilidade para o manejo de ações de ressarcimento de prejuízos causados ao erário público” (TJSP – 13ª C. Dir. Público – Ap. 302.016-5/3 – Rel. Rui Stoco – j. 27.01.2006 – Voto 6.108/06).

Também esta Egrégia 4ª Câmara de Direito Público, em mais de uma oportunidade, julgou no mesmo sentido como se verifica, *ad exemplum*, dos julgados abaixo:

Prescrição. Ocorrência. Ação civil pública. Ressarcimento de dano ao Erário. Demanda sujeita à prescrição quinquenal. Imprescritibilidade das ações de ressarcimento que ocorre somente nos casos de prática de ilícito penal. Inteligência do art. 37, § 5º, da CF/1988 e do art. 1º-C da Lei 9.494/1997. (TJSP – Ap. 9210851-54.2006.8.26.0000 – 4ª Câm. de Direito Público – j. 11.04.2011 – v.u. – Rel. Des. Rui Stoco – Voto nº 10.800, ementa não oficial)

Obs.: Publicado na Revista dos Tribunais nº 908/848, junho de 2011.

No mesmo sentido: Ap. 0185111-19.2007.8.26.0000,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Rel. Des. Rui Stoco, j. 23.05.2011, Voto: 12.013).

Destaque-se que a Colenda 13^a Câmara de Direito Público deste Egrégio Tribunal decidiu no mesmo sentido:

Apelação Cível. Ação Civil Pública de improbidade administrativa. Pleitos voltados à declaração de nulidade de contrato para contratação de funcionário por fundação pessoa jurídica de direito público sem prévio concurso, assim como ao ressarcimento, por quem a presidia, dos danos supostamente daí decorrentes. Prescrição da ação civil pública voltada ao ressarcimento de dano ao erário possível, consoante adequada exegese do art. 37, 5º, da Constituição Federal. Incidência, por analogia *legis*, das regras atinentes à prescrição aplicáveis à Ação Popular, ante o silêncio da Lei nº 7.347/85 sobre o tema. Prescrição evidente da ação ajuizada, contado da data do término do prazo do contrato que se pretende ver anulado. Prejudicial de mérito reconhecida de ofício para julgar o processo extinto, nos moldes do art. 269, inc. IV, do CPC, combinado com o art. 219, § 5º, do mesmo Codex. (TJSP – 13^a C. Dir. Público – Ap. 0536919-73.2005.8.26.0577 – Rel. Ricardo Anafe – j. 19.09.2012).

V – Mas não é só.

No julgamento do MS 26.210/DF pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, o Ministro **Cezar Peluso**, afastando-se da tese defendida por tantos, fez importante ressalva a respeito do tema, demonstrando que a interpretação do art. 37, § 5º da Carta Magna não se faz no sentido que atualmente prevalece, posto que – segundo seu entendimento – a imprescritibilidade nas ações de ressarcimento só ocorre quando a conduta do agente da Administração ou do particular caracterize também ilícito penal, ou seja, decorra da prática de crime.

Confira-se parte do voto do ilustre Ministro:

“A matéria envolve tema constitucional, que diz com o art. 37 da CF. Concordo integralmente com todas as demais ponderações e argumentos do eminente Relator, mas gostaria de fazer uma ressalva em relação à interpretação do art. 37, § 5º. Esta norma estabelece claramente uma exceção – eu diria, exceção marcante – em relação ao princípio jurídico universal: o princípio de limitação do prazo de exercício de todas as pretensões, porque é este requisito de segurança jurídica. Há larga discussão em doutrina sobre as ações declaratórias, para saber se seriam ou não imprescritíveis, mas a regra geral, como princípio universal, formulado em benefício da paz social e da segurança jurídica, é que todas as pretensões estão sujeitas à prescrição, e alguns direitos, sujeitos à decadência. Então, em se tratando de exceção a uma regra de tão amplo alcance, teria de ser interpretada, já desse ponto de vista, estritamente. Em segundo lugar, o que me parece claro dessa regra – com o devido respeito – é que se trata de uma exceção à previsão de prescrição para ilícitos, ou seja, há aqui segunda exceção, normativa, uma exceção de segundo grau, que é de abrir



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ressalva à prescritibilidade e em relação aos ilícitos praticados por qualquer agente, que, seja servidor, ou não, cause prejuízo ao Erário. Isso significa, no meu entender, que em primeiro lugar, a hipótese excepcional não é de qualquer ilícito, sobretudo *não é de ilícito civil*. Aliás, o próprio Tribunal de Contas da União, ao prestar informações, invoca acertada doutrina que, provavelmente citada nos seus acórdãos diz o seguinte: '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'. Noutras palavras, as ações relativas a crimes são prescritíveis, não porém, as respectivas ações de ressarcimento. Respectivas do que? Dos crimes, isto é, as ações tendentes a reparar os prejuízos oriundos da prática de crime danoso ao Erário. Este o sentido lógico do adjetivo *respectivos*. Não se trata, portanto, de qualquer ação de ressarcimento, senão apenas das ações de ressarcimento e danos oriundos de ilícitos de caráter criminal. Aí se entende, então, o caráter excepcional da regra da imprescritibilidade. Por que? Porque é caso de ilícito mais grave na ordem jurídica. E a Constituição, por razões soberanas, entendeu que, nesse caso, cuidando-se de delitos, no sentido criminal da palavra, as respectivas ações de ressarcimento não prescrevem, conquanto prescrevam as demais ações nascidas do ilícito penal. Ora, no caso – a mim parece-me –, não há crime nenhum. De modo que não se aplicaria o princípio...”.

E, como se verifica, no caso dos autos não há notícia de propositura de ação penal, tampouco de condenação, pelos fatos descritos na inicial.

VI – Destaca-se que a tese exposta vem contando com a adesão desta Quarta Câmara de Direito Público:

Apelação Cível. Ação Civil Pública. Contratação de servidores sem concurso. Ação proposta visando à condenação do réu a ressarcir os prejuízos suportados pelo erário e danos morais difusos. Prescrição reconhecida na origem. Sentença mantida. Recurso não provido. – “A leitura, a exegese sistêmica e a compreensão teleológica do § 5º do art. 37 da Constituição Federal não conduzem ao entendimento de que ali se estabeleceu hipótese de imprescritibilidade para o manejo de ações de ressarcimento de prejuízos causados ao erário público” (TJSP – 4ª C. Dir. Público – Ap. 0375533-77.2009.8.26.0000 – Rel. Rui Stoco – j. 19.09.2011).

Apelação Cível. Ação de Improbidade Administrativa. Superfaturamento de valores pagos em contrato administrativo. Ação proposta visando à condenação dos réus nas sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa. Ação julgada parcialmente procedente na origem, apenas para condenar aos réus a ressarcir os danos impingidos ao erário, reconhecendo-se a prescrição quanto às demais sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Prescrição que também deve ser reconhecida em relação à pretensão de ressarcimento de danos ocasionados ao erário público. Sentença reformada. Recurso provido. – “A leitura, a exegese sistêmica e a compreensão teleológica do § 5º do art. 37 da Constituição Federal não conduzem ao entendimento de que ali se estabeleceu hipótese de imprescritibilidade para o manejo de ações de ressarcimento de prejuízos causados ao erário público”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
(TJSP – 4ª C. Dir. Público – Ap. 0232445-78.2009.8.26.0000 – Rel. Rui Stoco – j. 12.09.2011).

Apelação Cível. Ação Civil Pública. Superfaturamento de valores pagos em contrato administrativo. Ação proposta visando à condenação dos réus a ressarcir os prejuízos suportados pelo erário. Ação julgada procedente na origem. Prescrição que deve ser reconhecida Sentença reformada. Recurso provido. – “A leitura, a exegese sistêmica e a compreensão teleológica do § 5º do art. 37 da Constituição Federal não conduzem ao entendimento de que ali se estabeleceu hipótese de imprescritibilidade para o manejo de ações de ressarcimento de prejuízos causados ao erário público” (TJSP – 4ª C. Dir. Público – Ap. 9088004-45.2009.8.26.0000 – Rel. Rui Stoco – j. 22.08.2011).

Apelações Cíveis. Ação Civil Pública. Constatação de irregularidades apuradas pelo Tribunal de Contas. Ação proposta visando à condenação do réu ao ressarcir prejuízos ao erário e danos morais difusos. Ação julgada parcialmente procedente. Inadmissibilidade. Prescrição que se reconhece. Recurso do réu provido, prejudicado o do autor. – “A leitura, a exegese sistêmica e a compreensão teleológica do § 5º do art. 37 da Constituição Federal não conduzem ao entendimento de que ali se estabeleceu hipótese de imprescritibilidade para o manejo de ações de ressarcimento de prejuízos causados ao erário público” (TJSP – 4ª C. Dir. Público – Ap. 016422-78.2007.8.26.0000 – Rel. Rui Stoco – j. 11.07.2011).

Apelação Cível. Ação Civil Pública. Reparação de danos ao erário. Realização de contrato administrativo visando a prestação de serviços jurídicos sem licitação. Município que gozava de quadro de advogados fixos. Pretensão dirigida à condenação dos réus apenas para o fim de ressarcimento dos valores despendidos. Ação julgada parcialmente procedente na origem. Reconhecimento da prescrição quanto à aplicação das sanções de improbidade. Inadmissibilidade. Pedido não constante da inicial. Sentença anulada nesta parte. Pretensão de ressarcimento de valores. Prescrição reconhecida. Sentença reformada. Recurso provido. – “A leitura, a exegese sistêmica e a compreensão teleológica do § 5º do art. 37 da Constituição Federal não conduzem ao entendimento de que ali se estabeleceu hipótese de imprescritibilidade para o manejo de ações de ressarcimento de prejuízos causados ao erário público” (TJSP – 4ª C. Dir. Público – Ap. 0185111-19.2007.8.26.0000 – Rel. Rui Stoco – j. 23.05.2011).

VII – Essas as razões pelas quais, pelo meu voto, acolhia a alegação do Espólio de José Santili Sobrinho de ocorrência da prescrição do direito de ação.

RUI STOCO
—Revisor—

aps



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	8	Acórdãos Eletrônicos	LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL	3968B4
9	19	Declarações de Votos	RUI STOCO	398776

Para conferir o original acesse o site:

<http://esaj.tjsp.jus.br/pastadigitalsg5/sgcr/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 9196191-84.2008.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.