

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LICITAÇÃO - FRAUDE - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AGENTE PÚBLICO - DANO - ERÁRIO - DEVER DE INDENIZAR - IMPRESCRITIBILIDADE - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - SANÇÃO ADMINISTRATIVA - PRESCRIÇÃO - PRAZO - LEI 8.429/92 - APLICABILIDADE - MEDIDA CAUTELAR - REQUISITOS - OBSERVÂNCIA - INDISPONIBILIDADE DOS BENS - POSSIBILIDADE**

**Ementa: Ação civil pública. Responsabilização de agente público por ato de improbidade administrativa. Dever de ressarcir. Imprescritibilidade. Sanções administrativas. Prescrição quinquenal. Construção de bens. Possibilidade.**

**- Responde pelo prejuízo causado ao erário o agente público que de qualquer forma concorreu para o dano.**

**- A Comissão de Licitação é solidariamente responsável pelos atos irregulares que causem prejuízo ao erário.**

**- As sanções se submetem à prescrição quinquenal prevista no art. 23, I, da Lei 8.429/92.**

- A pretensão de ressarcimento é imprescritível.

- As questões cautelares devem ser deferidas pelo julgador desde que possa extrair dos autos dois pressupostos básicos: o perigo de dano na demora da prestação jurisdicional e a evidência de que exista o direito que assista à parte requerente.

- A indisponibilidade de bens não é sanção, mas meio de assegurar o resultado útil do processo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0309.04.002338-9/001 - Comarca de Inhapim - Apelantes: Jair Vieira Campos e outro, Prefeito Municipal de Dom Cavati - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: Des.<sup>a</sup> VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR, ACOLHER A OUTRA PRELIMINAR EM PARTE E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2007.  
- Vanessa Verdolim Hudson Andrade - Relatora.

### Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelos apelantes, o Dr. André Myssior.

A Sr.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Vanessa Verdolim Hudson Andrade - Sr. Presidente. Ouvi, com a devida atenção, a sustentação oral produzida e ressaltado, em face do que foi dito da tribuna, que não desconheço a tendência moderna da interpretação da Constituição Federal no sentido de que seria imprescritível somente a ação movida pelo Estado contra o seu agente, ou seja, a ação regressiva. A tendência moderna vem-se aumentando e grande parte da doutrina assim tem entendido, mas ainda não me convenci disso na interpretação da lei.

Fiz essa manifestação porque não a citei no meu voto, mas nele abordo todos os pontos colocados da tribuna.

Trata-se de apelação proposta às f. 626/639, por Jair Vieira Campos e outros, nos

autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, diante do seu inconformismo em face da decisão de f. 614/623, que julgou parcialmente procedente o pedido aviado pelo autor, para condenar os réus no ressarcimento ao erário, com indisponibilidade de bens, além de pagamento de multa, pelo ato ímprobo que fraudou procedimento licitatório naquele município.

Os apelantes requerem que seja reformado o *decisum*. Preliminarmente, pugnam pelo reconhecimento da prescrição, tendo em vista que se passaram mais de cinco anos desde o término dos mandatos dos réus. Asseveram, ainda, que não restou comprovado nos autos que houve enriquecimento ilícito, de modo que o *Parquet* é carecedor de ação. Por fim, aduzem que o Ministério Público não é legítimo para fiscalizar as contas dos municípios. Quanto ao mérito, alegam ter inexistido qualquer ato capaz de imputá-los em improbidade administrativa, sendo que o que ocorrera na ocasião se caracteriza apenas como irregularidades formais na licitação. Negam ter havido prejuízo ao erário, bem como enriquecimento ilícito, pelo que refutam a aplicação do art. 6º da Lei 8.429/92, que decretou indisponibilidade de seus bens.

Devidamente intimado, o apelado apresentou contra-razões às f. 642/650, pela manutenção da sentença primeva. Sustenta que a prescrição atinge apenas as sanções previstas na lei de improbidade administrativa, sendo que *in casu* se trata de ação cível. Roga pela manutenção da cautelar de indisponibilidade patrimonial dos apelantes e ratifica a tese de que o ato ímprobo ensejou sérios danos aos

cofres públicos, sendo, inclusive, caso de enriquecimento ilícito.

A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se às f. 657/663 pelo provimento parcial, mantendo-se o ressarcimento ao erário e pagamento de custas processuais bem como a indisponibilidade dos bens, com exclusão das demais sanções impostas na condenação, que só passaram a ter previsão legal em período posterior à ocorrências dos fatos, sendo inaplicável a Lei 8.429/92.

Conheço da apelação, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

1 - Preliminarmente.

1.1 - Prescrição.

1.2 - Prescrição - histórico.

Há que se fazer, antes, um histórico sobre ações desse tipo.

A Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, dispõe em seu art. 1º sobre a ação que visa à anulação ou à declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista. No art. 11, dispõe que a sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa. E, no art. 21, estabelece que a ação popular prescreve em cinco anos.

O art. 178, § 10, VI, do Código Beviláqua, por sua vez, estabelecia a prescrição quinquenal para as dívidas da Fazenda Pública e, no item IX, estabelecia também a prescrição quinquenal para a ação por ofensa ou dano causados ao direito de propriedade; contado o prazo da data em que se deu a mesma ofensa ou dano.

O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal,

atinge todas 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, estabelecendo que prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram.

Essa prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública não constitui puro privilégio, pois tem base sólida em questões políticas, considerando a transitoriedade dos cargos na Administração Pública e a possibilidade de serem extraviados documentos - com possibilidade até mesmo de perseguições políticas.

A ação popular, que data de 1965, não fugiu desse norte, ao fixar em 5 anos a prescrição da ação que visa à anulação ou à declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios e respectivas entidades. A transitoriedade de cargos e a dificuldade de o agente público fazer provas e mesmo guardar documentos que pertencem ao órgão público que disciplinou essa política de estabelecer uma prescrição de cinco anos, contados, em geral, do ato lesivo ou mesmo de seu conhecimento, que ocorre em geral quando o agente público deixa o cargo.

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a chamada Lei da Improbidade Administrativa, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências, estabelecendo a prescrição quinquenal:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:

I - até 5 (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.

Não estabeleceu essa lei o prazo prescricional a contar do fato, mas do término do mandato, ou do cargo função de confiança, precisamente pela dificuldade em se descobrir a improbidade com o agente no cargo.

A prescrição quinquenal tem, pois, razão de ser. Evita deixar o agente público, mormente o agente político, detentor de cargos transitórios, ao sabor da política, que se atém mais a posições ideológicas, mas que, não raro para preservá-las, utiliza-se de artifícios e ardis, como a história nos tem mostrado.

Perigoso, pois, nessa área, permitir prazos maiores de prescrição, deixando os políticos ao sabor de tendências e da disputa dos cargos de governo ou do proselitismo partidário, sabendo-se que, ao deixar o cargo, os documentos que podem ajudar a sua defesa se encontram precisamente em poder da Administração atual e daqueles que, não raro, estão por trás dessas ações.

### 1.3 - Prescrição - Art. 37, § 5º, da CR/88.

A norma que estabelece prazo de prescrição merece exegese sistemática e teleológica, e, em se tratando de ato praticado por agente público, a exegese deve ser mais estrita, não ampliativa nem liberal.

Estabelece a CR/88 em seu 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.

A interpretação no sentido de que todas as ações de ressarcimento seriam imprescritíveis fere o próprio texto, pois ali se refere à prescrição de atos ilícitos que causem prejuízo ao erário, o que atinge as ações de ressarcimento, determinando a Constituição que lei disponha sobre a sua prescrição. Assim, a única exegese possível é a de que as “respectivas ações de ressarcimento” ali referidas são as ações de regresso. A expressão “respecti-

vas” não pode ser desconsiderada, pois a lei não tem palavras inúteis.

Ora, a possibilidade de um juízo de valor sobre o direito então vigente depende da norma fundamental, que representa, conforme doutrina Kelsen, uma questão de fé, e não de ciência, como “pressuposto formal da razão normativa”, como “fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa” (KELSEN, *Teoria pura de direito*, 4. ed., 1995, p. 217).

Alguns entendem ainda que a disposição constitucional, “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, quis colocar à margem da prescrição todas as ações de ressarcimento por atos de agentes públicos, tidas como imprescritíveis, admitindo a prescrição quinquenal apenas para as demais sanções, que fogem ao âmbito do ressarcimento, como as sanções políticas. Assim, das penalidades previstas no § 4º do art. 37 (“§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”), apenas o ressarcimento estaria submetido à imprescritibilidade referida no § 7º, para quem assim entende.

Há que se atentar, porém, para a realidade política e social e para isso Claude Du Pasquier já ressaltava a importância de o ato interpretativo atentar às exigências da vida real (*Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, quatrième édition mise à jour et augmentée*, Delachaux & Niestlé S.A., p. 198/199).

E, embora não olvidando o princípio da moralidade administrativa, consagrado constitucionalmente, que, segundo José Afonso da Silva, não tem por objetivo alcançar a moralidade comum, mas sim a moralidade jurídica, concluindo que o princípio da moralidade administrativa não será apenas violado quando o administrador não atende à moralidade subjetiva, ou seja, “quando agir com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém” (*Curso de direito*

*constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 405), há que se atentar também para as possibilidades que existem na vida real, de que o agente seja colocado em situação de absoluta impossibilidade de defesa, por não mais deter o cargo, e, por via de consequência, os documentos que poderia utilizar em sua defesa.

#### 1.4 - Prescrição - Lei 8.429/92.

Dispõe a Lei 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:

I - até 5 (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.

Seria contrário ao princípio constitucional da moralidade administrativa, consagrado no art. 37 da Constituição da República de 1988, deixar que o agente público ficasse indefinidamente ao sabor das perseguições políticas, sempre com a espada de Dâmoicles sobre a sua cabeça, em perigo sempre iminente. A prescrição, como instituto de segurança jurídica e paz social, não admite tal hipótese, da imprescritibilidade de toda e qualquer ação de ressarcimento. Assim, a expressão "respectivas ações de ressarcimento" somente pode referir-se àquelas ações de regresso.

Nossa Câmara tem dado exegese restritiva à questão:

Ementa: Agravo. Despacho inicial de natureza interlocutória. Pedido de ressarcimento ao erário. Imprescritibilidade do direito de ação do *Parquet*. Rejeição da preliminar. Manutenção da decisão recorrida.

- Imprescritível é o direito de agir do Ministério Público para as ações de responsabilidade por improbidade administrativa, com pedido de ressarcimento ao erário.

- V.v.: Direito constitucional e administrativo. Constituição da República. Art. 37, § 5º. Ação de ressarcimento. Imprescritibilidade. Prejuízo ao erário. Pressuposto inarredável. Ausência de licitação. Falta de indicação objetiva de prejuízo. Ato de improbidade submetido à prescrição quinquenal. Imprescritibilidade não configurada, à falta de indicação de prejuízo.

- O art. 37 da CR/88, em seu § 5º, ressalva a imprescritibilidade apenas quanto às ações de ressarcimento ao erário pelo agente causador do prejuízo decorrente de ato ilícito, submetendo-se as sanções relativas às demais ações previstas na Lei de Improbidade à prescrição quinquenal. A exigência primordial para a imprescritibilidade prevista no § 5º do art. 37 da CR/88 é que tenha o ato ilícito causado prejuízo ao erário, o que, no caso de falta de licitação, pode ocorrer na hipótese de superfaturamento, falta de entrega da obra ou do serviço ou outras irregularidades que causem prejuízo ao erário. Se a inicial da ação de ressarcimento não faz qualquer referência a prejuízo patrimonial, financeiro ou material ao erário, referindo-se apenas a ato de improbidade por falta de licitação para obra e serviços, que na realidade foram implementados e recebidos pelo município, as sanções são as previstas na Lei de Improbidade, como a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e pagamento de multa civil, dentre outras, que prescrevem em 5 (cinco) anos. O ressarcimento sem que haja indicação de ocorrência de efetivo prejuízo equivaleria à multa, já que não se destina a recompor prejuízo ao patrimônio público. Nesse caso, submete-se a ação à prescrição quinquenal (Agravo de Instrumento 1.0439.04.030158-2/001(1) - Relator: Des. Geraldo Augusto, j. em 09.08.2005, data da publicação: 26.08.2005).

Discorrendo sobre a imprescritibilidade, Pinto Ferreira afirma que:

A expressão agente é a palavra genérica, da qual a designação de servidor é subdivisão ou espécie. O prefeito é um agente, embora sem ser servidor público. A lei estabelecerá os prazos de prescrição. A lei ordinária, a que alude

o preceito, será de nível federal, estadual ou municipal, quando se tratar de prazos prescricionais para ilícitos administrativos. Será federal nos casos de ilícito penal. As ações de ressarcimento ou as ações de responsabilidade civil, contudo, são imprescritíveis. Não se submetem ao disposto no art. 177 do CC/1916, determinando que as ações pessoais prescrevem em 20 anos e as ações reais em 10 anos. Não ocorrendo prescrição, o direito do Estado é permanente para reaver o que lhe for ilicitamente subtraído (*Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 2, p. 396).

A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona também que:

... são, contudo, imprescritíveis as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme o estabelece o art. 37, § 5º, da Constituição (*Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 695).

Sobre o ressarcimento ao erário, José Cretella Jr. assim disserta sobre o tema, alertando sobre a necessidade de lesão patrimonial aos cofres públicos para dar lugar ao ressarcimento:

A terceira consequência da prática de atos de improbidade administrativa é o ressarcimento ao erário, isto apenas na hipótese de ilícito que tenha importado em lesão patrimonial aos cofres públicos, como, por exemplo, nos casos de peculato (*Comentários à Constituição*, 1988. 2. ed., v. IV, p. 2.258).

Entendo, porém, que o conteúdo do § 5º do art. 37 da CR/88 não é assim tão simplista como parece ser, merecendo maior reflexão.

Julgo acima de tudo oportuno registrar que as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa não se confundem com o ressarcimento, já que este não possui natureza jurídica de sanção, mas sim de mero restabelecimento ao estado anterior.

Este Tribunal tem constantemente assim julgado:

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Pedido de ressarcimento. Imprescritibilidade. Inteligência do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. - O pedido de reparação ao Município de Nova Serrana, decorrente dos supostos danos causados pela inclusão nos cadastros do Siafi, não foi atingido pela prescrição, uma vez que, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, trata-se de pleito imprescritível. A Constituição impõe uma interpretação restritiva do art. 23, I, da Lei 8.429/92, que considere que, dentre as sanções a que o dispositivo se refere, não se inclui o dever de ressarcimento, uma vez que este tem natureza indenizatória, e não punitiva. Não se aplica o art. 515, §§ 1º e 3º, do Código de Processo Civil, quando o processo não estiver suficientemente instruído, com condições de imediato julgamento (TJMG, Apelação Cível nº 1.0452.02.006409-6, Rel.ª Desembargadora Maria Elza, 5ª Câmara Cível, DJ de 20.04.2005).

Ação civil pública. Ressarcimento de danos ao erário. Prescrição. Inocorrência. Sentença confirmada. - Em se tratando de reparação de danos ao erário, não há falar na aplicação do disposto no art. 23 da Lei de 8.429/92, uma vez que tal pretensão é direito indisponível da Administração Pública e não pode ser obstada pelo decurso do tempo. Recurso a que se dá provimento (TJMG, Apelação Cível nº 1.0000.00.329920-3, Rel. Des. Kildare Carvalho, 3ª Câmara Cível, DJ de 14.11.2003).

Deixando para maiores reflexões o tema da abrangência da expressão “respectivos ressarcimentos” e vamos considerar que, se a ação civil pública identifica e indica efetivo prejuízo a ser ressarcido ao erário, a ação de ressarcimento é imprescritível (art. 37, § 5º, CR/88), e a exigência primordial para a imprescritibilidade prevista no § 5º do art. 37 da CR/88 é que tenha o ato ilícito causado prejuízo ao erário.

Havendo prejuízo, a Carta Magna houve por bem impor a imprescritibilidade da ação de ressarcimento, evitando que governantes ímprobos e desonestos se locupletem à custa do erário e do cidadão que para ele contribui, como medida de moralização e impeditivo de locupletamento indevido. Constitui, ainda, meio de afastar os administradores que não primam pela probidade,

dificultando-lhes ou impedindo o gozo dos frutos de atos ilícitos que praticaram.

Celso Ribeiro Bastos, comentando precisamente esse dispositivo constitucional, assim se manifestou:

No que tange aos danos civis, o propósito do texto é de tornar imprescritíveis as ações visando ao ressarcimento do dano causado. É de lamentar-se a opção do constituinte por essa exceção à regra da prescritebilidade, que é sempre encontrável relativamente ao exercício de todos os direitos (*Comentários à Constituição do Brasil*. Ed. Saraiva, Tomo III, p. 167).

De outro lado, a gravidade da improbidade no Poder Público, da forma como vem se disseminando, impõe uma política mais rígida de controle, que Miguel Reale assim define:

aos olhos do homem comum o Direito é lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros (*Lições preliminares de direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1/2).

O brilhante constitucionalista Professor José Afonso da Silva também manifestou a sua preocupação tanto sobre o entendimento quanto ao referido dispositivo constitucional:

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

ração 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 imprescritebilidade na hipótese considerada (*Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. Malheiros Editores, p. 574).

Para demonstrar ainda que tal regra deve ser interpretada de forma restritiva e enérgica, impondo-se a indicação concreta de existência de prejuízo, para não tornar imprescritíveis os demais atos previstos na lei da improbidade, vale transcrever a crítica feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre a imprescritebilidade das ações de ressarcimento:

Parecem deduzir-se duas regras deste texto mal redigido. Uma, concernente à sanção pelo ilícito; outra, à reparação do prejuízo. Quanto ao primeiro aspecto, a norma 'chove no molhado': prevê que a lei fixe os respectivos prazos prescricionais. Quanto ao segundo, estabelece-se de forma tangente a imprescritebilidade das ações visando ao ressarcimento dos prejuízos causados. A imprescritebilidade é sempre condenada pela doutrina, seja qual for seu campo; entretanto, o constituinte demonstrou por ela um entusiasmo perverso e vingativo (v. art. 5º, XLII e XLIV) (*in Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 260).

É sabido que as exceções se interpretam restritivamente, de modo que não devem ser extraídas de interpretação forçada ou literal da norma constitucional.

O fenômeno da prescrição, que é regra no nosso sistema jurídico e na maioria dos sistemas modernos que se dirigem à estabilidade jurídica e à paz social, encontra-se previsto como postulado fundamental previsto no início do § 5º do art. 5º da Carta Magna, o que leva à inevitável conclusão de que, quando o constituinte ressalva as ações de ressarcimento, quebrando o postulado da segurança jurídica no meio político, não o faz de forma absoluta nem

inconseqüente, atingindo, apenas, de forma grave, a responsabilidade de quem causou prejuízo aos cofres públicos e com isso se locupletou, o que não ocorre com a falta de licitação em que não houve superfaturamento nem beneficiamento indevido e a obra ou serviços foram entregues de forma satisfatória, sem qualquer outro prejuízo efetivamente apurado.

A mera afronta à lei por falta de atendimento a exigência legal, como a falta de licitação, acarreta outras sanções, como já dito, se da omissão não se apontou efetivo prejuízo ao erário.

O grande e insuperável hermeneuta que foi Carlos Maximiliano é autor da preciosa lição:

Interpretação. As prescrições de ordem pública, em ordenando ou vedando, colimam um objetivo: estabelecer e salvaguardar o equilíbrio social. Por isso, tomados em conjunto, enfeixam a íntegra das condições desse equilíbrio, o que não poderia acontecer se todos os elementos do mesmo não estivessem reunidos. Atingido aquele escopo, nada se deve aditar nem suprimir. Todo acréscimo seria inútil; toda restrição prejudicial. Logo é caso de exegese estrita. Não há margem para interpretação extensiva, e muito menos para analogia (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 223).

Sabe-se que a doutrina é fonte do Direito Administrativo e talvez a mais relevante, pois sobre ela se constrói a própria lei.

Deixar que se esvazie a finalidade do conteúdo das disposições constitucionais, aplicando-as de forma extensiva e ampla, a desvalidar normas de segurança jurídica, mormente no setor político, que detêm meandros perigosos, como a rotatividade e transitoriedade dos cargos exercidos, dificultando a manutenção de documentos probatórios de cada gestão, levaria a um enfraquecimento das instituições, o que é absolutamente incompatível com a finalidade da prescrição, sistema que é regra, devendo a exceção ser aplicada com o cuidado devido e apenas ao caso expressamente ressalvado na Constituição da República, que é quando ocorre prejuízo concreto, identificado e indicado na ação de ressarcimento.

Assim, a interpretação das leis não deve ser formal, nem literal, mas sim, acima de tudo, real, humana, inteligente e socialmente útil, como aconselham os administrativistas:

Se um Juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando *contra legem*, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum (*RSTJ 26/384*).

Se a *mens legis* do constituinte foi excepcional apenas os casos de prejuízo ao erário, não se pode estender a imprescritibilidade aos demais casos de improbidade.

A atuação dos Tribunais de Contas e do Ministério Público tem sido útil à apuração de atos de improbidade em prol da moralidade administrativa, mas sabe-se que o esforço que o Ministério Público tem desenvolvido com a finalidade de recompor o patrimônio público e moralizar a Administração tem, lamentavelmente, sido obstruído pelo longo decurso de tempo entre a ocorrência do fato danoso e a efetiva recomposição. Essa circunstância justifica a imprescritibilidade prevista na Constituição, embora muitas a tenham como perigosa e maléfica. Mas esse mesmo fator tempo tem trazido também prejuízo à defesa dos agentes envolvidos, já que é sabido e consabido que a comprovação de determinados fatos e circunstâncias, mormente dependentes de documentos que ficam depositados em órgãos públicos como Prefeituras, podem diluir-se, esvaziar-se, extraviar-se, ser desviados, o que não é raro ocorrer. Não é por menos que se diz que justiça tardia não é justiça e pode levar à própria injustiça, o que explica, mais uma vez, a prescritibilidade quinquenal adotada em lei, que só se excepciona quando há concreto prejuízo, devidamente apurado e indicado, mediante prova que possibilite a ação de ressarcimento com o cunho da imprescritibilidade.

Já se disse que a inércia e a letargia corrompem a estrutura das instituições públicas e desmotivam seus agentes, não podendo ser motivo de espepinamento de princípios básicos e fundamentais que traduzem toda a segurança jurídica de uma sociedade que necessita de seus

agentes públicos para melhoria e aperfeiçoamento do Serviço Público em prol do bem comum.

Conclui-se que só é imprescritível o ato do agente público quando for ilícito e quando causar prejuízo ao erário, devendo ambos, a ilicitude e o prejuízo, ser efetivamente indicados para afastar a prescrição quinquenal prevista em lei e propiciar a aplicação da imprescritibilidade prevista na Constituição de forma restritiva. Somente nessa hipótese prevista na parte final da citada norma constitucional a imprescritibilidade ganha relevo jurídico.

Não basta, para propiciar a imprescritibilidade prevista no § 5º do art. 37 da CR/88, que a inicial contenha pedido de ressarcimento, mas que efetivamente se refira a um prejuízo efetivo, pois o entendimento contrário iria permitir que se tornassem imprescritíveis todos os atos de improbidade, mesmo os que não tenham trazido prejuízo patrimonial ao erário e atraíam outras sanções que não o ressarcimento, contrariando o legislador constituinte e a inteligência daquele dispositivo.

Assim, a regra, em nosso sistema processual, é a prescritibilidade como instrumento de estabilidade social e política, sendo a imprescritibilidade uma exceção nesse ponto escolhida pelo constituinte; e, como exceção, merece interpretação restritiva.

Se a ação indica apenas ato de improbidade por afronta à lei ou à moral pública sem indicar efetivo prejuízo, o pedido de ressarcimento se equipara à sanção, como se multa fora, e se submete à prescrição quinquenal (art. 23, I, da Lei 8.429/92).

Assim, para que se configure a imprescritibilidade quanto ao dano causado ao erário em razão de ato ilícito, exige o § 5º do art. 37 da CR/88 que haja prejuízo a ser ressarcido, e exige-se, para tal, a prova pré-constituída do prejuízo, que pode estar em documentos do órgão prejudicado, em documentos do Tribunal de Contas ou com terceiros, que propiciem a indicação certa e individualizada do prejuízo a ser ressarcido. Não se considera prejuízo o

pagamento do valor de obra ou serviços efetivamente recebidos pelo órgão público, e, assim, o seu ressarcimento iria acarretar indevido enriquecimento dos cofres públicos, o que não justifica o ressarcimento, mas as penalidades previstas em lei para o ato de improbidade, como a falta de licitação.

#### 1.5 - Prescrição - caso concreto.

O recurso aviado pelos apelantes traz a questão da prescrição quinquenal, prevista no art. 23, I, da Lei 8.429/92, prescrição que afastaria a possibilidade de prosseguimento da presente demanda.

O Órgão Ministerial combate tal alegação, fundando-se no fato de que a ação ajuizada não fez menção à Lei de Improbidade Administrativa, recaindo o pedido em ressarcimento por danos causados ao erário. Assim, tratando-se de ação ordinária, o prazo de prescrição quinquenal previsto na legislação específica não seria aplicável.

De fato, a peça inaugural nem sequer menciona a referida lei. Ademais, a causa de pedir tem fulcro nas disposições do diploma civil que tratam do dano, advindo de ato ilícito, e a devida obrigação em repará-lo.

A jurisprudência coaduna com o entendimento acima, conforme fica claro da Apelação Cível nº 1.0106.03.007475-6/001, cujo acórdão foi prolatado pelo Desembargador Alvim Soares, em caso semelhante ao presente:

Ação civil pública. Reparação de danos. Ex-prefeito municipal. Prescrição não configurada. Moralidade administrativa. Recurso provido. - O direito da administração de se ver indenizada não prescreve, na busca do ressarcimento devido pelo prejuízo causado ao erário.

Mesmo que não se tratasse de ação de caráter ordinário, a doutrina e a jurisprudência pacificaram o entendimento de que nas ações de responsabilidade por improbidade administrativa, aviada contra agentes públicos, o pedido de ressarcimento por danos ao erário é

imprescritível, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, que assim dispõe:

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.

Entendo que esse dispositivo estabelece a prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, ressalvando, apenas, as respectivas ações de ressarcimento, que se tornaram, a partir de 1988, imprescritíveis (ressalvando o comentário já feito sobre o tema, para reflexão).

Dessa forma, o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 23, I, da Lei nº 8.429/92 refere-se tão-somente às ações que visem à aplicação de sanções, sendo certo que o dever de ressarcimento ao erário não tem natureza de sanção, visa apenas minimizar os prejuízos causados pelos infratores.

Agravo. Despacho inicial de natureza interlocutória. Pedido de ressarcimento ao erário. Imprescritibilidade do direito de ação do *Parquet*. Rejeição da preliminar. Manutenção da decisão recorrida. - Imprescritível é o direito de agir do Ministério Público para as ações de responsabilidade por improbidade administrativa, com pedido de ressarcimento ao erário (Agravo nº 1.0439.04.030158-2/001, Rel. Des. Geraldo Augusto).

O dever de ressarcir os cofres públicos é flagrante e inafastável. Contudo, as penalidades inculpidas na legislação específica não poderão ser imputadas aos apelantes, tendo em vista a prescrição quinquenal. Isso porque ao juiz cabe aplicar o direito. *Juri novit curia*.

O dispositivo da sentença imputa aos apelantes penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa, o que não pode ocorrer, portanto, ante a prescrição mencionada acima.

Nesse sentido, se submetem à prescrição quinquenal as sanções referidas no art. 37, § 5º, da CR/88 e na Lei 8.429/92, mesmo que não seja essa lei referida na inicial, pois aplica-se ao

caso concreto, como a suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos, sanções previstas no inciso II do art. 12 da Lei 8.429/92, que se tornam descabidas no caso em tela.

A condenação em tais sanções deve ser decotada da sentença, mesmo porque a peça inaugural em momento algum traz o pedido de condenação dos réus nas penalidades trazidas na Lei de Improbidade Administrativa, como se vê nos pedidos de f. 14, sendo nesse ponto a sentença *ultra petita*, pois concedeu o que não foi pedido.

Acolho parcialmente a questão preliminar para excluir da sentença as sanções retrorreferidas.

## 2 - Carência de ação.

Outra questão levantada pelos apelantes cinge-se à ilegitimidade, ativa e passiva na demanda, além do que a falta de enriquecimento ilícito não permitiria a propositura de ação civil pública por improbidade administrativa.

As explanações quanto ao ajuizamento de ação cível ordinária afastam a necessidade de debate acerca da última questão.

Quanto à legitimidade não restam dúvidas de que a preliminar tampouco poderá prosperar. Vejamos:

O Ministério Público tem não só o direito, mas o dever legal de intentar ações que versem acerca dos interesses coletivos. É o que versa a Constituição da República, em art. 129, III, quando prevê legitimidade do *Parquet* para: “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

O caso em crivo trata de fraude à licitação para fornecimento de medicamentos ao

Município de Dom Cavati. O objeto é por demais interessante à coletividade, em especial àqueles que vivem naquela região. A legitimidade ativa do Ministério Público é patente, sendo inclusive derogada constitucionalmente.

A legitimidade passiva, por sua vez, cabe àquele que tem seu interesse subordinado ao do autor, como se depreende da lição de Frederico Marques:

A legitimação para agir (legitimidade *ad causam*) diz respeito à titularidade ativa e passiva da ação. É a pertinência subjetiva da ação, como diz Buzaid. A ação somente pode ser proposta por aquele que é titular do interesse que se afirma prevalente na pretensão, e contra aquele cujo interesse se exige que fique subordinado ao do autor. Desde que falte um desses requisitos, há carência de ação por ausência de *legitimatío ad causam*. Só os titulares dos interesses em conflito têm o direito de obter uma decisão sobre a pretensão levada a juízo através da ação. São eles, portanto, os únicos legitimados a conseguir os efeitos jurídicos decorrentes do direito de ação (*Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 34).

Os apelantes têm uma íntima ligação com o objeto da demanda, sendo que seus interesses conflitam com os interesses da coletividade, estes representados pelo Ministério Público. Mesmo que seja o enriquecimento ilícito fato não comprovado por completo, o que se verá no mérito é incontroverso e hialino nos autos a alegação de desvio de dinheiro público, bem como fraude ao procedimento licitatório, o que, por si só, é motivo de ajuizamento de ação civil pública.

Não existe carência de ação no caso concreto, pelo que rejeito esta preliminar.

### 3 - Mérito.

Tratam os autos de ação civil pública ajuizada contra o Prefeito Municipal de Dom Cavati, Jair Vieira Campos, e outros funcionários públicos daquela municipalidade, quais sejam Arnildo Afonso de Souza, Edson Melo Costa e Joemar Gomes Fernandes,

responsáveis pela licitação para compra de medicamentos, ocorrida no ano de 1996.

O Município de Dom Cavati celebrara convênio com a Secretaria do Estado de Saúde, pelo qual lhe foram disponibilizados R\$ 20.600,00 (vinte mil e seiscentos reais) para a aquisição de medicamentos.

O Ministério Público alega que esses recursos teriam sido desviados pelos réus, ora apelantes, motivo pelo qual foi ajuizada a presente ação civil pública, com o intuito de ressarcimento do erário municipal.

A licitação se deu sob a modalidade “carta convite”, de modo que a administração pública local pôde restringir o número de participantes a determinadas empresas, convidadas pelos apelantes, quais sejam: Distribuidora Mineira Ltda., Alternativa Comercial Ltda. e Meditrônica Engenharia Hospitalar.

Ocorre que o Inquérito Civil Público nº 012/97, acostado ao processo, investigou e apurou as ilicitudes ocorridas durante o referido procedimento licitatório, que envolvia empresas “fantasmas” concorrendo com a licitante vencedora do certame, que se encontra sem registro válido no órgão estadual competente e que possui objeto social diverso daquele estipulado na licitação (f. 239).

Compulsando os autos, depreende-se das consultas aos bancos cadastrais da Secretaria de Estado da Fazenda que as empresas licitantes não possuem cadastro ativo regular, sendo que seria no mínimo suspeito que empresas desativadas participem de licitações.

Os contratos sociais bem como os documentos de habilitação ao certame encontram-se eivados de irregularidades, sendo que os próprios réus tinham ciência do modo como era operada a licitação e coadunaram com as ilegalidades, participando do golpe.

Os autos possuem uma ampla gama de provas que corroboram com a tese ministerial,

de que o processo licitatório fora armado como meio de desviar recursos públicos.

Com acerto o Magistrado explicita incisivo:

Aliás, não é preciso ser perito para aferir que as assinaturas do suposto representante da firma Distribuidora Mineira Ltda., apostas no documento de f. 6/50, não se equiparam a qualquer daquelas outras constantes do contrato social de f. 240/244. Também no que diz respeito à firma Meditrônica Hospitalar Ltda. - ME, as assinaturas nos documentos de f. 169/173, como sendo de seu sócio José Antônio, são totalmente diferentes daquela verdadeiramente constante da documentação contratual de f. 246/260, ficando explícito que o processo licitatório foi realmente preparado fraudulentamente.

A mais singela análise dos documentos juntados pelo Órgão Ministerial e das irregularidades salta-nos aos olhos. Não somente apenas quanto à questão procedimental, mas também quanto aos participantes, comprovado o dolo dos apelantes em depravar os cofres públicos.

A peça recursal assevera que o que ocorreu no caso concreto foi um erro material, pelo que os réus não tinham como ter ciência acerca da realidade fática que acometia as empresas participantes do certame.

Entretanto, tal assertiva é inverídica, ao passo que a qualidade de agentes públicos confere aos apelantes a possibilidade e a obrigação de pesquisar e informar-se acerca dos participantes, mesmo por meio de ofícios aos órgãos e secretarias competentes. A própria modalidade da licitação, que implica convidar as empresas que participarão da disputa, infere aos organizadores a necessidade de conhecer bem aquelas firmas convidadas, a fim de que o interesse coletivo não reste prejudicado pela má escolha das licitantes.

*In casu*, observa-se o flagrante desvio de finalidade dos agentes públicos em seus atos que prejudicaram e causaram danos ao erário, ferindo ainda os princípios da moralidade, legalidade, motivação e ética nas condutas que envolvem as contas municipais.

Com acerto o Juízo primevo determinou o ressarcimento do dinheiro desviado para suposta compra de medicamentos, constatado que foi que a empresa Distribuidora nem sequer trabalhava com esses produtos, trabalhando no ramo de construção, tendo além do mais sua inscrição cancelada, não existindo faticamente ao receber os recursos. As duas outras empresas nem sequer existiam, com inscrições canceladas precisamente por isso. E essa situação fática era - ou deveria ser - facilmente detectável no procedimento licitatório, que obriga a averiguação.

Ficou comprovado que os três réus, Amarildo, Edson e Joemar, atuando na Comissão de Licitação, afrontaram os princípios da legalidade, da impessoalidade, imparcialidade e da moralidade pública. Não foram probos, localizando, convidando e permitindo que empresas fantasmas participassem da licitação e que vencesse empresa que não tinha experiência nem como objeto esse ramo, não estando comprovadamente capacitada para fornecer medicamentos. Sequer há provas de entrega dos medicamentos e, mesmo que houvesse, de que teria trazido benefício ao município.

O processo licitatório se demonstrou fraudulento, sendo fraudulenta a saída de dinheiro dos cofres públicos, cujo valor, aliás, foi depositado em nome de terceiro (f. 239/244 e 352). Desnecessário citar, ainda, os pagamentos feitos a empresas sem licitação com alegação de urgência sem tal demonstração (f. 54/63).

Responde, assim, pelo prejuízo ao erário o Prefeito, como autoridade ordenadora das despesas e dos pagamentos, e todos os integrantes da Comissão de Licitação (art. 51, § 3º, da Lei 8.666/93).

3.1 - Da medida cautelar de constrição de bens.

A decisão ora guerreada ratificou a decisão de f. 452/454, que determinou fossem indisponibilizados bens dos réus para que fique garantida a prestação jurisdicional de ressarcimento dos recursos outrora desviados.

A apelação pugna pela cassação da sentença também quanto a essa questão.

Ora, como restou exposto alhures, no item 1.1 deste relatório, inexistente a prescrição quinquenal prevista na Lei de Improbidade Administrativa no que toca ao dever dos agentes públicos faltosos de ressarcir os cofres do município.

Desta forma os dispositivos da Lei 8.429/92 que se referem à devolução dos valores desviados, ou às garantias desta devolução poderão ser utilizadas, sem prejuízo do disposto no art. 23, I, daquela lei.

As questões cautelares devem ser deferidas pelo julgador desde que possa extrair dos autos dois pressupostos básicos: o perigo de dano na demora da prestação jurisdicional e a aparência de que exista direito que assista à parte requerente.

A aparência de direito, ou *fumus boni iuris*, pode ser auferida pela própria procedência do pedido no que tange à restituição dos valores furtados.

O eminente Humberto Theodoro Júnior assim leciona acerca do *fumus boni iuris*:

Para a ação cautelar, não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque esse, frequentemente, é litigioso e só terá sua comprovação e declaração no processo principal. Para merecer a tutela cautelar, o direito em risco há de revelar-se apenas como o interesse que justifica o 'direito de ação', ou seja, o direito ao processo de mérito (*in Curso de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. II, p. 366).

O *periculum in mora* também é flagrante no caso concreto. A demora na prestação a que se cinge a demanda pode impossibilitar a efetividade da decisão. Ocorre que, em se tratando da restituição de dinheiro, bem eminentemente fungível e de fácil circulação, é imperioso que haja uma garantia quanto à restituição dos valores.

Cediço que o recurso desviado fora creditado a um particular que não possui qualquer

vínculo com a sociedade vencedora da licitação (f. 352), de forma que o extravio do dinheiro público, causa do dano ao erário, ensejou enriquecimento ilícito.

É claro que o enriquecimento não se deu diretamente em favor dos apelantes, mas sim em favor de terceiro. Por óbvio, não é preciso acreditar que esse dinheiro, ora depositado na conta de terceiro alheio à demanda, será dividido, de alguma forma, entre os réus, o que não vem ao caso, pois o dever de indenizar não é apenas de quem auferiu o lucro, mas também de quem deu causa ao prejuízo. A aprovação da prestação de contas à Secretaria de Saúde não vincula o Judiciário.

Por isso, a tutela cautelar deve ser mantida com o fundamento de garantir o ressarcimento do dano ou de restituir o acréscimo patrimonial. A indisponibilidade de bens não visa assegurar satisfação de eventual multa pecuniária, a teor da literalidade do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92.

Ressalto que notas fiscais de empresas inidôneas são também inidôneas. Recibos das mercadorias no verso, assinados pelos próprios réus, nada comprovam quanto ao efetivo recebimento - ainda mais sem prova de sua aplicação na comunidade. No mínimo é estranho que a própria comissão licitante receba os bens licitados.

A jurisprudência deste Tribunal coaduna com a tese ora exposta, se não, vejamos:

Improbidade administrativa. Ação cautelar. Liminar que decreta a indisponibilidade de bens. - O art. 12 e seus respectivos incisos da Lei nº 8.429/92 definiu quais as cominações para cada ato de improbidade. E em todos eles prevaleceu a orientação, já inserida no art. 5º daquela mesma lei, segundo a qual, 'ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano'. Outrossim, porque é possível supor que alguém, temendo desfecho desfavorável na ação proposta contra si, pudesse tentar frustrar a execução da futura decisão, alienando os bens ou valores necessários ao ressarcimento dos prejuízos

causados ao erário, é de interesse público que se assegure, imediata e cautelarmente, o resultado útil do processo, o que somente poderia ser obtido mediante a excepcional indisponibilidade dos bens, que poderiam ir para mãos de terceiros de boa-fé. Não obstante, ao contrário do alegado pelo d. representante do Ministério Público, indisponibilidade de bens não é penalidade, mas medida acautelatória, por sua natureza excepcional e restrita, que, conforme expressamente dispõe o parágrafo único do art. 7º da Lei nº 8429/1992, deve se restringir ao valor do dano causado ou ao acréscimo patrimonial decorrente da atividade ilícita. Recurso provido (Ap. Cível nº 1.0092.04.006078-9/001, Rel. Des. Brandão Teixeira).

Deverão ser indisponibilizados tantos bens quantos necessários para garantir o ressarcimento do dano causado, ponto no qual a sentença primeva é incensurável. A indisponibilidade de bens não é sanção, mas meio de assegurar o resultado útil do processo, que no caso se refere ao ressarcimento do valor despendido pelo município na aquisição dos medicamentos.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso para decotar da sentença as sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, quais sejam: a aplicação de multa indenizatória, proibição de contratar com a Administração Pública e perda dos direitos políticos, tendo em vista a prescrição quinquenal que atinge tais sanções e ainda por tratar-se de parte *ultra petita* da sentença. Mantenho a sentença na parte tocante ao ressarcimento do dano material e indisponibilidade dos bens no valor suficiente ao ressarcimento.

Custas recursais, *ex lege*.

O Sr. Des. Armando Freire - Sr. Presidente. Acompanho, na íntegra, o voto da eminente Relatora.

O Sr. Des. Alberto Vilas Boas - De acordo.

*Súmula* - REJEITAR PRELIMINAR, ACOLHERAM A OUTRA PRELIMINAR EM PARTE E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:-:-