

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

PROCESSO Nº: 25000.202946/2007-14
ASSUNTO: prescrição de glosas em procedimentos assistenciais
INTERESSADO: MPF, em Campinas - SP
PROCEDÊNCIA: SGEP/MS

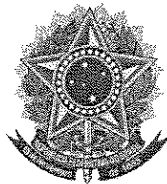
DESPACHO Nº 3690 /2009

Adoto a manifestação retro, que bem se reporta a precedentes de nossos tribunais, conclusivos no sentido da imprescritibilidade da pretensão de haver danos causados ao erário por empresas do setor privado, alegação sem poder de inibir as providências em curso neste Ministério para atender requisição de informação formulada pelo Ministério Público Federal em atuação na cidade de Campinas no Estado de São Paulo.

Restitua-se à unidade de procedência.

Brasília, 26 de fevereiro de 2009.


Edelberto Luiz da Silva,
Consultor Jurídico/MS.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

Ref.: PROCESSO/SIPAR nº 25000.202946/2007-14

PARECER/GABIN/CONJUR/MS/FB Nº 230/2009

Ementa: Consulta sobre a ocorrência de prescrição da pretensão de ressarcimento, pela União, dos prejuízos causados ao erário por empresa particular decorrentes do faturamento indevido de órteses, próteses e materiais especiais fornecidos ao Hospital das Clínicas da UNICAMP. § 5º do artigo 37 da Constituição Federal. Lição doutrinária e jurisprudencial. Imprescritibilidade.

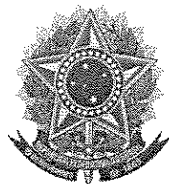
Interessado: Paulo Roberto Galvão de Carvalho – Procurador da República no Município de Campinas/SP.

I – RELATÓRIO

Senhor Consultor Jurídico,

1. Em obediência ao contido no artigo 11, incisos I e V, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, encontram-se nesta Consultoria Jurídica os autos do processo em epígrafe, encaminhados pela Chefe de Gabinete Substituta da Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde – SGEP/MS –, em que se solicita a análise de eventual ocorrência de prescrição da pretensão de ressarcimento, pela União, dos prejuízos causados ao erário por empresa particular decorrentes do faturamento indevido de órteses, próteses e materiais especiais fornecidos ao Hospital das Clínicas da UNICAMP.

Ref.: SIPAR n.º 25000.202946/2007-14



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

2. Inicialmente, cabe destacar o que dispõe a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, naquilo que trata da competência das Consultorias Jurídicas dos Ministérios:

“Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;

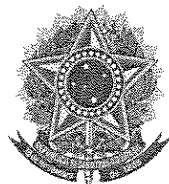
(...)

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;” (grifo nosso).

3. O presente processo iniciou-se com o Ofício nº 3091/2007/PRM/CAMP, subscrito pelo Sr. Paulo Roberto Galvão de Carvalho, Procurador da República no Município de Campinas/SP (fl. 01). Nesse expediente, o interessado solicitou informações do Fundo Nacional de Saúde – FNS/SE/MS – acerca de eventual recebimento de planilhas de glosas da unidade do Departamento Nacional de Auditoria – DENASUS/SGEP/MS – localizada no Estado de São Paulo que versam sobre faturamento indevido de órteses, próteses e materiais especiais fornecidos ao Hospital das Clínicas da UNICAMP no ano de 1991 pela empresa E. Tamussino & Cia. Ltda. e se houve o respectivo ressarcimento ao erário.

4. Inicialmente, o FNS/SE/MS submeteu o feito à análise do DENASUS/SGEP/MS para prestar informações sobre o caso, com posterior devolução dos autos para as providências subseqüentes (fls. 05/06).

5. O DENASUS/SGEP/MS, por meio do Serviço de Auditoria do Paraná, esclareceu à fl. 42 deste instrumento que já encaminhara anteriormente à Procuradoria da



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

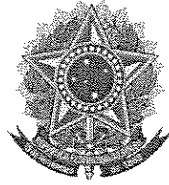
República no Município de Campinas/SP informações técnicas relativas ao caso (fls. 26/34). Além disso, a título de complementação, anexa ao feito, às fls. 35 a 41, documentos referentes à composição do débito e ao demonstrativo do débito devidamente atualizado, além de cópia da planilha de glosas. Em seguida, o DENASUS/SGEP/MS restituiu o instrumento ao FNS/SE/MS, conforme solicitado (fls. 47/49).

6. Posteriormente, com base nos subsídios apresentados, o Diretor-Executivo do FNS/SE/MS remeteu os autos à Coordenação-Geral de Execução Orçamentária, Financeira e Contábil – CGEOFC/FNS/SE/MS – para providenciar a cobrança do débito apurado (fls. 52/53). Foram juntados ao instrumento informações cadastrais da empresa E. Tamussino & Cia. Ltda. e de seu responsável, o Sr. Stefan Vikton Thomas Palmeira Tamussino, o demonstrativo de débito devidamente atualizado e a subsequente notificação do responsável, via Ofício Sistema nº 016735/2008-MS/SE/FNS, recebido pelo destinatário em 9 de setembro de 2008, para recolher o montante apurado relativo a irregularidades que envolvem recursos do Sistema Único de Saúde (fls. 54/60). Saliente-se que o valor exigido é de R\$ 20.858,44 (vinte mil, oitocentos e cinquenta e oito reais e quarenta e quatro centavos).

7. A entidade particular apresentou justificativa em face da cobrança efetuada (fls. 84/90). Alegou, entre outras considerações, a ocorrência de prescrição da pretensão estatal de ressarcimento ao erário, sob o fundamento de que o prazo para exigência do aludido débito encerrou-se no ano de 2001, ou seja, decorridos 5 (cinco) anos de sua apuração, por meio de perícia técnica, que foi realizada no ano de 1996 pelo órgão de auditoria competente.

8. A seguir, o FNS/SE/MS remeteu os autos ao DENASUS/SGEP/MS para providenciar parecer conclusivo acerca da manifestação da empresa sobre o caso, com posterior devolução do feito àquele órgão, cuja conclusão ensejará a instauração de Tomada de Contas Especial ou o arquivamento da cobrança (fls. 91/93).

9. O DENASUS/SGEP/MS encaminhou o instrumento ao SEAUD/PR para as medidas cabíveis (fl. 95). No entanto, antes de se posicionar sobre as alegações da entidade



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

particular, o SEAUD/PR requereu a remessa dos autos a esta Consultoria Jurídica para manifestação sobre a ocorrência ou não de prescrição da exigência da dívida (fls. 195/196), pedido atendido pelos seus órgãos superiores (fls. 198/200). Além disso, foram juntados documentos ao instrumento (fls. 96/194).

10. É o relatório.

II – PARECER

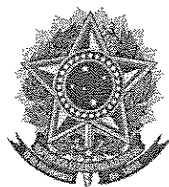
11. Cuida-se, como visto e relatado, de análise de eventual ocorrência de prescrição da pretensão de ressarcimento, pela União, dos prejuízos causados ao erário por empresa particular decorrentes do faturamento indevido de órteses, próteses e materiais especiais fornecidos ao Hospital das Clínicas da UNICAMP. A empresa E. Tamussino & Cia. Ltda. alega, às fls. 87/88, que discorda da exigência de restituição ao erário sob o fundamento de que os atos que lhe são imputados ocorreram há mais de 5 (cinco) anos, estando prescrita eventual cobrança ou indenização, nos termos do disposto no artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, e conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça¹.

12. O § 5º do artigo 37 da Constituição Federal está assim disposto:

“§ 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.**” (grifo nosso).

13. Pela análise do dispositivo constitucional acima expresso, tem-se que a própria Constituição Federal fixou expressamente que apenas há prazo prescricional, estabelecido nos termos da lei, para “ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário”, prazo esse que foi especificado na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Estatuto

¹ REsp 476.660, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 04/08/03; e REsp 429.868, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, DJU de 03/04/06.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), e na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Combate à Improbidade Administrativa). Em relação ao ajuizamento das ações de **ressarcimento**, pelo Poder Público, em função dos aludidos ilícitos praticados, não há fixação de prazo prescricional. A intenção do legislador constituinte originário foi afastar a possibilidade de que a prescrição dos ilícitos administrativos e/ou penais tivesse necessária repercussão sobre a esfera patrimonial.

14. Dessa forma, verifica-se que não existe comunicação entre os prazos prescricionais no que se refere à aplicação de sanções penais, civis, administrativas e em decorrência de atos de improbidade administrativa, previstos na legislação específica, muito menos a comunicação desses prazos com a imprescritibilidade prevista para as ações de ressarcimento, nos termos do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal. Entende-se, ainda, que a imprescritibilidade relativa às ações de ressarcimento se estende à própria cobrança pelo Poder Público, por meio da **via administrativa**, dos prejuízos causados ao erário por ilícitos praticados por seus agentes, servidores ou não.

15. Apesar da clareza do legislador constituinte ao fixar a disciplina desse tema, a doutrina e a jurisprudência pátrias **não possuíam, até pouco tempo**, entendimento pacífico acerca do prazo prescricional para o ajuizamento de ações de ressarcimento pelo Poder Público por ilícitos praticados por seus agentes, servidores ou não, que causem prejuízo ao erário e, conseqüentemente, para a possibilidade de exigência desses mesmos valores pela via administrativa.

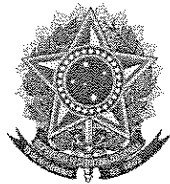
16. O entendimento majoritário dos doutrinadores pátrios, destacando-se Celso Antônio Bandeira de Mello², Maria Sylvania Zanella Di Pietro³, Diógenes Gasparini⁴, Alexandre de Moraes⁵ e José dos Santos Carvalho Filho⁶, fixou-se no sentido da imprescritibilidade das

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 1023-1025.

³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 695.

⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 993.

⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 363.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

aludidas ações de ressarcimento. Ao analisar a inexistência de especificação legal dos prazos prescricionais para as ações judiciais do Poder Público em face de danos ao erário causados por seus próprios agentes, Celso Antônio Bandeira de Mello assim dispõe:

“No passado (até a 11ª edição deste *Curso*) sustentávamos que, *não havendo especificação legal dos prazos de prescrição para as situações tais ou quais*, deveriam ser decididos por analogia aos estabelecidos na lei civil, na conformidade do princípio geral que dela decorre: prazos longos para atos nulos e mais curtos para os anuláveis.

Reconsideramos tal posição. Remeditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, posto que, sendo as razões que o informam tão profundamente distintas das que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Antes dever-se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de Direito Público.”⁷

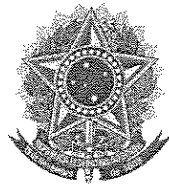
17. Nesse caso, Celso Antônio⁸ conclui, ao analisar os diplomas normativos que fixam regras genéricas de Direito Público, que o prazo de 5 (cinco) anos é uma constante nesses textos legais e que não haveria razão para distinguir entre Administração e administrado no tocante ao prazo prescricional para o ajuizamento de ações um em face do outro. No entanto, esse mesmo autor expõe **EXCEÇÕES** que devem ser observadas, entre elas:

a) O artigo 54 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, define que é de 5 (cinco) anos o prazo para a Administração, por si própria, anular seus atos inválidos dos quais hajam decorrido efeitos favoráveis ao administrado, salvo comprovada má-fé. No entanto, no caso de comprovada má-fé, por ausência de previsão legal, sugere-se a busca de analogia com o direito privado, nos termos do artigo 205 do Código Civil, aplicando-se o prazo de 10 (dez) anos;

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 953-954.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 1023-1024.

⁸ *Idem. Ibidem*, p. 1024-1025.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

e

b) Por força do disposto no § 5º do artigo 37 da Constituição Federal, são imprescritíveis as ações de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário.

18. Diógenes Gasparini⁹, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰ e Alexandre de Moraes¹¹, ao analisarem o referido preceito constitucional, realizam uma distinção e afirmam que, nos termos do disposto no artigo 23 da Lei nº 8.429, de 1992, apenas as ações destinadas à imputação de sanções pela prática de ato de improbidade administrativa estão sujeitas a prazo prescricional, enquanto as ações para obtenção de ressarcimento por dano causado ao erário em razão de comportamento culposo ou doloso de seus agentes, servidores ou não, são imprescritíveis.

19. Por fim, José dos Santos Carvalho Filho, ao lecionar sobre a temática, define a forma pela qual deve ser interpretado o preceito contido no § 5º do artigo 37 da Constituição Federal:

“De início, deve-se anotar que a prescrição não atinge o direito das pessoas públicas (erário) de reivindicar o ressarcimento de danos que lhe foram causados. A ação, nessa hipótese, é imprescritível, como enuncia o art. 37, § 5º, da CF. Conquanto a imprescritibilidade seja objeto de intensas críticas, em função da permanente instabilidade das relações jurídicas, justifica-se sua adoção quando se trata de recompor o erário, relevante componente do patrimônio público e tesouro da própria sociedade.”¹²

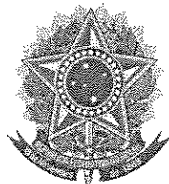
20. Portanto, observa-se que a doutrina pátria majoritariamente está voltada para a imprescritibilidade das ações de ressarcimento propostas pelo Poder Público em razão de danos

⁹ GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*, p. 993.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, p. 695.

¹¹ MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional Administrativo*, p. 363.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, p. 953.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

causados por seus agentes, servidores ou não, ao erário. Nesse caso, essa interpretação também deve ser conferida à possibilidade da Administração, por meio da via administrativa, exigir o ressarcimento ao erário dos prejuízos causados por atos ilícitos de seus agentes, servidores ou não.

21. Em relação ao entendimento jurisprudencial sobre o tema, tem-se que também **existia** clara divergência entre os Tribunais pátrios, sem definição específica sobre qual regra deveria ser adotada.

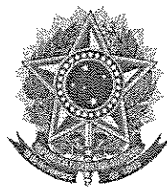
22. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal fixou orientação no sentido de que o aludido crédito reivindicado, por possuir natureza de dívida ativa não-tributária, estaria sujeito ao prazo prescricional ordinário previsto na legislação civil, qual seja, de 20 (vinte) anos, nos termos do Código Civil de 1916¹³, prazo esse considerado de 10 (dez) anos, nos termos do atual Código Civil (artigo 205 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), conforme entendimento firmado pelo Tribunal Superior Eleitoral, que aderiu à orientação da Corte Suprema¹⁴. Esta Consultoria Jurídica, no entanto, entende que a diretriz jurisprudencial acima fixada não merece ser aplicada ao presente caso, consoante as razões a seguir expostas.

23. A regra é a necessidade de previsão legal expressa para o estabelecimento de hipótese de prescrição, segundo leciona Celso Ribeiro Bastos¹⁵. Porém, nos casos em que a Administração busca ressarcir-se de prejuízo causado ao erário, nos termos do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal, a prescrição deve ser desconsiderada, uma vez que o legislador constituinte criou uma exceção à regra da prescritibilidade. A própria doutrina reconhece que a excepcionalidade prevista no texto constitucional contraria a sistemática do ordenamento jurídico voltada à prescritibilidade, mas também aponta que a intenção do constituinte originário, de afastar qualquer texto infraconstitucional de regular esse tema, deve ser observada. Nesse sentido, vide orientação doutrinária a respeito do tema:

¹³ Mandado de Segurança nº 21.468, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ de 25/9/92.

¹⁴ Resolução nº 21.197, de 3/9/2002.

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 330.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

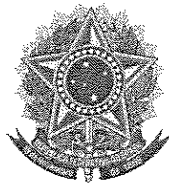
"A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral do direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providências à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu *ius persecuendi*. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada."¹⁶.

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

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

As ações de ressarcimento ou as ações de responsabilidade civil, contudo, são imprescritíveis. Não se submetem ao disposto no art. 177 do CC, determinando que as ações pessoais prescrevem em vinte anos e as ações reais

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 574.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

em dez anos. Não ocorrendo prescrição, o direito do Estado é permanente para reaver o que lhe for ilicitamente subtraído.”¹⁷.

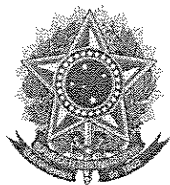
24. Deve-se ter em conta, ainda, que a própria Constituição Federal de 1988 prevê outras situações em que deve ser observada a regra excepcional da imprescritibilidade, em razão da relevância de se proteger os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias individuais de todos os cidadãos e os direitos coletivos dos povos indígenas. Nesse caso, citam-se os incisos XLII e XLIV do artigo 5º da CF/88, que prevêem a imprescritibilidade de crimes em que ocorra a prática de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, e o § 4º do artigo 231 da CF/88, que dispõe sobre a imprescritibilidade dos direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

25. Ressalte-se, ainda, que no entendimento firmado no julgamento do citado MS nº 21.468 pelo Supremo Tribunal Federal, ainda em 1992, quando recente a promulgação da CF/88, não houve considerações a respeito da aplicabilidade do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal ao caso no qual aquela Corte apreciou, mas sim houve utilização de legislação anterior à promulgação da própria CF/88, motivo pelo qual esse precedente não pode ser utilizado como parâmetro para se definir a interpretação devida a ser conferida ao referido preceito constitucional. Nesse sentido, transcreve-se trecho do voto-vencedor proferido pelo Ministro Ilmar Galvão, relator, ao se manifestar sobre o *mandamus*, na parte que interessa à argumentação deste parecer:

“A alegada prescrição, por outro lado, não se verificou.

É que, não se tratando de crédito tributário, não tem aplicação ao caso a norma do art. 174 do CTN. E por estar-se diante de dívida ativa, e não passiva, não incidem as normas do art. 177, parágrafo 10, n. VI, do Código Civil, e do art. 1º, do Dec. Nº 20.910/32. Esses diplomas - adverte Washington de Barros Monteiro (Curso, 1º vol., Forense, 1977), são ‘concernentes às dívidas

¹⁷ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 396.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

passivas, no tocante às ativas, a prescrição é a ordinária, isto é, só se consuma no fim de vinte anos’.

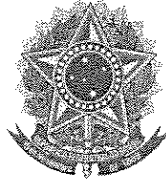
Na verdade, não se justificaria que o crédito público ordinário viesse a receber tratamento legal menos favorável do que o particular, em matéria de prescrição.

Datando os alcances mais remotos, apurados pelo TCU, de 1979, é fora de dúvida que não foram eles ainda alcançados pela prescrição vintenária.”

26. Assim, a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser aplicado à Administração o prazo prescricional de 20 (vinte) anos, nos termos do Código Civil de 1916, e de 10 (dez) anos, nos termos do atual Código Civil (artigo 205 da Lei 10.406, de 2002), posição essa adotada pelo Tribunal Superior Eleitoral, não corresponde à interpretação que deve ser conferida ao § 5º do artigo 37 da Constituição Federal, uma vez que a própria Corte Suprema não se manifestou a respeito deste preceito constitucional ao julgar o citado MS 21.468, tido como parâmetro.

27. A posição deste consultivo, acima exposta, foi recentemente ratificada pela própria Corte Suprema. Ao pronunciar-se sobre caso análogo ao presente, nos autos do Mandado de Segurança nº 26.210, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJ de 10/10/2008, em que se discutiu de fato a interpretação que deveria ser extraída do conteúdo expresso no citado preceito constitucional, o Pleno do Tribunal confirmou a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Acolhendo a lição supramencionada de José Afonso da Silva acerca do tema, o STF decidiu que “(c)onsiderando-se ser a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendendo aplicável ao caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional.”

28. Nesse julgado, o Supremo Tribunal Federal afastou, ainda, a alegação de que o § 5º do artigo 37 da Constituição Federal deveria ter interpretação restritiva, segundo a qual apenas os agentes públicos estariam abarcados por esse dispositivo constitucional, uma vez que



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

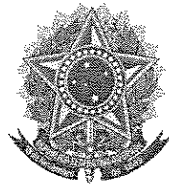
esse entendimento ensejaria injustificável quebra do princípio da isonomia. Além disso, definiu-se que, se não fosse a taxatividade do referido texto normativo, o ressarcimento de prejuízos ao erário, a salvo da prescrição, somente ocorreria na hipótese de ser o responsável pelo dano um agente público, liberando da obrigação os demais cidadãos, situação essa que não foi a desejada pelo legislador constituinte.

29. Em relação à jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, existe clara divergência no posicionamento dos membros dessa Corte. Há julgados que adotam a tese da imprescritibilidade e há julgados que se manifestam no sentido da aplicação da prescrição vintenária, nos termos do Código Civil de 1916, atualmente decenal, nos termos do Código Civil de 2002, e também da prescrição quinquenal prevista no artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 1932, e no artigo 1º-C da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Nesse sentido, vide os seguintes julgados:

a) em favor da tese da imprescritibilidade: Recurso Especial nº 328.391, Relator o Ministro Paulo Medina, 2ª Turma, DJ de 02/12/2002; Recurso Especial nº 403.153, Relator o Ministro José Delgado, 1ª Turma, DJ de 20/10/2003; Recurso Especial nº 810.785, Relator o Ministro Francisco Falcão, 1ª Turma, DJ de 25/05/2006; e Recurso Especial nº 705.715, Relator o Ministro Francisco Falcão, 1ª Turma, DJ de 14/05/2008, entre outros.

b) em favor da tese da prescrição vintenária ou decenal ou quinquenal, a depender da legislação aplicável ao caso: Agravo de Instrumento nº 695.351-AgR, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ de 19/12/2005; Recurso Especial nº 601.961, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ de 21/08/2007; e Recurso Especial nº 960.926, Relator o Ministro Castro Meira, 2ª Turma, DJ de 1º/04/2008, entre outros.

30. No entanto, após a recente interpretação do referido preceito constitucional pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do citado MS nº 26.210, o Superior Tribunal de Justiça tem demonstrado em alguns julgados uma unificação de seu entendimento sobre a matéria no mesmo sentido da Corte Suprema. Nesse sentido, Recurso Especial nº 730.264, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, Sessão de 05/11/2008, e Recurso Especial nº 1.056.256, Rel. Min.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

Humberto Martins, 2ª Turma, DJ de 04/02/2009, cuja ementa é a seguinte, na parte que interessa à presente consulta:

“ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LICITAÇÃO - CONTRATAÇÃO SEM CERTAME LICITATÓRIO - PRESCRIÇÃO - AFASTAMENTO - MATÉRIA CONSTITUCIONAL - NÃO-APLICABILIDADE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA - IMPRESCRITIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

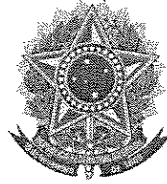
(...).

4. MÉRITO. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA. "A ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível. (REsp 705.715/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 2.10.2007, DJe 14.5.2008). Precedente do Pretório Excelso.

Recurso especial provido.”

31. No que concerne aos Tribunais Regionais Federais, tem-se pacífica jurisprudência firmada em favor da tese da imprescritibilidade. Nesse sentido, *vide* Agravo de Instrumento nº 2006.01.00.041761-0, TRF 1ª Região, Relator o Juiz Tourinho Neto, 3ª Turma, DJ de 14/03/2008; Apelação Cível nº 388388, TRF 2ª Região, Relator o Juiz Theophilo Miguel, 7ª Turma Especial, DJ de 02/07/2007; e Agravo de Instrumento nº 2006.04.00.012092-5, TRF 4ª Região, Relator o Juiz Carlos Eduardo Thompson Flores, 3ª Turma, DJ de 30/08/2006, entre outros.

32. Portanto, não há que se falar em jurisprudência favorável à aplicação de prazo prescricional para as ações de ressarcimento ao erário previstas no § 5º do artigo 37 da Constituição Federal e, conseqüentemente, à exigência, por meio da via administrativa, dos valores decorrentes de prejuízos causados ao erário pelos agentes públicos, servidores ou não. Tem-se o recente posicionamento dos Tribunais Pátrios, principalmente do Supremo Tribunal



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

Federal e do Superior Tribunal de Justiça, consolidado a respeito do referido preceito constitucional em favor da tese da imprescritibilidade.

33. Portanto, no que concerne à consulta sob análise, esta Consultoria Jurídica se manifesta no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento pela União, em face da empresa E. Tamussino & Cia. Ltda., dos prejuízos causados ao erário decorrentes do faturamento indevido de órteses, próteses e materiais especiais fornecidos ao Hospital das Clínicas da UNICAMP.

III – CONCLUSÃO

34. Ante o exposto, com fundamento na disciplina contida no § 5º do artigo 37 da Constituição Federal, na lição majoritária da doutrina e na jurisprudência fixada nos Tribunais Pátrios, estendendo-se essa orientação para a atuação do Poder Público na via administrativa, este Consultivo entende que é imprescritível a pretensão de ressarcimento pela União, em face da empresa E. Tamussino & Cia. Ltda., dos prejuízos causados ao erário decorrentes do faturamento indevido de órteses, próteses e materiais especiais fornecidos ao Hospital das Clínicas da UNICAMP.

35. À Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa deste Ministério da Saúde – SGEP/MS – para as providências cabíveis.

36. É o parecer, s. m. j. À consideração superior.

Brasília, 26 de fevereiro de 2009.

Fabício Oliveira Braga
Fabício Oliveira Braga

Advogado da União

Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde