

*Relação: 0119/2011 Teor do ato: VISTOS ETC. O MINISTÉRIO PÚBLICO promove ação civil pública com pedido de antecipação de tutela contra DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO RIO GRANDE DO NORTE – DETRAN, DEPARTAMENTO DE ESTRADAS E RODAGEM DO RIO GRANDE DO NORTE – DER, ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, FUNDAÇÃO ESTADUAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – FUNDAC, FUNDAÇÃO JOSÉ AUGUSTO, INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL DO RIO GRANDE DO NORTE - EMATER, INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DO MEIO AMBIENTE DO RIO GRANDE DO NORTE – IDEMA, INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES DO RIO GRANDE DO NORTE – IPERN, INSTITUTO TÉCNICO E CIENTÍFICO DE POLÍCIA – ITEP e JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – JUCERN, alegando, em síntese, o seguinte: Que foi instaurado inquérito civil para apurar a existência de reajustes remuneratórios automáticos, com base na variação do salário mínimo, no âmbito da administração estadual direta e indireta. Que restou informado no inquérito civil que diversos servidores públicos estatutários são favorecidos com essa modalidade de reajuste, e que a vinculação salarial decorre de decisões proferidas pelas Justiça do Trabalho. Informa que foi editada recomendação aos órgãos demandados, no sentido de evitar a concessão de reajustes salariais, nessas condições, aos servidores estatutários. Diz que a Procuradoria Geral do Estado informou que as decisões judiciais para implantação dos reajustes vinculados ao salário mínimo devem ser cumpridas. Afirma que foi aforada, em razão dessa informação, uma ação civil pública, na 1ª Vara da Fazenda, onde foi concedida tutela antecipada para que a Administração se abstenha de conceder reajustes com base no salário mínimo. Informa que posteriormente a referida ação foi extinta, posto que não promovida a citação dos litisconsortes passivos necessários. Com relação ao direito em que ampara a sua pretensão, invoca decisões do STF, e ainda que não existe direito adquirido a regime jurídico, consoante jurisprudência daquela Corte. Pede a antecipação dos efeitos da tutela para que os entes públicos demandados "se abstenham de implementar reajuste vinculado à variação do salário mínimo na remuneração dos servidores públicos estatutários integrantes dos respectivos quadros de pessoal, salvo se editada lei fixando padrões remuneratórios expressos em valores específicos, sem qualquer indexação ao salário mínimo." Juntou documentos. Os entes públicos demandados e os litisconsortes ofertaram contestação. Através de agravos de instrumentos o Tribunal de Justiça outorgou efeito suspensivo á decisão deste Juízo que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela buscada pelo autor. Na atual fase, observo que o processo está apto a receber sentença definitiva, uma vez que a matéria que se discute é unicamente de direito, não havendo necessidade de produção de prova em audiência. É o relatório. Em que pese haver concedido a antecipação dos efeitos da tutela e, posteriormente, ter revogado a decisão em razão das várias manifestações do Tribunal de Justiça do Estado do RN em agravos de instrumento, em sentido contrário ao que havia entendido inicialmente este Juízo, colho dos autos outra questão que está a merecer um pronunciamento judicial imediato, haja vista ser questão prejudicial ao andamento da própria demanda. Conforme a nova redação do § 5º do art. 219, do CPC, dada pela Lei nº 11.280/06, o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição. Na visão de ANTONIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, trata-se de uma das mais importantes novidades criadas pela reforma do*

*Código de Processo Civil. Assim, "de agora em diante, toda e qualquer hipótese de ocorrência de prescrição civil, não importando o diploma legal que a preveja, é passível de reconhecimento de ofício pelo juiz da causa." (CPC Interpretado. 6ª ed. São Paulo: Manoel, 2007, p. 202). Em face desse novo regramento, restou revogado o art. 194, do Código Civil, por disposição expressa contida no art. 11 da Lei nº 11.280/20061. Mas a questão da questão da prescrição também foi levantada por vários dos litisconsortes passivos necessários. Sustentam que a ação não pode prosperar em razão de ter sido proposta em lapso temporal superior a 5 (cinco) anos da prática do ato que se busca desconstituir. Argumentam, em favor da sua tese, que a Administração Pública, a teor do que disposto na Lei nº 9.784, aplicável nas três esferas administrativas, deve anular seus atos em cinco anos. No mesmo sentido existe a Lei Complementar Estadual nº 303, que prevê o prazo de 5 (cinco) anos para a anulação de atos administrativos pela Administração. Com amparo em doutrina e jurisprudências, sustentam que o prazo prescricional da ação civil pública é de 5 (cinco) anos. Transcrevem acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, e argumentam que a decadência impede de se reclamar o desfazimento dos autos e a prescrição impede que tenha curso qualquer ação judicial para discutir a nulidade ou anulabilidade dos atos administrativos. Acostam ainda argumentos concernentes à segurança jurídica, e invocam a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para sustentar a necessidade de ser ela garantida quando se busca a desconstituição de atos em prazo já superior ao prazo quinquenal. Os argumentos apresentados são consistentes. Observa-se, inicialmente, que não versa a hipótese dos autos sobre prestações sucessivas, ou seja, não se trata de discutir se os reajustes nos vencimentos ou proventos pagos aos servidores há vários anos configuram ou não prestações sucessivas para se averiguar a prescrição para fins de ação civil pública. Na verdade, o que está em jogo no presente caso é o próprio fundo de direito, qual seja, o direito dos servidores litisconsortes terem ou não seus vencimentos ou proventos reajustados com base no salário mínimo por força de lei federal e decisões judiciais da Justiça do Trabalho, e averiguar se tal direito poderia ser questionado judicialmente na via da ação civil pública. Cabe lembrar que as situações de trato sucessivo caracterizam-se quando há omissão ou quando a Administração Pública não se pronuncia expressamente sobre o pleito da parte interessada, passando a agir sem prévio pronunciamento formal. Assim ocorreria, por exemplo, na hipótese de não ter a Administração Pública procedido o reajuste dos servidores com base no reajuste do salário mínimo. Os autos estão a retratar, no entanto, que há vários anos os servidores - na condição de engenheiros, arquitetos, químicos, agrônomos e veterinários - vêm tendo seus vencimentos (e proventos, no caso dos aposentados) reajustados tendo por base o mesmo índice de reajuste concedido ao salário mínimo. Tal fato está plenamente documentado nos autos, seja o reajuste concedido por vontade da própria Administração, seja em razão de decisão judicial. Os documentos acostados mostram que essas categorias funcionais obtiveram sentenças favoráveis da Justiça do Trabalho, reconhecendo o direito ao reajuste nos mesmo índices concedidos ao salários mínimo, o que demonstra ter havido rejeição formal da Administração, gerando lesão, que levou à dedução de pretensão judicial perante a Justiça do Trabalho. Como bem observado nas defesas ofertadas pelos litisconsortes, a partir de então a situação já perdura há vários anos, e segundo se pode constatar*

nos autos, sempre foi pública e notória, ou seja, sempre foi do conhecimento do Poder Público, do Ministério Público, do Poder Judiciário, da Procuradoria do Estado, do conjunto dos servidores públicos, etc. O próprio Ministério Público do Trabalho participou de várias audiências na Justiça do Trabalho em demandas onde os servidores reivindicavam esse e outros direitos, e sempre opinou favoravelmente. Apenas a título ilustrativo, transcrevo o que disse, em ementa, o jovem e brilhante Procurador do Trabalho Dr. Xisto Tiago de Medeiros Neto, em parecer lavrado nos autos do RO nº 672/94, verbis: "A proibição constitucional de vinculação do salários mínimo (CF, art. 7, IV), é inerente à sua utilização em ajustes e contratos diversos, não ocorrendo quando legalmente fixado como parâmetro de salário profissional de categoria, a ser aplicado aos contratos individuais de trabalho." (fls. 89/94). Já o Tribunal do Trabalho da 21ª Região não teve, em momento algum, posição divergente sobre o tema, sempre emitindo entendimento na mesma linha daquele adotado pelo Ministério Público do Trabalho. Veja-se, a título ilustrativo, o acórdão do já citado Recurso Ordinário 672/94, verbis: "Salário profissional. Engenheiros. Constitucionalidade da Lei 4.950-A/66 que usou o salário mínimo como base para o seu cálculo. A vedação constitucional do inciso IV, do art. 7º, da Magna Carta, é para os contratos civis e comerciais, evitando a indexação que elevaria a inflação." Observa-se, pois, que tal decisão ocorreu ainda no ano de 1994, e nos autos existem cópias de várias decisões anteriores da Justiça do Trabalho no mesmo sentido, versando sobre o mesmo tema, envolvendo as mesmas categorias profissionais, e tendo o Estado do Rio Grande do Norte e suas autarquias como reclamados. Não há notícias de que se tenha buscado questionar tal situação através de ação civil pública, até que a presente ação civil foi proposta em 05 de outubro de 2009. Portanto, foram anos e anos de inércia de quem tem titularidade para a sua propositura. É preciso acentuar que a partir daquele ano (1994) a relação jurídica deixou de ser de trato sucessivo, pois a recusa (lesão) da Administração não mais se renovou ano a ano ou mês a mês, passando a existir, assim, um fundo de direito que agora se busca desconstituir. Em face dessa realidade histórica, é a inércia o que mais chama a atenção, pois é sabença geral que o óbice da prescrição é intransponível. Com relação a este instituto, Juízo tem adotado uma posição de não tergiversar quando se trata do seu reconhecimento. Todas as situações retratadas nos autos – a envolver todos os órgãos demandados e todos os litisconsortes, que obtiveram decisões favoráveis da Justiça do Trabalho – datam de, no mínimo, 10 (dez) anos, e algumas delas já datam de mais de 15 (quinze) anos. Portanto, é realmente procedente o argumento de que durante todo esse período não se tenha buscado desconstituir tal situação. Ora, em 1995 todos os servidores citados nos autos já estavam sob regência do estatuto dos servidores públicos (regime jurídico único), instituído pela Lei Complementar nº 122, de 30 de junho de 1994, e as decisões da Justiça do Trabalho, mesmo diante do novo regime jurídico instituído, reconheceu o direito dos servidores ao reajuste salarial tendo por base o salário mínimo, e com a concordância explícita do Ministério Público, que, frise-se, é uno (art. 128, I e II, CF). O próprio Poder Público estadual continuou a reajustar os vencimentos e proventos dos servidores com base no reajuste do salário mínimo, por reconhecer a coisa julgada concretizada a partir das decisões da Justiça do Trabalho, proferidas nos anos 1990. A situação, portanto, além de ter dado ao longo do tempo segurança jurídica aos servidores, constituiu o fundo de direito

que agora se quer ver abolido através da presente ação civil pública. Penso, pois, que a melhor orientação doutrinária e jurisprudencial sobre o tema é aquela que reconhece que, em situações que tais, decorridos mais de 5 (cinco) anos de construção do fundo de direito, já não será cabível a ação civil pública visando desconstitui-lo. E nem a própria Administração poderá mais fazê-lo, eis que ultrapassado o prazo quinquenal. Ao menos essa orientação, aliada à segurança jurídica que deve ser proporcionada aos seus servidores pelo Poder Público (e também aos particulares), é a que mais se adequa ao princípio da justiça para o caso concreto, e não destoia daquilo que já foi proclamado pelos nossos Tribunais superiores. Um dos julgados, aqui invocado como paradigma, é o MS 26.363/DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, onde se resume com perfeição tal tipo de questão, a envolver o tempo e a segurança jurídica<sup>2</sup>, assim ementado: 'CONTROLE EXTERNO – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – MOVIMENTAÇÃO FUNCIONAL – FATOR TEMPO – CONTRADITÓRIO. O ato de glosa do Tribunal de Contas da União na atividade de controle externo, alcançando situação constituída – ocupação de cargo por movimentação vertical (ascensão) -, fica sujeito ao prazo decadencial de cinco anos previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99 e ao princípio constitucional do contraditório, presentes a segurança jurídica e o devido processo legal.' (Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 10.04.2008). Já no MS 26117, sendo Relator o Ministro EROS GRAU, o Plenário daquela Colenda Corte Suprema, que vem resgatando a cidadania no país, decidiu à unanimidade pela concessão da segurança buscada para anular dois atos do Tribunal de Contas da União (TCU), que cassaram as promoções de empregados da Eletrosul concedidas em 1993. O TCU ordenou a volta dos empregados aos cargos antigos onze anos depois, já em 2004. O eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO disse com precisão que "onze anos é um lapso de tempo alongado, que gerou na subjetividade do impetrante uma razoável expectativa de consolidação da sua situação jurídico-subjetiva", enfatizando no seu voto a segurança jurídica. (grifamos). As justificativas do TCU para tirar os servidores dos cargos mais altos, na época, foram o art. 37, II, da Constituição, que limita a investidura em cargos públicos aos concursos de provas ou provas e títulos e uma decisão liminar do STF (na ADI 837) publicada em 23 de abril de 1993 que limitava a concessão de ascensões funcionais no serviço público. Contudo, não haveria vinculação da ADI ao caso Eletrosul porque a publicação da decisão liminar não gera vínculos com casos semelhantes. Os empregados da Eletrosul alegaram, no Mandado de Segurança, que o TCU não é competente para analisar ascensões funcionais, apenas as admissões em cargos públicos, de acordo com as atividades de controle externo enumeradas no art. 71, III, da Constituição Federal. Eles também sustentaram no MS que a anulação das promoções foi feita sem o devido processo legal, sem ampla defesa e sem o contraditório, e pediram a manutenção das promoções para garantir o ato jurídico perfeito e os princípios da segurança jurídica e da boa-fé. Na opinião do Ministro CELSO DE MELLO, a decisão do TCU ofendeu o devido processo e transgrediu o postulado da segurança jurídica. Disse o Ministro: "O decurso de tão longo período de tempo culmina por incutir no espírito do administrado a justa expectativa da plena regularidade do ato." (grifamos). (DJe de 28/05/2009). Existem inúmeros outros julgados do STF na mesma linha, não sendo mesmo necessário transcrevê-los aqui, uma vez que estão amplamente mencionados nas defesas ofertadas pelos

demandados. Conforme registra com precisão LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, na sua alentada obra *A Fazenda Pública em Juízo*. 8ª edição. São Paulo: Dialética, 2010, p. 75 e seguintes, que qualquer pretensão que seja formulada em face da Fazenda Pública "está sujeita a um prazo prescricional de 5 (cinco) anos. [...] A prescrição quinquenal, não custa acentuar, incide sobre qualquer tipo de pretensão formulada em face da Fazenda Pública. [...] Essas regras aludem, todas elas, à prescrição. Na verdade, o prazo de 5 (cinco) anos previsto em tais regras é não somente de prescrição, mas também de decadência." Não foi por outra razão (histórica, inclusive, segundo a firme tradição do direito brasileiro) que a Lei nº 4.717/65, quando instituiu a Ação Popular, tratou de estabelecer em seu artigo 21 o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para o seu aforamento. Não há nenhuma dúvida de que o fenômeno da prescrição faz desaparecer a possibilidade de se manejar a ação atribuída a um direito que deixa de ser exercitado. Tamanha é a força dessa regra, secular em nosso direito e no direito alienígena, que a própria legislação processual evoluiu para que possa ser ela reconhecida de ofício, pelo juiz, como faz certo o disposto no § 5º do art. 219, do CPC. Isso equivale a dizer que o não exercício da ação, durante um determinado lapso temporal, retira a viabilidade de se externar ou buscar o direito. Não teria nenhum sentido, pois, que somente no âmbito do Direito Administrativo não existisse a prescrição para casos como o que ora é tratado nestes autos. Até porque o fenômeno da prescrição sempre esteve presente no Direito brasileiro, está historicamente impregnado na nossa tradição jurídica e sempre teve influência decididamente marcante em todas as relações jurídicas, especialmente entre aquelas travadas entre os indivíduos e as instituições públicas. Não foi por outra razão que a Constituição, no § 5º do art. 37, previu o instituto da prescrição para os atos praticados pelos agentes públicos, servidores ou não, reservando à lei a fixação dos prazos. Historicamente, é inesquecível a lição que o notável CLÓVIS BEVILÁQUA nos legou de que a prescrição é um postulado de ordem pública, porquanto a segurança dos direitos interessa à paz social. Ninguém desconhece a afirmação imemorial do ainda hoje sempre lembrado jurista: "A prescrição é uma regra de ordem, de harmonia e de paz, imposta pela necessidade da certeza das relações jurídicas."<sup>3</sup> A prescrição é, na clássica observação de BARBOSA MOREIRA, a exceção criada em razão do transcurso do tempo, destinada a tolher, em caráter definitivo, a eficácia da pretensão.<sup>4</sup> Historicamente, a pretensão no campo do Direito, desde os mais remotos tempos, é compreendida como a perda da executoriedade de uma pretensão devido ao decurso do tempo, como bem registra KÖHLER.<sup>5</sup> E para que ela se verifique, torna-se necessário que a inércia do titular seja voluntária ou o efeito de alguma negligência, sendo certo que ela se refere ao fato, genuinamente objetivo, da falta de exercício, como mencionado por MESSINEO.<sup>6</sup> Como acentua PETERS, apenas pretensões prescrevem.<sup>7</sup> E o fundamento da prescrição é a proteção da segurança jurídica geral, como lembra PAWLOWSKI.<sup>8</sup> Destina-se ela a manter a segurança e a paz jurídica, uma vez que quanto mais tempo o titular fica a esperar tranquilamente com sua pretensão, mais difícil fica a sua exequibilidade, até que se torne impossível. Serve ela também, portanto, para a proteção de uma determinada situação, como por exemplo, para a proteção do devedor, assim como para a referida paz jurídica. Com a prescrição, a lei oferece ao que dela possa se beneficiar a possibilidade de uma defesa global. Daí a razão de ser, repita-se, da existência no

campo do direito processual, entre nós, do § 5º, do art. 219, do CPC (com a redação que lhe deu a Lei nº 11.280/06), e também da existência do inciso IV do art. 269, do CPC, que autoriza a resolução do mérito da causa pelo reconhecimento da prescrição. Não sem razão, pode-se dizer que a prescrição, embora atinja logicamente as pretensões fundadas, ela é decisivamente motivada, também, pela ideia de que elas poderiam ser infundadas. Portanto, prescrição é tempo e tempo é poder, e o poder do tempo é fatal. Ele sempre existirá, queira-se ou não. A ideia é, pois, que os prazos de prescrição, que são pré-fixados, limitam a duração da existência de um direito de agir, e são quanto a estes, princípios intangíveis. Esses prazos, opondo-se a qualquer possibilidade de um questionamento indefinido de atos e situações jurídicas, contribuem, de modo decisivo, para a garantia da segurança jurídica. Portanto, dúvida nenhuma há de que a fixação desses prazos, pelo legislador, constitui um instrumento eficaz de regular a duração jurídica, que nada mais é que o estabelecimento de compromissos variáveis entre memória e esquecimento, continuidade e mudança, justiça e realismo. É certo que no tocante ao prazo de prescrição, tal tema não foi bem tratado pelo nosso legislador nas três leis que visam a defesa do patrimônio público (Lei nº 4.767/65, ação popular; Lei nº 8.347/85, ação civil pública; Lei nº 8.429/92, ação de improbidade), especialmente quanto à contagem do prazo, e isso pode ocasionar terríveis injustiças. A Lei nº 4.767/65 diz laconicamente, no art. 21, que a ação prevista na lei prescreve em cinco anos. A Lei nº 8.347/85 é omissa quanto ao prazo, razão porque tem se aplicado o prazo prescricional da primeira, por analogia. E a Lei nº 8.429/92, como tem defendido fortemente boa parte da doutrina, contempla prazos que não se compatibilizam com a Carta da República. Se elaborarmos um cotejo analítico dos preceitos constitucionais e das Leis nº 4.767/65 (ação popular) e da Lei nº 8.347/85 (ação civil pública), vamos encontrar grande semelhança, uma quase identidade mesmo, em relação ao objeto da proteção de ambas as ações constitucionais. As diferenças que mais se destacam residem, em verdade, tão somente no campo da legitimidade ativa e passiva. Enquanto na ação popular o cidadão é titular exclusivo da legitimidade ativa, na ação civil o Ministério Público, a defensoria pública, a pessoa jurídica de direito público, a entidade da administração indireta e até mesmo associações civis constituídas há pelo menos um ano e cujas finalidades sejam transindividuais, podem ser legitimados ativos. Em relação ao polo passivo, a ação popular é movida contra a pessoa jurídica lesada, os respectivos administradores e agentes administrativos, bem como contra os beneficiados pela lesão ao patrimônio público. Em contraposição, a ação civil pública tem como alvo qualquer pessoa, natural ou jurídica, de direito público ou privado. Então, seria o caso de indagar-se por que o prazo de prescrição de ambas deveria ser diferente? Ora, por força do art. 21 da Lei nº 4.717/65, a ação popular está sujeita ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos.<sup>9</sup> E se ela é praticamente idêntica a ação civil pública, por que não se poderia aplicar o prazo prescricional de cinco anos, como fez o STJ, por analogia? Não há nenhum impedimento legal para tanto, muito menos encorajamento doutrinário e jurisprudencial por posicionamento contrário a tal possibilidade. O que se encontra de mais consentâneo com a tradição jurídica nacional e a jurisprudência mais operosamente construída é exatamente aquela posição de que deve existir um prazo prescricional para a ação civil pública. E na ausência de prazo literalmente previsto na sua lei de regência, não há dúvida de

que a melhor solução é a aplicação, por analogia, do prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular. Denota-se que a Lei 4.717/65 foi editada preservando aquilo que já era regra no Decreto Federal nº 20.910, de 1932, que, por sua vez, determinou a prescrição quinquenal para as demandas em que figure a Administração Pública. A Lei 9.784/99, editada para a seara administrativa, também obedeceu a mesma regra quinquenal, servindo, inclusive, para impor limites à interpretação extensiva que se buscava dar à Súmula nº 473, do STF, que determina que a Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais.<sup>10</sup> Tem-se, assim, que administrativa e judicialmente a regra geral imposta para discussão e eventual anulação de supostos atos lesivos ao patrimônio público é de cinco anos. Essa confluência de prazo nada mais é que a aplicação clara do princípio da segurança jurídica, que é o maior e o mais relevante objetivo dos institutos da prescrição e da decadência, sendo um dos pilares do sistema jurídico nacional e do nosso Estado Democrático de Direito. Embora as finalidades da ação civil e da ação popular sejam distintas – a ação popular é desconstitutiva e, subsidiariamente, condenatória (em perdas e danos), e a ação civil pública é, preponderantemente, condenatória, em dinheiro ou obrigação de fazer ou não fazer – o mesmo fato pode ensejar o ajuizamento tanto de ação civil como de ação popular. É de se concluir, portanto, que em sendo o fato lesivo o elemento que servirá de baliza temporal e que ensejará a prescrição da ação popular, pode-se também concluir que, em se tratando de ação civil, esse mesmo elemento servirá de baliza temporal para a prescrição na ação civil, e possuindo, ambas, aspectos comuns, nada mais razoável e recomendável, além de lógico, que se aplique o prazo prescricional da ação popular à ação civil pública. Nota-se certo receio ou mesmo reserva em boa parte da doutrina ao tratar do tema da prescrição nas ações constitucionais mais complexas e que visam a defesa do patrimônio público (ação popular, ação civil e ação de improbidade). Parece estranho, mas é fácil constatar o que parece ser um certo temor dos doutrinadores quando confrontados com a questão da prescrição na ação civil pública (e também na ação de improbidade, já que na ação popular, por conter dispositivo claro quanto ao prazo prescricional, não suscita maiores dúvidas). Mesmo considerando-se que nos últimos anos a ação civil pública tem sido usada (e abusada) como panaceia de todos os males (inclusive, erroneamente, como substitutiva da ação de improbidade). Não há dúvida de que a ação civil é um dos mais importantes institutos do direito brasileiro, ao lado do mandado de segurança, da ação popular, e do habeas corpus.<sup>11</sup> Mas, bem mais importante que todos estes institutos é o instituto da prescrição, quase tão antigo quanto a própria história do direito. MARIA HELENA DINIZ referindo-se ao direito romano, anotou que “o termo praescriptio originalmente era aplicado para designar a extinção da ação reivindicatória, pela longa duração da posse; tratava-se da praescriptio longissimi temporis e para indicar a aquisição da propriedade, em razão do relevante papel desempenhado pelo longo tempo, caso em que se tinha a praescriptio longi temporis. Assim, no direito romano, sob o mesmo vocábulo, surgiram duas instituições jurídicas, que partem dos mesmos elementos: ação prolongada do tempo e inércia do titular. A prescrição, que tinha caráter geral, destinada a extinguir as ações, e o usucapião, que continua meio aquisitivo do domínio.”<sup>12</sup> Vê-se, pois, que longa data vem a prescrição. Com o passar do tempo, o seu aperfeiçoamento teórico-filosófico levou o sempre venerado CLÓVIS

*BEVILÁQUA a escrever que o seu verdadeiro fundamento é a necessidade de ordem e paz. Ou seja, é uma regra imposta pela necessidade de certeza nas relações jurídicas. O interesse do titular do direito violado não pode prevalecer contra a necessidade de paz social. É por isso que o titular do direito subjetivo possui um lapso temporal determinado em lei para que possa exercer sua pretensão. Não foi por outra razão que o legislador (em todos os sistemas jurídicos existentes), fez inserir normas sobre a prescrição no sistema de direito positivo, baseando-se na estabilidade que a ordem jurídica deve assegurar às relações jurídicas, sendo intuitivo, pois, que o tempo é o principal elemento da prescrição. É certo que o nosso legislador "cochilou", para usar o termo popular, ao não inserir prazo prescricional para a ação civil pública. Tal fato tem levado alguns a dizer mesmo que não haveria prazo prescricional, já que a lei da ação civil não previu, e assim a ação civil seria panaceia para toda e qualquer situação a qualquer tempo! Ou seja, seria imprescritível. Ora, isso é o maior dos absurdos! É como se afirmar que o tempo não existe! Mas esse "cochilo" do legislador não pode servir de óbice ao decurso do tempo, e muito menos impossibilita que se lance mão de regras permitidas pelo ordenamento para aplicar à situação excepcional da ação civil – sim, porque a utilização da ação civil é também excepcional, devendo ser entendida nos seus justos limites (RJTJSP 117/142) – a regra da prescrição, podendo ser tal regra a analogia, que é, no caso, a mais indicada, haja vista a quase igualdade existente entre a ação civil pública e a ação popular, cuja lei de regência tem um claro e preciso dispositivo tratando da prescrição. Como regra, o conteúdo do direito é normativo, pois ele prescreve o que deve – ou deveria – ser feito, e um dos grandes problemas teóricos do direito, ainda hoje, é descobrir como resolver essa conjunção entre o que é e o que deveria ser. Sendo o argumento analógico bastante conhecido e aplicado no mundo jurídico, a despeito das críticas acadêmicas, ele não é um elemento imaginário dos contos de fadas. É real e "tem uma qualidade inefável qualquer que nos autoriza a confiar-lhe as questões de Estado mais profundas e difíceis", como observou BREWER, embora criticando fortemente a mística que se construiu sobre a analogia no direito.<sup>13</sup> O raciocínio analógico pode até ser logicamente imperfeito, como sustenta LEVI<sup>14</sup>, pois muitas vezes não se pode seguir adiante sem a identificação de uma ideia reguladora que responda pelos resultados no caso que serve de fonte e no caso que serve de alvo.<sup>15</sup> Mas todos os doutrinadores, mesmo aqueles que criticam o raciocínio analógico, reconhecem a sua importância, não só porque ajuda a identificar a ideia reguladora, mas também porque, na vida cotidiana, no dia a dia, nas mais diversas situações da vida, nos mais diversos ramos do conhecimento, nós praticamos analogia o tempo todo. Como não poder praticá-la no direito? Como não poder invocá-la em situações como a que nos deparamos nestes autos, quando se busca invalidar atos e decisões que se perfizeram há longos anos e que se incorporaram ao patrimônio das pessoas, que se sentem seguros em razão da crença racional de que o direito os socorreu naquela época e os socorrerá agora. WEINREB constata que em incontáveis situações da vida cotidiana fazemos raciocínio analógico, exercício que ele denomina de "raciocínio analógico prático".<sup>16</sup> Afirma o autor que o raciocínio analógico prático permite que uma pessoa tome providências ponderadas e alcance seus propósitos em uma variedade de coisas muito maior do que poderia se não o usasse. Sem a capacidade de raciocinar dessa maneira e de basear suas ações nos resultados assim obtidos, a pessoa ficaria*

efetivamente imobilizada, exceto quando a semelhança entre um problema presente e uma experiência passada fosse tão grande que, para todos os efeitos, eles fossem considerados o mesmo problema. E como se alcançará, no mundo do direito, os resultados dos problemas, empregando o raciocínio analógico, já que na esfera da jurisdição estão em jogo direitos e deveres das partes? A resposta oferecida por WEINREB é perfeitamente construída. Partindo da constatação de que o direito organiza-se sistematicamente num corpo de normas que se apresentam como "a letra da lei - códigos, compêndios de jurisprudência e afins, os quais estão disponíveis para exame e foram feitos para ser usados em casos futuros" -, e que podem dar certeza nos resultados, existem, no entanto, situações de incertezas, inevitáveis na maioria da vezes e situadas nas fronteiras, nas quais incidirão alguns fenômenos. Permanecerá, em alguns casos, uma lacuna entre a norma e suas aplicações, lacuna de que nenhuma enunciação adicional da norma ou especificação de fatos conseguirá dar conta. Diz o autor que "qualquer norma que pareça aplicável aos fatos de um litígio passará um silêncio alguns de seus detalhes concretos. Um ou outro desses detalhes terá uma importância especial ou uma impertinência manifesta, conforme o conteúdo da norma sob consideração. Mas nenhum deles pode de antemão ser desconsiderado ou declarado impertinente, já que é a causa em questão, e nenhuma outra, que deve ser decidida."<sup>17</sup> Este perfeito raciocínio é inteiramente aplicável à situação versada nestes autos. Como visto anteriormente, estamos diante de uma situação em que duas leis - lei da ação civil pública e lei da ação popular -, de especial importância e com semelhanças temáticas, além de idênticos objetivos políticos-jurídicos, contendo uma delas um prazo de prescrição (lei da ação popular), que não pode ser desconsiderado, ao contrário, deve aplicado, em raciocínio analógico, à ação civil pública. A lacuna da lei da ação civil pública em relação ao prazo prescricional não poderá, assim, ser óbice ao reconhecimento da prescrição. Como bem explica WEINREB: "Tendo, pois, que preencher a lacuna entre os fatos e a norma, podemos nos reportar a uma regra de decisão, ela própria parte do direito, que estabelece o peso que deve ser dado aos fatos, ou fatores, de um ou de outro tipo, ou que determina, em relação a duas normas conflitantes, qual delas deve prevalecer. Mas, como tal norma também é geral na sua forma, permanecerá uma lacuna entre ela e as ocasiões específicas de sua aplicação. Em suma, em algum ponto do argumento o conteúdo das normas se esgota e a aplicação clara do direito ao fato titubeia. Tendo que dar conta de todos os fatos nos seus detalhes específicos, e tendo que encaixá-los numa norma jurídica, o advogado ou o juiz vai recorrer ao raciocínio analógico para decidir se, levando tudo em consideração, os fatos se assemelham mais aos fatos regidos por uma norma ou pela outra, efetiva ou hipoteticamente."<sup>18</sup> Foi exatamente isso - ou seja, recorrer ao raciocínio analógico em situação onde os fatos se assemelham - que o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, intérprete, por destinação constitucional, da legislação federal, proferiu decisão que deve ser considerada paradigmática com relação ao problema da prescrição da ação civil pública. Refiro-me ao RECURSO ESPECIAL nº 727.131-SP, relator Ministro LUIZ FUX, DJU 23.04.2008, onde a Corte dirimiu com maestria, através da aplicação do raciocínio analógico, a controvérsia, asseverando, na sub-ementa<sup>19</sup>, que "1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular veiculam pretensões relevantes para a coletividade. 2. Destarte, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microssistema de tutela

dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a propositura das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio.*" (grifamos) O acórdão-paradigma cita como referência vários textos normativos do nosso ordenamento jurídico, os quais trazem o prazo prescricional quinquenal para as pretensões contra ou a favor da Fazenda Pública e para as iniciativas da Administração Pública em relação ao particular ou servidor público. São mencionados o art. 1º - C da lei nº 9.494/97, que alterou a Lei nº 7.347/85 (introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001) e estabelece prazo quinquenal de prescrição para as ações que visem obter indenização por danos causados pelos agentes de pessoas jurídicas de direito público e privado; a Lei nº 8.429/92, que trata das ações de improbidade administrativa e prevê prazo prescricional quinquenal (art. 23, I); o Decreto nº 20.910/32, que fixa prazo prescricional de cinco anos para pretensões contra a Fazenda Pública; a Lei nº 6.838/80, que prevê prazo prescricional quinquenal para a punição de profissionais liberais, e o art. 174 do CTN, que prevê prazo prescricional quinquenal para a cobrança do crédito tributário. O Tribunal da Cidadania se referiu no Acórdão a uma situação que jamais poderá ser aceita no nosso Estado Democrático de Direito, assentando que "[...] não pode o servidor público ou o particular ficar perpetuamente sujeito a sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo. A esse propósito, o STF já decidiu que "a regra é a da prescritibilidade." São citados no Acórdão os seguintes precedentes, todos no mesmo sentido: RESPE 89522/MG, Rel. Min. José Delgado, DJ 22.03.2007, RESPE 406.545, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 09.12.2002. Os exemplos acima nos mostram que a escolha da analogia não foi feita como num jogo de cara-ou-coroa. A rigor, a preferência dada à analogia é fruto de uma constatação da existência de prazo prescricional quinquenal em diversas situações semelhantes ou idênticas àquelas que são tratadas pela Lei da Ação Civil Pública. Assim como o bom senso, a experiência diária acumulada pelos operadores do direito - e, destacadamente, pelos eminentes Ministros do STJ, no caso das decisões citadas<sup>20</sup> - está a mostrar que a analogia escolhida é perfeitamente convincente, posto que instruída por um amplo entendimento daquilo que é pertinente ao tipo de decisão tomada -, qual seja, a existência de várias normas prevendo prazo prescricional quinquenal, e a declaração da prescrição da Ação Civil Pública, por analogia com aquelas normas, no mesmo prazo -, e, num sentido mais amplo, de que é muito importante no direito. A analogia não é "intuição" ou "pressentimento", e é no direito (e no bom senso, claro) que uma decisão deve se apoiar, pois é com base no direito que a decisão, formulada com cuidado, recebe a nossa concordância. E o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA voltou, recentemente, a reafirmar a prescrição da ação civil, continuando, assim, a aplicar o raciocínio analógico, mostrando que ele não desempenha um papel secundário, mas sim proeminente e necessário em relação aos fatos e a norma prescricional ausente. As decisões a seguir sepultam de vez as tentativas eventuais de construir divergências acerca da prescrição na ação civil pública, que é, em regra, ação coletiva: "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SÚMULA 182/STJ. RECONSIDERAÇÃO.

CADERNETA DE POUPANÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. AÇÃO INDIVIDUAL. CONVERSÃO EM LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO DA SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. EVENTUAL PRESCRIÇÃO DA AÇÃO COLETIVA. PREJUDICIALIDADE.

1. Reconsideração da decisão agravada, em face da impugnação pelo agravante dos fundamentos da decisão de inadmissão do especial. Afastamento da aplicação da Súmula 182/STJ. 2. Ação individual de cobrança de expurgos inflacionários em depósitos de cadernetas de poupança convertida, de ofício, em liquidação provisória da sentença proferida em ação coletiva com o mesmo objeto. 3. Solução que, em princípio, estaria em consonância com o entendimento preconizado pela Segunda Seção desta Corte no sentido de que, "no caso de sucesso da tese em aludida ação, poderá ocorrer a conversão da ação individual em cumprimento de sentença da ação coletiva." (REsp 1110549/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, Dje 14/12/2009). 4. Inviabilidade, porém, da aplicação desse solução ao caso concreto, em face do refente entendimento da Colenda Segunda Seção no sentido de que o prazo prescricional das ações coletivas é de cinco anos: "não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura da ação civil pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo prescricional previsto no art. 21 da Lei nº 4.717/65." (REsp. 1070896/SC, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Dje 04/08/2010). 5. Ressalva expressa da inaplicabilidade desse prazo às ações individuais: "não implicando a extinção da ação civil pública, que busca a concretização de um direito subjetivo coletivizado, a extinção das demais pretensões individuais com origem comum, as quais não possuem o mesmo prazo de prescrição." (REsp. 1070896/SC, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Dje 04/08/2010). 6. Patente, assim, o risco de que a sentença prolatada na ação coletiva, provisoriamente liquidada, venha a ser fulminada com o reconhecimento da prescrição, retardando a tutela do interesse individual. 7. Acolhimento do pedido de reversão da conversão da ação individual em liquidação provisória para que ela retome seu procedimento normal. 8. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO DE INSTRUMENTO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL." (AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1137120/RS, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Dje 03/11/2010." (grifamos) NO MESMO SENTIDO: RESP 1110549/RS (RSTJ 217/788); RESP 1070896/SC; AgRg no Ag 1135441/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Dje 01/12/2010; AgRg no Ag 1124272/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Dje 26/10/2010. Pode-se perceber, diante dessas proclamações oriundas da Segunda Seção da Corte Superior, que a analogia legítima a referência à razão da norma tomada como parâmetro para a prescrição quinquenal. A regra da prescrição da Lei da Ação Popular (art. 21 da Lei nº 4.717/65) não foi introduzida sem razão ou fundamento pelo legislador. Levou-se em consideração toda uma tradição do direito brasileiro e se assentiu que o prazo quinquenal de prescrição é temporalmente razoável, tal como é considerado em outros sistemas jurídicos. Assim, não poderia ser diferente em relação á ação semelhante, que é a ação civil pública, que também faz parte do microssistema de tutela dos direitos difusos. Necessário dizer, ademais que por mais fortes que sejam as convicções pessoais ou as motivações ideológicas da decisão ao juiz, ou sejam quais forem as suas fontes ou referências, ele não está livre para decidir uma causa conforme ache correto ou melhor. Muito menos poderá fazer da causa um instrumento de engenharia social, política ou econômica, pois essa

é atribuição do Parlamento. O juiz terá sempre que vincular sua manifestação a uma norma, ainda que por analogia. Como se percebe com facilidade, ao analisar as decisões do STJ, acima transcritas, o raciocínio analógico foi perfeitamente aplicado, associando a causa a uma norma. Ou seja, os fatos da causa (ação civil pública), que alcançaram um determinado nível de generalidade (ação coletiva), deixando de ser singulares (tutela da moralidade administrativa sob vários ângulos), fez com que o STJ, ao estabelecer o vínculo analógico com os fatos de um outro litígio (ação popular), encontrasse o fundamento para decidir de acordo com uma lei, a Lei da Ação Popular (e outras normas citadas). É claro que em situações assim, na medida em que os fatos se tornam mais genéricos, várias normas, e não apenas uma, podem tratar do ponto em questão, possibilitando ao juiz maior opção para escolher, por meio do raciocínio analógico, qual dele é aplicável mais diretamente. Em suma, a justificação da analogia da qual depende o argumento jurídico analógico encontra-se no próprio direito. Os argumentos jurídicos não são elaborados no vácuo. A experiência e o conhecimento jurídico que os operadores do direito – especialmente, os juízes - aplicam aos fatos de um litígio, lhes dizem que algumas semelhanças têm relação com o problema, e outras não. A capacidade de fazer tal distinção não é mais misteriosa num caso do que no outro. Embora uma analogia jurídica não possa ser posta à prova da mesma maneira que uma analogia prática, ela está sempre sujeita ao critério da consistência e da coerência com as normas jurídicas que, juntas, indicam a pertinência dos fatos particulares para a matéria em questão, embora não façam, nem individual nem coletivamente, uma prescrição conclusiva para a situação específica.<sup>21</sup> Se as normas diretamente pertinentes mostram-se mudas ou inadequadas para resolver a questão, há ainda o recurso a outras normas mais remotas, seja qual for a luz que elas possam lançar. Nos casos citados, o STJ – assim como outros tribunais do país – seguiu aquilo que esperava-se de uma Corte de Justiça quando aplica o direito diante de uma situação onde se faz necessário resolver uma situação através do raciocínio analógico: mostrar que o argumento “por analogia” é amplamente reconhecido como uma marca distintiva do raciocínio jurídico. Em situações que tais, é o próprio Estado de Direito que sai fortalecido, na medida em que, no sentido mais amplo possível, o reconhecimento de uma dúvida não marca um afastamento do Estado de Direito, pelo contrário, confirma-o, e o raciocínio analógico tem como função, em tais casos, assegurar que a autoridade moral do direito e seu poder de coação não sejam mal empregado e alcançar a justiça nas pequenas preocupações que constituem a maior parte da vida, da mesma maneira como procuramos fazer nas grandes questões que dizem respeito a toda sociedade. De tudo que foi dito, podemos concluir que a prescrição extintiva tem seu fundamento no interesse público de dar certeza às relações jurídicas, de modo que um direito subjetivo não exercitado durante um período prolongado cria a convicção de que ele não existe ou de que foi abandonado. É, sem dúvida, um meio de obter a segurança jurídica. Não é uma mera questão processual, mas sim uma instituição jurídica de caráter substantivo, e se opera toda vez que haja um direito que não se exercita no prazo fixado por lei, qualquer que seja a natureza desse direito, se está regido pelo direito processual, pelo direito civil ou pelo direito administrativo, e ante uma situação em que não haja prazo previsto na lei de regência, como ocorre com a Lei da Ação Civil Pública, deve-se lançar mão, por analogia, das normas gerais de

*direito comum sobre prescrição, especialmente aquelas previstas em ação de propósitos e objetivos semelhantes, como é o caso da Lei da Ação Popular, que prevê prazo prescricional de 5 (cinco) anos, e que, até por ser Lei especial, deve prevalecer sobre a regra geral. **ISTO POSTO, e considerando que a presente ação civil pública foi proposta em lapso temporal superior a 5 (cinco) anos das decisões judiciais das Justiça do Trabalho, declaro prescrita a presente ação, e julgo extinto o processo, o que faço nos termos do § 5º do art. 219 e inciso IV do art. 269, do CPC, determinando que, após o trânsito em julgado, sejam os autos arquivados com baixa na distribuição. Sem custas. Publique-se e intime-se. Natal, 06 de julho de 2011. CÍCERO MARTINS DE MACEDO FILHO Juiz de Direito***