

A (im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário: desafios e perspectivas

The limitation period applied for claims to redress damages to the Public Treasury: challenges and perspectives

Lívia Caldas Brito*, Lucas Santos de Sousa**, Matheus de Souza Depieri***

Artigo recebido em 23/05/2021 e aprovado em 21/06/2021

Resumo

A extensão e a aplicabilidade do art. 37, § 5º, da Carta Magna, sempre foi alvo de debates acadêmicos e jurisprudenciais, tendo em vista que a redação da norma constitucional não permite concluir, de forma inequívoca, se o objetivo do constituinte foi estabelecer a imprescritibilidade genérica de ações de ressarcimento ao Erário ou não. Após décadas de insegurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal passou a julgar, nos últimos anos, temas de repercussão geral sobre as diversas facetas desse debate público. Não obstante os três precedentes vinculantes existentes, é certo que a discussão ainda está longe de ser pacificada e que ainda são muitos os desafios para aplicação dos precedentes da Suprema Corte. Tendo em vista o debate atual sobre a (im)prescritibilidade de pretensões de ressarcimento ao Erário, este artigo terá como principais objetivos (i) expor as principais controvérsias acerca do art. 37, § 5º, da Constituição; (ii) analisar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, bem como as decisões vinculantes proferidas; e (iii) debater alguns dos desafios existentes na aplicação prática dos temas da repercussão geral, à luz de decisão recente do STJ que adicionou complexidade à discussão.

Palavras-chaves: Prescrição. Dano ao Erário. Improbidade administrativa. Supremo Tribunal Federal. Constituição Federal.

Abstract

The extent and applicability of art. 37, paragraph 5, of the Constitution has always been subject of academic and court debates, considering that the wording of the constitutional rule does not allow to conclude, unequivocally, if the constituent objective was to establish the inapplicability of a limitation period for claims to redress damages to the public treasury or not. After decades of legal uncertainty, the Supreme Federal Court, in the past few years, started to judge binding cases on the various aspects of this public debate. Notwithstanding the three binding precedents that exist, the discussion is not yet finalized and there are still many challenges for the application of the precedents of the Supreme Court. In view of the current debate on the application (or not) of the limitation period for claims to redress damages to the public treasury, this article will (i) expose the main controversies about art. 37, paragraph 5, of the Constitution; (ii) analyze the evolution of the understanding of the Supreme Federal Court on the subject, as well as the binding decisions issued; and (iii) debate some of the existing challenges in the application of the binding decisions, in the light of the recent decision issued by the STJ that added complexity to the discussion.

Keywords: Limitation Period. Damages to the Public Treasury. Supreme Federal Court. Federal Constitution.

* Mestranda no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Advogada.

** Pós-graduado em direito constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Advogado.

*** Graduando em direito pela Universidade de Brasília (UnB). Editor-chefe da Revista dos Estudantes de Direito da UnB (RED|UnB) e *associate editor* da *International Review of Constitutional Reform*.

1 Introdução

Desde a promulgação da Carta Magna Brasileira de 1988, sempre houve muito debate doutrinário e jurisprudencial a respeito dos limites e das aplicações das normas prescricionais, tendo em vista a importância do instituto da prescrição para a garantia da segurança jurídica e para a pacificação social. Um dos tópicos mais relevantes e controvertidos sobre a prescrição diz respeito ao sentido e aplicação do art. 37, § 5º, da Carta Magna, tendo em vista que a redação da norma constitucional não permite concluir se o objetivo do constituinte foi estabelecer a imprescritibilidade genérica de ações de ressarcimento ao Erário ou não.

Após décadas de discussões doutrinárias acaloradas e divergências jurisprudenciais significativas, o Supremo Tribunal Federal passou a julgar, nos últimos anos, temas de repercussão geral sobre as diversas facetas desse debate. Não obstante os três precedentes vinculantes existentes, é certo que tais julgamentos não foram suficientes para aplacar todas as dúvidas que cercam o tema, na medida em que a discussão ainda está longe de ser finalizada e ainda são muitos os desafios enfrentados para a aplicação dos precedentes da Suprema Corte.

Diante da ampla discussão que se instaurou após o julgamento dos Temas de Repercussão Geral 666, 897 e 899, este artigo terá como principais objetivos (i) expor as principais controvérsias acerca do art. 37, § 5º, da Constituição e os entendimentos existentes sobre o tema; (ii) analisar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a esse respeito, bem como as decisões vinculantes proferidas; e (iii) debater alguns dos desafios existentes na aplicação prática dos temas da repercussão geral, à luz de decisão recente do STJ que adicionou complexidade à discussão.

2 A controvérsia acerca do art. 37, § 5º, da Constituição

Como leciona Luiz Roberto Barroso (2001), num Estado democrático de direito, a ordem jurídica gravita em torno de dois valores essenciais: a segurança e a justiça. Esses dois pilares fundamentais da Constituição Democrática de 1988 são afirmados e reiterados em diversas normas constitucionais que buscaram, em um período de transição democrática, evitar abusos e poderes absolutos por parte do Estado.

Entre os diversos princípios constitucionais que buscam consagrar a segurança e a justiça como fenômenos de pacificação social, a prescrição, diretamente relacionada ao princípio da segurança jurídica, se destaca por seu objetivo de estabilizar as expectativas normativas e evitar que os jurisdicionados fiquem perpetuamente expostos a incertezas jurídicas. Como muito bem destacam Bruno Dantas e Caio Victor Ribeiro (2020, p. 47), a estabilização das relações jurídicas no tempo é um princípio da mais alta hierarquia axiológica:

No ordenamento jurídico brasileiro, a segurança jurídica ostenta status de direito fundamental da mais alta hierarquia axiológica e, enquanto valor intrínseco à própria ideia de Estado Democrático de Direito, se manifesta em incontáveis regras e institutos jurídicos, sendo um dos mais notáveis entre eles o instituto da prescrição.

Com previsão tanto em normas de direito público, voltado a alcançar as relações jurídicas envolvendo o Estado, quanto em normas de direito privado, alcançando as relações jurídicas que os particulares travam entre si, almeja-se, com o instituto da prescrição, a estabilização das relações sociojurídicas em face da inércia do detentor originário do direito, impedindo que elas perdurem indefinidamente no tempo.

Tendo em vista a centralidade da segurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio, a regra constitucional da Carta Magna de 1988 é pela prescritibilidade das pretensões. As hipóteses de imprescritibilidade, portanto, enquanto exceção, devem estar escritas de forma expressa e inequívoca no texto constitucional, como ocorre, por exemplo, no art. 5º, incisos XLII¹ e XLIV². Partindo desses pressupostos, a discussão travada na doutrina e na jurisprudência brasileira é se o art. 37, § 5º, ao consignar que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos [...] que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, configura hipótese excepcional de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de dano ao Erário.

¹ “A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”

² “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”

Em que pese parte da doutrina defender que o art. 37, § 5º, seja, de fato, uma das hipóteses constitucionais de imprescritibilidade (OLIVEIRA, 2009), um exame pormenorizado do contexto histórico e uma análise sistemática da Constituição parece apontar para a direção oposta. Conforme lecionam Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza (2017, p. 144), o art. 37, § 5º, não prevê necessariamente um comando geral de imprescritibilidade, considerando que o dispositivo buscou apenas distinguir “o prazo de prescrição da pretensão sancionatória (isto é, para aplicação de sanção ao responsável), [...] do prazo de prescrição da pretensão ressarcitória (isto é, para exigência de reparação dos danos decorrentes do ilícito)”, sendo normal, por exemplo, que o prazo para a prescrição da pretensão ao ressarcimento seja maior do que a pretensão sancionatória.

A própria análise das discussões travadas na Assembleia Constituinte parece corroborar esse entendimento. Sundfeld e Pagani (loc. cit.) destacaram que, em momentos iniciais do debate acerca desse dispositivo, foi proposto texto que previa expressamente a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao Erário e das pretensões sancionatórias contra os agentes públicos.

Em um segundo momento, após as discussões travadas, foi proposto texto que previa que apenas as ações de ressarcimento seriam imprescritíveis (“a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor público ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, que serão imprescritíveis”). Ao final, a Comissão de Sistematização da Constituinte de 1988 “rejeitou, em parte, os substitutivos, para abolir a imprescritibilidade das ações de ressarcimento” (Sundfeld; Pagani, 2017, p. 145).

Além da interpretação histórica do dispositivo constitucional em comento, uma interpretação sistemática também parece indicar que a solução mais adequada seria a prescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao Erário, tendo em vista que, como destacou o min. Roberto Barroso em seu voto no Tema de Repercussão Geral 666, grandes acadêmicos como o professor Celso Antônio Bandeira de Mello mudaram de posicionamento quanto ao assunto para defender mais recentemente que “a imprescritibilidade obrigaria a parte a conservar indefinidamente, e, talvez até suas gerações seguintes, a prova do não cometimento eventual de uma infração ou de um ilícito administrativo”. Nesse mesmo sentido é o defendido, em sede doutrinária, por Bacelar Filho e Hachem (2010, p. 49):

Ora, no que tange às ações de ressarcimento ao erário, deve-se interpretar o art. 37, § 5º, em concordância com o princípio da segurança jurídica e com o direito fundamental à ampla defesa, albergado no art. 5º, LV, da CF. Como poderia o cidadão exercer tal direito de forma plena, anos depois do acontecimento da conduta que lhe é imputada? De que modo seria possível lançar mão de provas capazes de atestar a sua inocência, décadas depois do ocorrido?

É preciso, pois, compreender o art. 37, § 5º da CF no sentido de que a ressalva às ações de ressarcimento ao erário diz respeito à impossibilidade de se incluir o seu prazo prescricional na mesma lei que define a prescrição referente aos ilícitos praticados pelo agente.

Apesar do entendimento doutrinário acima reproduzido, sempre muito controverso desde a aprovação da Constituição de 1988, o tema da prescritibilidade também foi alvo de repetidas discussões nos tribunais pátrios. Após décadas de insegurança jurídica, é natural que diversos casos tenham chegado em grau recursal ao Supremo Tribunal Federal, que, aos poucos, foi apreciando casos concretos e construindo sua jurisprudência acerca desse tema.

3 O Supremo Tribunal Federal e a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário

Um dos primeiros marcos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal acerca da discussão sobre a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário remonta ao Mandado de Segurança 26.210-9/DF, de relatoria do min. Ricardo Lewandowski. O acórdão, datado de 2008, consignou em suas razões que, no contexto de descumprimento de obrigação de bolsista do CNPq em retornar ao país após o término da concessão de bolsa para estudo no exterior, o dano ao Erário apurado pelo Tribunal de Contas seria imprescritível por força da redação do art. 37, § 5º, da Constituição. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acabou por favorecer a edição da Súmula 282 do Tribunal de Contas da União (“as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”), bem como por fundamentar diversos precedentes judiciais e administrativos, todos no sentido de que o art. 37, § 5º, da Carta Magna, teria previsto uma imprescritibilidade genérica.

Apesar disso, pelo fato de essa decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal não ter caráter vinculante e por ainda existirem diversos posicionamentos distintos sobre o artigo constitucional em comento, a insegurança jurídica persistiu. Por conta disso, após anos de discussões difusas a respeito da extensão da aplicabilidade do art. 37, § 5º, da Constituição, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a repercussão geral de temas sobre as diversas facetas da prescribibilidade de pretensões de ressarcimento ao Erário, com o objetivo de pacificar a controvérsia por meio de precedentes vinculantes.

Uma primeira discussão travada na Suprema Corte foi realizada no âmbito do Tema de Repercussão Geral 666, de relatoria do min. Teori Zavascki, que, ao final, fixou a tese de que *“é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”*.

O ministro Teori, em seu voto, entendeu que o fragmento final do art. 37, § 5º, da Constituição, buscou conter iniciativas legislativas que pudessem ser displicentes com o patrimônio público. Diante disso, entendeu ser essencial a preservação desse sentido original, mas que não seria adequado atribuir alcance ilimitado à norma de imprescritibilidade *“apenas pelo (a) conteúdo material da pretensão a ser exercida — o ressarcimento — ou (b) pela causa remota que deu origem ao desfalque no erário — um ato ilícito em sentido amplo”*. Com isso, considerando que a regra geral do ordenamento jurídico é pela prescribibilidade de pretensões, *dever-se-ia interpretar o dispositivo constitucional como limitado a ações de ressarcimento de danos “decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais”*.

A corroborar a tese da prescribibilidade, o ministro Marco Aurélio chegou a destacar que uma interpretação ampla quanto a uma eventual imprescritibilidade irrestrita de ação patrimonial poderia chegar a violar os ares democráticos da Constituição de 1988, na medida em que *“implicaria até numa visão [...] fascista, a revelar que o Estado tudo pode e a qualquer tempo”*.

Apesar dos debates acalorados sobre o alcance do julgamento a ser realizado pelo Supremo à época, a questão apenas foi definitivamente elucidada em sede de embargos de declaração, oportunidade na qual restou consignado que seriam considerados ilícitos cíveis aqueles *“de natureza semelhante à do caso concreto em exame”*. Ao final, o tema da repercussão geral acabou não abarcando a discussão sobre a prescribibilidade das pretensões de ressarcimento formuladas com base em infrações de direito público, como as de natureza penal e as decorrentes de ato de improbidade administrativa. O Supremo Tribunal Federal optou por relegar a análise dessas duas hipóteses específicas para o momento dos julgamentos dos Temas de Repercussão Geral 897 e 899.

Avançando na definição do alcance da imprescritibilidade mencionada no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento, em 2019, do Tema de Repercussão Geral 897, que tratava da prescribibilidade do ressarcimento ao Erário decorrente de ato ímprobo.

O ministro Alexandre de Moraes, relator, argumentou em seu voto que, apesar da patente importância de todo o sistema de combate à corrupção e da garantia da probidade administrativa, as exceções à prescribibilidade estariam única e exclusivamente previstas na Constituição no campo punitivo penal, especialmente os incisos XLII e XLIV do art. 5º. Assim, não se poderia assumir como imprescritíveis as sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa, de natureza cível, em respeito ao devido processo legal e ao direito à ampla defesa. Para o ministro Alexandre de Moraes, não seria razoável que *“houvesse imprescritibilidade implícita de uma única sanção pela prática de um ilícito civil definido como ato de improbidade, e não houvesse na esfera penal, que é de maior gravidade”*. Com isso, a tese originalmente proposta pelo relator foi de que a pretensão de ressarcimento ao Erário *“prescreve juntamente com as demais sanções do artigo 12, nos termos do artigo 23” da Lei 8.429/1992*.

Apesar do voto do ministro Alexandre, o relator restou vencido ao final do julgamento colegiado. Acabou prevalecendo a divergência inaugurada pelo ministro Edson Fachin, que consignou em seu voto que *“a segurança jurídica nessa perspectiva não leva [...] a autorizar a proteção, pelo decurso do lapso temporal, a quem causar prejuízo ao erário e locupletando-se da coisa pública”*. A tese proposta pelo ministro Edson Fachin foi a de que seriam imprescritíveis as ações de ressarcimento ao Erário fundadas na prática de ato doloso tipificado como ímprobo.

Merece destaque o fato de que a tese do ministro Edson Fachin prevaleceu por apertada maioria, na medida em que restaram vencidos os ministros Alexandre de Moraes (relator), Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. A diferença de um voto é ainda mais relevante diante da mudança de posicionamento

dos ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso, que inicialmente acompanharam o ministro Alexandre de Moraes, aderindo à tese da prescritibilidade, e posteriormente mudaram seus posicionamentos. O ministro Barroso chegou a consignar que a mudança teria se dado por conta do “impacto que esta solução [da prescritibilidade] produziria sobre o enfrentamento, que hoje se faz no Brasil, em relação precisamente à corrupção e aos atos de improbidade”.

Nesse sentido, considerando a posterior adequação do voto de ambos os ministros, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese no sentido de que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

Apesar da aprovação das duas teses anteriormente discutidas, ainda haveria uma discussão essencial sobre o art. 37, § 5º, da Constituição: afinal, se apenas atos dolosos tipificados na lei de improbidade são imprescritíveis, como ficam as decisões dos tribunais de contas e a Súmula 282/TCU? Na tentativa de solucionar essa questão, o Supremo julgou em 2020 o Tema de Repercussão Geral 899, que tratava sobre a “prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

Apesar da importância do tema, ele sempre suscitou dificuldades práticas e dúvidas acerca de sua aplicabilidade. Isso porque o Recurso Extraordinário 636.886, *leading case* do tema da repercussão geral, trata de uma execução proposta pela União, que tem por base uma decisão do Tribunal de Contas da União, na qual as instâncias ordinárias aplicaram a prescrição quinquenal intercorrente. Nesse sentido, a escolha do *leading case* suscitou questionamentos, especialmente sobre se a tese fixada durante o julgamento do tema se aplicaria às ações de controle externo que são processadas nos próprios tribunais de contas ou se a sua aplicabilidade estaria restrita à execução do título executivo constituído após a decisão desses tribunais.

Apesar das inúmeras — e justificadas — discussões doutrinárias e jurisprudenciais, o voto condutor da decisão pareceu estender o entendimento fixado pelo Supremo a todas as ações de controle dos tribunais de contas. Isso porque, ao rememorar que apenas são imprescritíveis ações de ressarcimento ao Erário fundado em ato doloso de improbidade administrativa, o min. relator consignou que (i) “a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa”; e (ii) “não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo”.

Como se não fosse suficiente, o ministro relator Alexandre de Moraes, no voto condutor do Tema de Repercussão Geral 899, consignou que, com base na decisão do Tribunal de Contas, seria possível o ajuizamento de ação de improbidade para, “garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no Tema 897, será imprescritível”.

A corroborar esse entendimento, vale destacar que o posicionamento quanto à prescritibilidade das ações de controle externo que tramitam nas cortes administrativas já tem sido aplicado pelo Supremo Tribunal Federal em outras decisões desprovidas de repercussão geral. Apenas a título exemplificativo, vale mencionar decisão monocrática do ministro Marco Aurélio, que consignou que a regra geral da imprescritibilidade em processos administrativos em trâmite perante tribunais de contas não estaria em conformidade com a Constituição. Veja-se:

O sobrepreço imputado pelo Órgão de controle teria ocorrido em 1992, sobrevivendo apenas em 2006 a notificação da impetrante para responder ao processo administrativo que levou à determinação de ressarcimento ao erário e aplicação de multa — tomada de contas especial nº 016.851/2003-9.

Decorridos treze anos entre o fato supostamente lesivo e a intimação do particular, o Estado não poderia mais buscar o ressarcimento ou a punição, seja na via administrativa, seja na judicial. Não se deve admitir — considerada a Carta que se disse cidadã, a trazer ares democráticos ao Direito Administrativo — a imprescritibilidade da atuação do Tribunal de Contas da União, no que voltada a recompor dano ao erário. Fazê-lo implicaria assentar poder insuplantável do Estado, a obrigar o cidadão a guardar documentos indefinidamente para a própria defesa.

Conforme consignei ao votar no recurso extraordinário nº 669.069, relator o ministro Teori Zavascki, no qual se concluiu pela incidência da prescrição sobre pretensões decorrentes de ilícitos civis, a Constituição Federal, antes de versar a estruturação do Estado, disciplinou direitos dos cidadãos, não se podendo conceber que tenha dado passo a implicar quebra do sistema, lançando a imprescritibilidade de ação patrimonial. O constituinte foi explícito quanto às situações jurídicas a afastarem a prescrição, indicando-as nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º, de forma limitada e absolutamente excepcional, apenas no

campo penal, não no cível, não no patrimonial (MS 35294, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 06/03/2018, publicado em Processo Eletrônico DJe-044 divulg.: 07/03/2018 public.: 08/03/2018).

Independentemente da discussão acerca da aplicabilidade do Tema 899 para processos em trâmite nos tribunais de contas, que deverá ser pacificada com o julgamento dos embargos de declaração opostos, uma das controvérsias mais delicadas acerca do conjunto de decisões vinculantes sobre o art. 37, § 5º, da Constituição, diz respeito à forma como determinado ato pode ser qualificado como ímprobo para que, consequentemente, a pretensão de ressarcimento dele derivada seja entendida como imprescritível.

4 Desafios na aplicabilidade do entendimento do STF: competência para qualificar ato doloso de improbidade

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal parece apontar para o entendimento de que apenas são imprescritíveis as pretensões de ressarcimento fundadas em condutas tipificadas como ato de improbidade doloso. Uma questão a ser discutida, para fins de aplicabilidade desse entendimento, é acerca da competência e do processo adequado para a qualificação de determinada lesão ao Erário como “ato de improbidade doloso”. Em outras palavras, a imprescritibilidade do ressarcimento do dano ao Erário se aplica apenas a ações de improbidade administrativa? Pode-se reconhecer determinado ato como “ímprobo doloso” em sede de ações ordinárias ou outras que não sigam o rito específico da Lei 8.429/1992?

Antes de discutir o cerne da questão, no entanto, deve-se analisar o disposto na Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) sobre ressarcimento por dano ao Erário. De acordo com o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, constitui ato de improbidade que causa dano ao Erário “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei”. O artigo também traz 21 incisos que, em rol não taxativo, descrevem exemplos do que seriam ações ímprobas que acarretariam dano ao Erário. Como sanção à prática de atos de improbidade que acarretam dano ao Erário, o art. 12, II, da Lei de Improbidade Administrativa prevê expressamente que os responsáveis podem ser condenados, entre outras penalidades, a ressarcir integralmente o dano e a perder os bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio.

Ocorre que a aplicação da sanção de ressarcimento ao Erário por ato de improbidade, por força dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, apenas pode ocorrer mediante oportunidade de o réu se defender especificamente em relação aos fundamentos para a aplicação ou não do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa ao caso concreto. Como exemplo, ao réu tem que ser franqueada a possibilidade de argumentar a ausência dos requisitos que permitem a aplicação da lei ao caso, como a presença dos legitimados ativos e passivos, a legitimidade processual restrita e taxativa da Lei de Improbidade Administrativa, entre outros requisitos essenciais postos na norma.

No caso de se alegar imprescritibilidade do ressarcimento ao Erário, deve haver nas instâncias ordinárias discussões e contraditório específico sobre o elemento subjetivo do dolo, uma vez que a mera ocorrência de dano ao Erário, por si só, não é suficiente para o reconhecimento da imprescritibilidade. Note-se que apesar de, em regra, a condenação em improbidade administrativa depender de dolo, o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa expressamente prevê a modalidade culposa, que, conforme decisão do STF, no Tema de Repercussão Geral 897, será prescritível (apenas a modalidade dolosa é imprescritível).

Tendo em vista todas as especificidades necessárias para se aplicar a Lei de Improbidade Administrativa a casos concretos e a necessidade de se garantir contraditório específico em relação ao elemento subjetivo do dolo, não nos parece adequado que se reconheça a imprescritibilidade do ressarcimento ao dano ao Erário, por exemplo, em processos administrativos ou em ações indenizatórias que tramitem sob o rito ordinário, tendo em vista que a classificação de determinada conduta como “ato ímprobo” depende da adesão ao rito de tramitação processual definido na Lei de Improbidade Administrativa.

Caso seja reconhecida a imprescritibilidade com base no Tema de Repercussão Geral 897, sem qualquer discussão sobre a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, restaria frontalmente violado, além do contraditório

e da ampla defesa, o princípio da não surpresa, elemento norteador das normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme a exposição de motivos do Código de Processo Civil vigente,

[...] todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.

Não há qualquer lógica jurídica em esperar que o jurisdicionado se defenda de alegações fundadas em normas diversas da Lei de Improbidade Administrativa e, ao final, que se reconheça que a pretensão é imprescritível pela prática de “ato doloso de improbidade”, sem qualquer discussão sobre os requisitos e as normas previstas na lei que regula o tema.

Apesar do argumento acima mencionado, que entende que apenas pode se taxar determinado ato como “ímprobo doloso” em ação de improbidade administrativa, não se desconhece a existência do microsistema de tutela coletiva, que abarca, entre outros diplomas legais, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular, entre outras. Como destacam Daniel Amorim Assunção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2020), sempre que a Lei de Improbidade Administrativa não tiver previsão expressa sobre determinada situação, “deve-se buscar no núcleo duro do microsistema a solução”. Justamente por isso, o Superior Tribunal de Justiça já definiu como legítima a busca por outras leis do microsistema para suprir lacunas legislativas, definindo como possível, por exemplo, a aplicação subsidiária da Lei da Ação Civil Pública em processos de improbidade administrativa.

A existência de um microsistema coletivo, no entanto, não permite deturpar ou expandir a aplicação das normas expressas da Lei de Improbidade Administrativa ou ainda a aplicação das sanções por improbidade administrativa em outras modalidades de processos — sob pena de se ferir o princípio constitucional da legalidade. Não faria sentido, portanto, taxar-se determinada conduta como “ímproba dolosa” em qualquer outra ação que não seja uma ação de improbidade administrativa. Pelos fundamentos acima narrados, e tendo em vista que, nas palavras de Daniel Amorim Assunção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira (loc.cit.) as sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 somente podem ser aplicadas pelo Judiciário quando do julgamento das ações de improbidade administrativa, a aplicação do entendimento fixado no Tema de Repercussão Geral 897 apenas poderia ocorrer em ações específicas de improbidade administrativa.

Apesar de todos os argumentos acima expostos, o Superior Tribunal de Justiça parece ter adicionado complexidade ao debate, em função de recente decisão que negou provimento a agravo interno interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário manejado contra acórdão da Segunda Turma proferido no julgamento do Recurso Especial 1.159.598. O agravo interno foi então submetido à análise da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

O caso acima mencionado tratou, na origem, de ação popular constitucional que buscava a reparação ao Erário em função de gastos indevidos em publicidade por prefeitura municipal. Após a aplicação do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema de Repercussão Geral 897 à ação popular, para confirmar os julgamentos das instâncias ordinárias — que consignaram a imprescritibilidade do dano ao Erário — foi interposto agravo interno, alegando, justamente, que não se poderia reconhecer a existência de ato ímprobo doloso em outras ações que não aquelas de improbidade administrativa.

Ocorre que, ao negar provimento ao pleito recursal, o voto condutor da ministra Maria Thereza de Assis Moura, relatora do processo, consignou que o Tema 897, ao declarar como imprescritíveis as pretensões de ressarcimento fundadas em ato doloso de improbidade, não trouxe “nenhuma restrição quanto ao meio processual adotado, que poderá ser ação de ressarcimento, ação civil pública, ação popular, ou mesmo a ação de improbidade administrativa”. O ministro Mauro Campbell, em seu voto-vista, acompanhou a relatora e chegou a consignar que “existindo dano ao erário causado por ato ilícito administrativo é cabível a pretensão ressarcitória, a qual deve ser considerada imprescritível em razão da natureza do bem tutelado constitucionalmente”.

Com respeito aos argumentos trazidos nos votos proferidos pelos exmo. ministros do Superior Tribunal de Justiça, que representam o posicionamento da maioria da Corte Especial, nos pareceu mais adequada a interpretação dos temas da repercussão geral do STF realizada pelo ministro Napoleão Nunes Maia Filho em seu voto divergente.

Como bem alegou o e. ministro, a ação popular “não veicula pretensão reconhecadora da prática de atos de improbidade, vez que se dirige à regulação do ressarcimento de danos decorrentes de lesão ao Erário, inclusive com expressa previsão de prescrição”. Ora, a ação popular, baseada no binômio ilegalidade/lesividade, é utilizada, como leciona José Afonso da Silva (2007), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural, sem, necessariamente, versar sobre ato ímprobo doloso.

Como se não fosse suficiente, o ministro também destacou que inexistiria no caso a demonstração certa e específica de ato doloso de improbidade, matéria que não teria sido discutida nas instâncias ordinárias, não sendo razoável que se possa, por meio de interpretações ulteriores, aumentar, expandir, estender ou acrescer a abrangência material estatuída em decretos judiciais que veiculam condenações. Para corroborar tais fatos, destacou-se que o autor da ação popular não possui legitimidade para o ajuizamento de ação de improbidade administrativa nem sequer fundamentou a exordial na Lei 8.429/1992, de forma que não seria razoável se entender pela imprescritibilidade, nos moldes em que prevista no Tema de Repercussão Geral 897, em sede de ação popular, sob pena de que seja utilizada “como uma espécie de Ação de Improbidade com legitimação ativa universal, difusa e incontrolável, deixando ao alvedrio do cidadão a sua iniciativa, [...] sob o manto da imprescritibilidade”.

5 Conclusão

Conforme destacado ao longo deste artigo, a discussão acerca da aplicabilidade e da definição da extensão do art. 37, § 5º, da Constituição está longe de ser pacificada. Apesar de avanços significativos promovidos com as recentes decisões proferidas em caráter vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, ainda existem muitas divergências interpretativas e jurisprudenciais acerca desses precedentes, o que acarreta grande insegurança jurídica ao jurisdicionado. Como exemplo dessas dificuldades, que devem ser enfrentadas em breve pela Suprema Corte, pode-se mencionar as dúvidas existentes acerca do rito apropriado para a definição de um “ato ímprobo doloso” necessário para a aplicação do Tema 897.

Apesar da existência de diversos entendimentos divergentes, é de se esperar que o Supremo Tribunal Federal, ao avançar no debate sobre a prescritibilidade de pretensões de ressarcimento ao Erário, sempre considere, acima de tudo, a importância da segurança jurídica enquanto princípio da mais alta hierarquia axiológica no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque o próprio contexto de transição democrática que permeou a promulgação da Constituição não permite interpretações autoritárias de suas normas no sentido de definir poderes absolutos ao Estado, sem que se respeite a ampla defesa, o contraditório e a segurança jurídica.

Por essa e por todas as razões expostas no decorrer deste artigo, entende-se que as interpretações mais acertadas sobre as controvérsias existentes da prescritibilidade do ressarcimento ao Erário são no sentido de sempre garantir a proteção do particular e da ordem constitucional, ao se prezar pela regra da prescritibilidade e pelos ritos legalmente estabelecidos na lei de improbidade administrativa, único rito processual no qual se pode taxar determinado ato como “ímprobo doloso”, mediante o contraditório específico sobre o elemento subjetivo.

6 Referências

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transferências voluntárias na Lei de Responsabilidade Fiscal: limites à responsabilização pessoal do ordenador de despesas por danos decorrentes da execução do convênio. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 12, n. 60, p. 25-62, mar./abr., 2010.

BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 4, jul., 2001. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/administrativa-brasileiro-depois-lei-59632297>. Acesso em: 5 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no RE nos EDcl no AgRg no REsp 1159598/SP*. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 18.11.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 26.210-9-DF*. Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 04/09/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão geral no RE nº 669.069-MG*. Plenário Virtual, Rel. Min. Teori Zavascki, v.u., j. 03/02/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão geral no RE nº 852.475-SP*. Plenário Virtual, Relator para acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão geral no RE nº 636.886-AL*. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020.

BRITO, Livia Caldas; DEPIERI, Matheus de Souza. Quais os limites da (im)prescritibilidade de ações de ressarcimento ao erário? *Migalhas de Peso*, Brasília, 1 jul., 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/329946/quais-os-limites-da-im-prescritibilidade-de-acoes-de-ressarcimento-ao-erario>. Acesso em: 5 mar. 2021.

COSTA, Regina Helena. A aplicação do princípio federativo nos embargos de divergência N. 1.517.492/PR. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 14-22, 2020.

DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Prescrição no Tribunal de Contas da União: uma análise do Acórdão 1441/2016 – TCU. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 45-69, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. Debates necessários à evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca dos acordos de colaboração premiada. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 54-63, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2020.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A prescrição das ações de ressarcimento ao Estado e o art. 37, § 5º, da Constituição. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 17, n. 68, abr./jun., p. 139-152, 2017.