

ARTIGO

STF decide, em sede de repercussão geral, pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. Resta, todavia, a dúvida: Seria efetivamente constitucional tal decisão?

Gregório Assagra de Almeida^[1]

Fernanda Soledade Bruno^[2]

Em sessão plenária do dia 08 de agosto de 2018, por maioria de 06 votos a 05, os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiram, em sede de repercussão geral, que as ações de ressarcimento aos cofres públicos fundadas na prática de ato doloso de improbidade administrativa não são suscetíveis à prescrição.^[3]

O *leading case* originou-se de ação de improbidade administrativa ajuizada em face de um ex-prefeito de Palmares Paulista (SP), um técnico em contabilidade e dois servidores públicos do referido município, aos quais se imputou, supostamente, a prática das condutas previstas no art. 12, incisos II e III, da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), bem como a obrigação de reparação dos danos eventualmente causados ao erário.^[4]

Após o reconhecimento da prescrição pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – que se respaldou no prazo quinquenal previsto na Lei nº 8.112/90 –, o Ministério Público interpôs Recurso Extraordinário ao STF, pleiteando o reconhecimento da repercussão geral da matéria. Ressaltou-se no recurso, sobretudo, a ofensa do acórdão prolatado ao art. 37, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como ao princípio federativo e ao princípio da autonomia municipal. Por fim, pleiteou o Órgão do Ministério Público o provimento recursal, para que fosse reformado o acórdão recorrido, afastando-se a prescrição declarada.^[5]

Reconhecida a repercussão geral do tema, em 02/08/2018 iniciou-se o julgamento. Nessa primeira sessão, cinco ministros acompanharam o voto do Ministro Alexandre de Moraes, relator, no sentido do desprovimento do recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo, ante o reconhecimento da aplicação ao caso concreto do prazo prescricional de cinco anos previsto na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). Na mesma oportunidade, o ministro Edson Fachin, acompanhado pela Ministra Rosa Weber, instaurou divergência em relação ao relator, reputando ser imprescritível o ajuizamento de ação fundado no dano oriundo de ato de improbidade administrativa, em decorrência da necessidade de proteção do patrimônio público e da ressalva estabelecida no § 5º do art. 37 da Constituição Federal de 1988.^[6]

1 Promotor de Justiça Assessor do Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

2 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Pós-graduanda em Direito Penal e Direito Processual Penal; Estagiária de pós-graduação no âmbito da Assessoria da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

3 Informações extraídas de: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/08/08/sta-decide-que-aco-es-de-ressarcimento-por-improbidade-nao-prescrevem-se-ato-for-doloso.ghml>.

4 Informações extraídas do inteiro teor do acórdão que reconheceu a repercussão geral do tema previsto no RE 852475 (*leading case*), em publicação datada de 20/05/2016.

5 Informações extraídas do inteiro teor do acórdão que reconheceu a repercussão geral do tema previsto no RE 852475 (*leading case*), em publicação datada de 20/05/2016.

6 Informações extraídas do boletim eletrônico publicado pela Associação Mineira do Ministério Público, em 09/08/2018, intitulado “STF reconhece imprescritibilidade de ação de ressarcimento decorrente de ato doloso de improbidade administrativa”.

Em sessão plenária do dia 08/08/2018, ao retomar o julgamento, a Corte apresentou, surpreendentemente, uma reviravolta em seu entendimento. Com efeito, o Ministro Luís Roberto Barroso, que já havia acompanhado o relator anteriormente, decidiu por reajustar seu voto e se manifestou pelo provimento parcial do recurso do Ministério Público, restringindo, no entanto, a imprescritibilidade às hipóteses de ato doloso de improbidade, de forma a abranger somente o ato de improbidade que ensejar “*o enriquecimento ilícito, favorecimento ilícito de terceiros ou causar dano intencional à Administração Pública*”. O Ministro Luiz Fux, que também já havia seguido o relator, reajustou seu voto nesse sentido. [7]

Por conseguinte, todos os Ministros que seguiram a divergência instaurada pelo Ministro Edson Fachin reajustaram seus votos ao provimento parcial do recurso, na forma do que decidiu o Ministro Luís Roberto Barroso, formando, assim, a tese vencedora. Restaram vencidos, por sua vez, os Ministros Alexandre de Moraes (relator), Dias Tofolli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. [8]

Decidiu a Suprema Corte, então, pelo provimento parcial do recurso, para afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e determinar o retorno dos autos ao Tribunal recorrido para que, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, procedesse à análise do mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento. Em seguida, o STF fixou a seguinte tese: “*São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa*”. [9]

É preciso ressaltar, todavia, que a decisão prolatada pela Suprema Corte fere notoriamente a Constituição da República Federativa de 1988. Com efeito, o Poder Constituinte Originário, ao dispor acerca do tema relativo às ações de ressarcimento ao erário, assim previu:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

§ 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.

Ainda, ao dissertar sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho, [10] em *Tratado* coordenado por Maria Sylvia Zanella de Pietro, pontua:

De acordo com o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição, a pretensão do ente lesado ao ressarcimento do erário é imprescritível, fundando-se a norma na necessidade de proteção ao patrimônio público. O art. 23, I, da LIA estabelece o prazo de prescrição de cinco anos para as ações de improbidade, mas a prescrição não alcança a sanção de ressarcimento do dano, que pode ser pleiteada a qualquer tempo.

7 Informações extraídas do boletim eletrônico publicado pela Associação Mineira do Ministério Público, em 09/08/2018, intitulado “STF reconhece imprescritibilidade de ação de ressarcimento decorrente de ato doloso de improbidade administrativa”.

8 Informações extraídas do boletim eletrônico publicado pela Associação Mineira do Ministério Público, em 09/08/2018, intitulado “STF reconhece imprescritibilidade de ação de ressarcimento decorrente de ato doloso de improbidade administrativa”.

9 Informações extraídas da decisão publicada pelo Tribunal Pleno em 08/08/2018.

10 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Tratado de direito administrativo* – Controle da Administração Pública e Responsabilidade do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 7, p. 137 e 145 *apud* Nota Pública do Grupo Nacional de Coordenadores de Centros de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público e Probidade Administrativa dos Ministérios Públicos Estaduais (GNPP), publicada em 07 de agosto de 2018.

Nota-se, portanto, que o texto constitucional afastou de forma peremptória o instituto da prescrição no que tange às ações de ressarcimento por ato de improbidade administrativa, independentemente de o ato ser doloso ou culposo. Ao restringir as hipóteses de aplicação da imprescritibilidade apenas às condutas dolosas, o Pretório Excelso violou a proteção patrimonial conferida pelo Legislador Constitucional aos bens públicos.

Não se olvide que a proteção conferida pela Constituição ao patrimônio público é também prevista em seus artigos 183, § 3º, e 191, [11] parágrafo único, a revelar ser a imprescritibilidade do patrimônio público uma das características redundantemente previstas no texto constitucional, seja pela impossibilidade do usucapião do bem tido como público, seja pela vedação à aplicação do instituto da prescrição às ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa. [12]

Impende observar, ademais, que a proteção patrimonial conferida pela Constituição aos bens públicos encontra guarida, sobretudo, na proteção da coletividade. Com efeito, os titulares do patrimônio público são, na verdade, toda a coletividade, pessoas indetermináveis ou indeterminadas, não se lhes aplicando, doravante, os institutos da decadência ou da prescrição.

Cabe fazer neste ponto uma consideração de indubitável pertinência: a nova ordem constitucional, trazida pelo texto de 1988, tratou de inserir o Direito Coletivo no plano dos direitos e das garantias fundamentais. É o que se extrai do Título II – Dos direitos e Garantias Fundamentais – previsto na CR/88, que, em seu capítulo I, restou assim intitulado: “DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS”.

Não obstante, “o fato do Direito Coletivo pertencer, no Brasil, à teoria dos direitos constitucionais fundamentais, impõe que se imprima à expressão uma leitura aberta e ampliativa, própria da interpretação dos direitos constitucionais fundamentais do pós-positivismo”. [13] Destarte, resta a indagação: sob qual prisma o STF interpretou restritivamente o direito coletivo fundamental previsto no art. 37, § 5º, da CF/88, condicionando a incidência da imprescritibilidade nas ações de ressarcimento ao erário à existência de ato doloso?

Ora, quisesse o Legislador Constituinte excepcionar ou mitigar o direito fundamental em que se fundam as ações de ressarcimento ao erário, o teria feito. Não obstante, o Poder Constituinte Originário tratou de elucidar com clareza, na parte final do § 5º do art. 37 da CF/88, que as ações de ressarcimento ao erário não estariam sujeitas à prescrição, sedimentando, mais uma vez, a opção do legislador constitucional pela proteção integral ao patrimônio público, presente em seus artigos 183, § 5º, e 191, parágrafo único.

Demais disso, tem-se mais uma questão temerária quanto à decisão prolatada pelo STF: a dificuldade de aferição da culpa ou do dolo nas condutas que incorram em improbidade administrativa. De fato, verifica-se que tais elementos são de difícil aferição, ante a subjetividade do agente no momento da conduta. No mais, espera-se que o agente público atue com zelo pelo patrimônio público “*não se admitindo que sua conduta omissiva ou comissiva cause dano à Administração Pública, pois não há que se perdoar a conduta equivocada daquele que tem o dever legal de agir, haja vista que o mínimo deveria saber para ocupar cargo ou função pública*”. [14]

José dos Santos Carvalho Filho, inclusive, ao discorrer sobre o tema, sustenta que: “*Com toda a certeza, há comportamentos culposos que, pela repercussão que acarretam, têm maior densidade que algumas condutas dolosas*”. [15].

11 Art. 183. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. Art. 191. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

12 Informação extraída da Nota Pública do Grupo Nacional de Coordenadores de Centros de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público e Probidade Administrativa dos Ministérios Públicos Estaduais (GNPP), publicada em 07 de agosto de 2018.

13 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*, 2008.

14 Disponível em: <<https://congressonacional2017.ammmp.org.br/public/arquivos/teses/40.pdf>>.

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.1024 *apud* <http://www.conteudojuridico.com.br> (“Considerações sobre a modalidade culposa de improbidade administrativa”).

Assim, não é crível que a Suprema Corte, órgão ao qual incumbe precipuamente a guarda da Constituição, negue a força normativa e a irradiação dos princípios previstos em seu bojo. Não cabe a limitação do direito fundamental coletivo relativo à proteção do patrimônio público e, diante de sua natureza, não é crível que seja este relativizado ou mitigado, justamente por ser a imprescritibilidade característica fundamental aos direitos fundamentais.

Não obstante, o jurista Alexy, ao dissertar acerca dos princípios, prevê que estes constituem-se em mandados de otimização, *“que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas existentes”*.^[16] Mais uma vez, decorre desse entendimento que, ao aplicar os princípios fundamentais ao caso concreto, deve o julgador buscar uma interpretação extensiva a estes, de molde a possibilitar a sua plena eficácia no sistema. Nesse contexto, cabe, inclusive, trazer à baila o entendimento presente no art. 5º, § 2º, da CF/88, o qual prevê que os direitos constitucionais não são previstos em caráter taxativo, mas decorrem de interpretação sistemática do ordenamento jurídico, sendo previstos explicita ou implicitamente no bojo constitucional – o que se convencionou chamar de “cláusula aberta”. Eis o teor do artigo supracitado: *“Art. 5º. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”*^[17]

Portanto, resta incontroverso que o direito previsto no § 5º do art. 37 da CF/88 constitui-se em direito fundamental coletivo, pertencente a sujeitos indeterminados ou indetermináveis, exigindo-se que sejam tutelados na maior medida possível. Dessarte, certo é que a restrição imposta pelo STF macula o patrimônio público e pode ensejar a legitimação de atos culposos que consubstanciem danos irreversíveis ao erário. Nesse contexto, pertinente é o entendimento trazido por Gregório Assagra de Almeida, *in verbis*:

O Direito Coletivo também não se sujeita a prazos decadenciais ou prescricionais, pois está inserido no plano da teoria dos direitos constitucionais fundamentais positivada no País (Título II, Capítulo I, da CF/88).

Não há ocorrência de prescrição ou decadência do Direito Coletivo, pois seus titulares, pessoas indetermináveis ou indeterminadas, não podem, geralmente, comparecer para sua defesa. A defesa se dá por intermédio dos representantes adequados escolhidos *ope legis*. A omissão desses não pode prejudicar a sociedade, com graves danos aos interesses sociais. Não haveria razoabilidade em se impor esse tipo de sacrifício à sociedade.

Por outro lado, prescrição e decadência são causas extintivas de direitos voltadas para o plano dos direitos individuais. A incidência de prescrição e decadência no plano do Direito Coletivo colocaria em risco a tutela de interesse social, ainda mais diante da aguda dispersão da sociedade massificada.^[18]

Consoante esboçado acima, falta razoabilidade à decisão do Supremo, a qual pode, eventualmente, implicar graves danos aos interesses sociais. Toda a coletividade resta prejudicada em decorrência da tese fixada pela Suprema Corte, e fere-se, notoriamente, a opção do Poder Constituinte Originário pela integral proteção ao patrimônio público.

16 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores; 2008. 669 p.

17 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*, 2008.

18 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*. 2008.



No que tange ao dano ambiental, remanesce a dúvida acerca de qual será o posicionamento adotado pelo Pretório Excelso. Com efeito, o STF reconheceu, por ocasião da análise do Recurso Extraordinário 654833, a repercussão geral da matéria relativa à prescrição do pedido de reparação de dano ambiental. O objeto do Recurso Extraordinário manejado por madeireiros visa questionar acórdão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a imprescritibilidade das ações que pretendam o ressarcimento do dano ambiental, com espeque no art. 37, § 5º, da Constituição Federal e, também, no artigo 225, § 3º, da CF/88, que trata do dano ambiental. Questiona-se, assim, qual será a tese fixada, tendo em vista que, sendo aplicável ao dano ambiental a responsabilidade objetiva, não caberá, de modo algum, interpretação restritiva ao art. 37, § 5º, da CF/88.^[19]

Não obstante, é cabível, ainda, o questionamento acerca do início da contagem do prazo em relação às ações que visam ao ressarcimento em decorrência de ato culposo de improbidade. Pendente a publicação do acórdão no RE 852475, especula-se se seria crível a aplicação do art. 23 da Lei nº 8.429/1992, que dispõe acerca dos prazos prescricionais aplicáveis às sanções previstas na própria Lei de Improbidade. De todo modo, parece-nos um ato atentatório à Constituição da República Federativa de 1988 permitir que, na hipótese de culpa grave que consubstancie efetivo e grave prejuízo ao erário, toda a coletividade seja prejudicada, mitigando sobremaneira o direito fundamental coletivo em que se apoia o ressarcimento.

Espera-se, por fim, que a Suprema Corte reveja o seu posicionamento, de modo que não seja afastada a característica da imprescritibilidade às ações de improbidade que importem graves e irreversíveis danos ao erário. Não se pode afastar o entendimento de que do agente público deverá ser cobrado muito mais zelo do que do particular, de modo que uma omissão constitui-se em um ato grave, porque viola o dever de legalidade, eficiência e probidade no trato com o patrimônio público.^[20]

19 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380229>>.

20 Disponível em: <<https://congressonacional2017.ammmp.org.br/public/arquivos/teses/40.pdf>>.