

COMBATE RETÓRICO DA CORRUPÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475/SP: PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA EM AÇÕES DE IMPROBIDADE

RHETORICAL FIGHT AGAINST CORRUPTION IN EXTRAORDINARY APPEAL 852,475/SP: PRESCRIPTION OF THE CLAIM FOR COMPENSATION IN ACTIONS OF IMPROBITY

FELIPE KLEIN GUSSOLI

Doutorando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor da Pós-graduação no Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba, Paraná, Brasil). Leciona na Graduação e no Curso de Especialização em Licitações e Contratos da PUCPR. Pesquisador do Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR – NINC/PPGD. Advogado.

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-2585-6548>]

gussoli@hotmail.com

DOI: [10.48143/rdai.21.gussoli]

Recebido em: 07.03.2021 | Received: March 7th, 2021

Aprovado em: 04.11.2021 | Approved: Nov. 4th, 2021

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: O artigo trata da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 852.475/SP, que definiu tese interpretativa do art. 37, § 5º, da Constituição para declarar imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. Após análise do acórdão do julgado, fez-se crítica dos votos dos Ministros, especialmente os que alteraram no curto intervalo de seis dias radicalmente seus posicionamentos para satisfazer, retoricamente, os anseios sociais de combate à corrupção. Ao fim, foram demonstradas as inconstitucionalidades latentes no recurso extraordinário julgado e os problemas práticos da inovadora decisão, com

ABSTRACT: The article deals with the decision rendered by the Federal Supreme Court in Extraordinary Appeal 852,475/SP, which defined the interpretative thesis of art. 37, § 5, of the Constitution to declare the actions for reimbursement to the public treasury based on the practice of an intentional act typified in the Administrative Improbity Law imprescriptible. After analyzing the judgment of the judged, criticism was made of the votes of the Ministers, especially those who radically changed their positions in the short six-day interval to satisfy, rhetorically, the social aspirations of fighting corruption. In the end, the latent unconstitutionality in the extraordinary appeal judged and the practical problems of the

destaque para a celeuma procedimental instalada desde então para processamento das ações de ressarcimento imprescritíveis.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção – Improbidade administrativa – Prescrição – Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário 852.475/SP.

innovative decision were demonstrated, with emphasis on the procedural stir installed since then for the processing of imprescriptible reimbursement actions.

KEYWORDS: Corruption – Administrative dishonesty – Prescription – Federal Court of Justice – Extraordinary Appeal 852,475/SP.

1. INTRODUÇÃO

De¹ modo genérico, corrupção pode ser conceituada como o desvio da finalidade pública para atendimento dos fins privados, o que não necessariamente envolve apenas envio de dinheiro. Todavia, para uma enunciação mais precisa do que representa a corrupção, é preciso registrar que há quem critique as definições genéricas, haja vista que “não abrange a complexidade e os matizes das desonestidades e ineficiências intoleráveis no setor público, mas apenas de uma faceta da má gestão pública, possivelmente a menos frequente, ou seja, aquela que engloba as gravíssimas desonestidades [...]”. Assim é que para o estudo verticalizado da corrupção o tema da *improbidade* ganha destaque, uma vez que ela seria “espécie do gênero ‘má gestão pública’” e a corrupção seria “espécie do gênero ‘improbidade’”.²

Na guerra contra a improbidade, a Lei 8.429/92 é a arma mais eficaz, afirmam aqueles que a enaltecem.³ Instrumentos internacionais como a Convenção Interamericana contra a Corrupção⁴ ou a Convenção das Nações Unidas Contra a

1. Como citar esse artigo/*How to cite this article*: GUSSOLI, Felipe Klein. Combate retórico da corrupção no Recurso Extraordinário 852.475/SP: prescrição da pretensão ressarcitória em ações de improbidade. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 131-152, abr.-jun. 2022. DOI: 10.48143/rdai.21.gussoli.

2. OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 389.

3. “A Lei de improbidade Administrativa foi um avanço no combate à corrupção, porque, de uma maneira mais eficaz, procura evitar e punir o enriquecimento ilícito de agentes públicos e particulares. Sendo uma lei civil e não penal, que prevê severas sanções como a indisponibilidade de bens e a suspensão de direitos políticos e perda da função pública, tem a seu favor a possibilidade de colher em suas malhas políticos e particulares, além de não ser alcançada pela imunidade penal dos políticos” (FIGUEIREDO, Marcelo. Os mais relevantes problemas político-eleitorais no Brasil (o sistema proporcional) e a luta contra a corrupção: do “Mensalão” à “Operação Lava Jato”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, maio 2018. p. 399-435).

4. Promulgada no Brasil pelo Decreto 4.410, de 07 de outubro de 2002.

Corrupção⁵ chegam a se apagar em importância no cotidiano dos fóruns brasileiros, tamanha a importância da alcunhada Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Segundo se posiciona a doutrina especializada, “Só pelo fato de ampliar o espectro de atuação sancionatória da lei, o art. 37, § 4º da CF, matriz da matéria, já se constitui no passo mais importante no sentido de proporcionar ao legislador o fundamento de validade para a confecção de uma norma capaz de enfrentar, com eficiência, o flagelo da corrupção.”⁶

Apesar de excluir o sancionamento penal – pois ato de improbidade não é crime –, a LIA em seus tipos prevê uma série de consequências e penalidades graves. Entre elas estão a imposição de ressarcir danos, a perda da função pública, suspensão de direitos políticos, pagamento de multas, proibição de receber incentivos fiscais e a proibição de contratar com o Poder Público. A mesma lei destaca em capítulo próprio os prazos prescricionais para aplicação daquelas penas: cinco anos a partir do término do exercício de mandato, cargo ou função; cinco anos a partir da data de prestação de contas públicas; ou ainda o mesmo prazo prescricional previsto nos estatutos funcionais para a demissão a bem do serviço público (art. 23).⁷

Nenhum problema até aí, não fosse a regra do art. 37, § 5º, da Constituição: “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*.”⁸

O dispositivo constitucional gera dúvida, pois, em que pesem os prazos da LIA, há uma norma constitucional de maior hierarquia *ressalvando* a prescrição para a pretensão de ressarcimento ao erário. Qual então o sentido dado à “ressalva” do dispositivo? O cuidado imposto pela Constituição para com o dinheiro público seria tão rigoroso a ponto de tornar imprescritível a ação de ressarcimento em face dos corruptos também classificados como ímprobos? A celeuma

5. Promulgada no Brasil pelo Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

6. PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 37.

7. Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. III – até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

8. Grifou-se.

de improbidade ter o ônus de provar a sua inocência e não o autor o ônus de provar a culpa do acusado ou requerido.”⁵² Lamentavelmente, quando os fatos se sobrepõem ao Direito – como se dá quando o enfrentamento à corrupção é retórico –, o argumento sociológico é suficiente para atestar a violação aos direitos previstos no art. 5º, LIV e LV, da Constituição. Se no plano do dever-ser o sistema é acusatório, na prática, o simples indício pode servir à condenação, fazendo com que a falta de provas decorrente da passagem do tempo seja bastante à violação do devido processo legal.

Hoje, no entanto, permanece ainda mais urgente definir qual solução dar ao impasse procedimental gerado pelo STF e não resolvido durante o julgamento do Recurso Extraordinário 852.475/SP. Como visto, ainda que tenha definido que a pretensão de ressarcimento derivada de atos dolosos de improbidade é imprescritível, o STF não explicou qual procedimento processual (rito) deve ser observado na ação de ressarcimento autônoma. A indefinição é problemática, de modo que gerou aquilo que, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná chamou de “Ação Atípica de Ressarcimento ao Erário”⁵³, a qual obedece ao procedimento comum do Código de Processo Civil (CPC) para apurar improbidade *presumidamente dolosa*. A presunção, pasmem, advém do mero fato de que o autor da ação alegou assim na causa de pedir da petição inicial, gerando a malfadada responsabilidade objetiva denunciada pelo Min. Alexandre de Moraes.

Sérios problemas já estão sendo observados. Se o procedimento a prevalecer for o comum do CPC, haverá violação constitucional ao art. 5º, LIV, cumulado com o art. 37, § 4º (devido processo legal), e ao rito legal da LIA, pois se definirá como ímprobos atos fora do procedimento especial exigido pelo constituinte. Mais que isso, haverá fomento a um sistema de responsabilização objetiva por ato de improbidade, em que basta ao autor da ação de ressarcimento alegar que

Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Org.). *Eficiência e ética na administração pública* – Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: Íthala, 2015. p. 243-267.

52. Continuam os autores: “Acreditar que se o autor se mantiver inerte ele será absolvido (pois não tem mais prova alguma devido à passagem do tempo) é como crer em contos de fada” (GABARDO, Emerson; SAIKALI, Lucas Bossoni. A prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em razão de atos de improbidade administrativa. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 1, n. 50, 2018. p. 528).
53. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 4ª Câmara Cível. Apelação Cível e Reexame Necessário 1372591-2. Rel. Juíza Subst. Cristiane Santos Leite. J. 19.03.2019. Publicação em 08.04.2019.

houve ato de improbidade doloso na causa de pedir da ação de ressarcimento para que aquilo seja tido como verdade. O que já está, aliás, acontecendo na prática.

Melhor, ou menos ruim, que o procedimento das ações de ressarcimento imprescritíveis seja o procedimento especial da LIA. Se de fato a pretensão declaratória que antecede a condenação ao ressarcimento é imprescritível,⁵⁴ é preciso que ao menos ela obrigue o Judiciário a respeitar o procedimento previsto na Lei 8.429/92 e no art. 37, § 4º, da Lei Fundamental. A proposta não desfaz a inconstitucionalidade da tese do Recurso Extraordinário 852.475/SP nem abranda a retórica que dele exala, mas, pelo menos, busca a preservação das garantias legais que por enquanto ainda restam aos acusados.

5. 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 – IP*, Belo Horizonte, Fórum, ano 12, n. 60, p. 25-62, mar.-abr. 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- CARVALHO, Antonio Roberto Winter de. Reflexões acerca da prescritibilidade nas ações de ressarcimento ao erário previstas no art. 37, § 5º da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 253, p. 31-48, jan. 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado e patrimônio público. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 10, n. 36, p. 81-91, jan.-mar. 2012.
- FIGUEIREDO, Marcelo. Os mais relevantes problemas político-eleitorais no Brasil (o sistema proporcional) e a luta contra a corrupção: do “Mensalão” à “Operação Lava Jato”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 399-435, maio 2018.
- FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 204, p. 65-84, jan. 1996.
- GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GABARDO, Emerson. A nova decisão do STF sobre a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário por ato de improbidade. *Direito do Estado*, Salvador, ano 2018, n. 409, 11.08. 2018. Disponível em: [<http://twixar.me/fKDn>]. Acesso em: 17.05.2019.

54. Isto é, a pretensão de declarar alguém ímprobo.

- GABARDO, Emerson; SAIKALI, Lucas Bossoni. A prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em razão de atos de improbidade administrativa. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 1, n. 50, p. 514-543, 2018.
- GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos ímprobos: como a aplicação da Lei de Improbidade desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Org.). *Eficiência e ética na administração pública – Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná*. Curitiba: Íthala, 2015.
- HUMBERT, Georges Louis Hage. As ações de ressarcimento ao erário decorrentes de ato de improbidade administrativa são prescritíveis. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 12, n. 132, p. 24-28, fev. 2012.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 135-164, maio-ago. 2018.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 259-284, jan.-mar. 2020.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de poder e abuso de autoridade no exercício das funções legislativa e jurisdicional à luz da nova Lei de Abuso de Autoridade – Lei 13.869/19. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 75-95, jan.-mar. 2021.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- PELEGRINI, Marcia. A prescrição da pretensão ressarcitória do Estado: exegese do artigo 37, parágrafo 5º da Constituição Federal e aplicabilidade da função controladora exercida pelos Tribunais de Contas. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 10, n. 112, p. 7-19, jun. 2010.
- PLENO: *Prescrição de ação de ressarcimento decorrente de improbidade administrativa (2/2)*, 2018. 1 vídeo (1h6min07s). Publicado pelo canal STF. Disponível em: [<https://www.youtube.com/watch?v=Y9Mzd21oIcY>]. 1h05min29s. Acesso em: 16.05.2019.
- SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A prescrição das ações de ressarcimento ao Estado e o art. 37, § 5º da Constituição. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 139-152, abr.-jun. 2017.
- VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 669.069-MG*. Rel. Min. Teori Zavascki. J. 16.06.2016. Publicação em 30.06.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Recurso Extraordinário 669.069-MG*. Rel. Min. Teori Zavascki. J. 03.01.2016. Publicação em 28.04.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Recurso Extraordinário 852.475/SP*. Rel. para acórdão Min. Edson Fachin. J. 8.08.2018. Publicação em 25.03.2019.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Improbidade – prescrição, de Nelson Nery Junior – *Soluções Práticas – Nery* 1/659-710;
- Prescrição de pretensão indenizatória em razão de improbidade administrativa, de Nelson Nery Jr. – *Soluções Práticas de Direito – Nelson Nery Junior* 2/443-495;
- Questões relevantes sobre a prescrição nas ações de ressarcimento ao erário com fundamento em ato de improbidade administrativa, de Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz e Luiz Manoel Gomes Junior – *RePro* 277/463-485; e
- Réquiem aos bens públicos e a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em matéria de improbidade administrativa: anotações críticas, de Rogério Gesta Leal – *RDAI* 19/101-131.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- STF, Repercussão Geral no RE 852.475, j. 19.05.2016 – *RT* 969/391.