

**5ª Seção – Comentários
à Jurisprudência**

***Section 5 – Comments
of Jurisprudence***

RESSARCIMENTO AO ERÁRIO E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: COMENTÁRIOS SOBRE O RE 852.475

REIMBURSEMENT TO THE TREASURY: COMMENTS ON SPECIAL APPEAL RE 852,475

RODRIGO BORDALO

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie (pós-graduação), do Centro Preparatório Jurídico (CPJUR) e da Escola Paulista de Direito (EPD). Procurador do Município de São Paulo.
rodrigobordalo@hotmail.com

Recebido em: 01.02.2019
Aprovado em: 20.03.2019

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: o artigo explora os contornos do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário 852.475, que abordou o tema do ressarcimento ao erário resultante da prática de ato de improbidade administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: RE 852.475 – Improbidade administrativa – Ressarcimento ao erário – Prescrição – Interpretação do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal.

ABSTRACT: the article explores the contours of the judgment by the Federal Supreme Court of Extraordinary Appeal 852,475, which addressed the issue of compensation to the treasury resulting from the practice of administrative improbity.

KEYWORDS: Appeal 852,475 – Administrative improbity – Compensation to the treasury – Prescription – Interpretation of the 37th article, 5th paragraph of the Brazilian Federal Constitution.

SUMÁRIO: I. A controversa questão jurídica envolvendo o recurso extraordinário 852.475. II. Julgamento. Entendimento dos ministros. III. Evolução jurisprudencial e análise crítica. Referência bibliográfica.

I. A CONTROVERSA QUESTÃO JURÍDICA ENVOLVENDO O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475

O Supremo Tribunal Federal apreciou em agosto de 2018 o Recurso Extraordinário 852.475, envolvendo o prazo prescricional do ressarcimento ao erário decorrente da prática de ato de improbidade administrativa.

O julgamento girou em torno da interpretação a ser emprestada ao artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, constituída por duas partes. A primeira dispõe que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos causadores de prejuízos ao erário praticados por qualquer agente público. A segunda, integrante de sua redação final, estabelece uma ressalva para as “respectivas ações de ressarcimento”.

A tese firmada com repercussão geral pela maioria do STF, após atípica reviravolta no entendimento dos Ministros, foi a seguinte: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”. Dessa forma, a conclusão do Tribunal pode assim ser sintetizada: (i) o cometimento de improbidade administrativa assentado no elemento subjetivo doloso acarreta a imprescritibilidade da respectiva pretensão de ressarcimento ao erário; (ii) ao revés, se o ato ímprobo envolve conduta culposa, a reparação prescreve.

II. JULGAMENTO. ENTENDIMENTO DOS MINISTROS

O RE 852.475 contou com a relatoria do ministro Alexandre de Moraes, que apresentou o seu voto na sessão do dia 2 de agosto de 2018, concluindo incidir a prescrição da pretensão reparatória decorrente da Lei 8.429/92. Segundo ele, a interpretação do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal deve ser conjugada com o parágrafo anterior, que dispõe sobre a improbidade administrativa e a necessidade de lei para a incidência das consequências ali previstas (suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, ressarcimento ao erário e indisponibilidade dos bens). A ressalva contida no parágrafo quinto representaria uma norma de transição, de modo que o ressarcimento aos cofres públicos já poderia ser requerida naquele momento (pós-Constituição de 1988), independentemente de lei disciplinando a improbidade, que, a propósito, somente veio a ser editada em 1992. Assim, o artigo 37, § 5º, *in fine*, não impõe qualquer hipótese implícita de imprescritibilidade.

Outro aspecto destacado pelo relator, a reforçar sua tese, foi a necessidade de robustecimento da segurança jurídica e do devido processo legal e da ampla defesa. Nesse sentido, admitir a imprescritibilidade seria dificultar a defesa do

imputado, contra quem poderia ser exercida pretensão reparatória muitos anos após o ocorrido, obstando de modo acentuado a busca de provas tendentes ao afastamento da responsabilidade.

Seguiu-se ao voto do relator a apreciação concordante dos ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Roberto Barroso. Diante disso, foi sugerido o seguinte enunciado para a tese do julgado:

“A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos e terceiros pela prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado pela Lei 8.429/92 prescreve juntamente com as demais sanções do art. 12, nos termos do art. 23, ambos da referida lei, sendo que, na hipótese em que a conduta também for tipificada como crime, os prazos prescricionais são os estabelecidos na lei penal”.

Na mesma sessão do dia 2 de agosto, houve manifestação divergente inaugurada com o voto do ministro Edson Fachin, defensor da clássica tese da imprescritibilidade. O seu entendimento tomou como assento uma interpretação diversa dos demais ministros em relação ao artigo 37, § 5º, cuja ressalva imporia verdadeira exceção à prescritibilidade. Essa posição foi acompanhada pela ministra Rosa Weber.

Embora o cenário parecesse estar consolidado na sessão do dia 2, haja vista a existência de seis votos no sentido da prescrição, verificou-se abrupta mudança de entendimento passada uma semana, quando o julgamento foi retomado no dia 8 de agosto. Nessa sessão, o ministro Marco Aurélio acompanhou o voto do relator, ressaltando que a Constituição Federal não albergou a imprescritibilidade de pretensões de cariz patrimonial. Em seguida, o ministro Celso de Mello acompanhou o voto divergente iniciado por Fachin. No mesmo sentido o pronunciamento da ministra Cármen Lúcia, para quem a exceção à prescritibilidade seria justificada pela diretriz constitucional de prestígio à probidade administrativa.

Foi nesse momento que ocorreu a guinada do julgamento. O ministro Fux, que já havia dado o seu voto na semana anterior, apresentou um reajuste de entendimento, acompanhando a tese da imprescritibilidade. Em seguida, Luís Roberto Barroso igualmente reviu sua posição, acrescentando uma distinção que acabou sendo acolhida pelos ministros que seguiram a divergência de Fachin. Com efeito, Barroso suscitou a necessidade de apartar duas situações adstritas ao regime da improbidade administrativa. A primeira consiste nos atos ímprobos resultantes de condutas culposas, em relação aos quais prevalece a prescritibilidade da pretensão reparatória da lesão ao patrimônio público. A segunda

refere-se às condutas ímprobas dolosas, que geram a imprescritibilidade do respectivo ressarcimento.

Diante desse cenário, e após a revisão de entendimento de Fux e Barroso, a posição outrora vencida tornou-se, por estreita maioria de seis votos e no interregno de seis dias, vencedora. A tese prevalente foi assim redigida: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

III. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E ANÁLISE CRÍTICA

Remonta ao momento posterior à edição da Constituição Federal de 1988 a discussão sobre a (im)prescritibilidade da pretensão reparatória ao erário. Isso em razão da redação de seu artigo 37, § 5º, apta a gerar controvérsias acerca de seu alcance. Essa falta de clareza e de tecnicidade do preceito constitucional sempre foi destacado pelos juristas, permeando o julgamento do RE 852.475 pelo Supremo Tribunal Federal.

Por muito tempo, prevaleceu no cenário doutrinário e jurisprudencial a tese da imprescritibilidade do ressarcimento aos cofres públicos, notadamente em relação aos atos de improbidade administrativa. Cite-se como exemplo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu em diversos julgados a tese segundo a qual a “ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível, mesmo se cumulada com a ação de improbidade administrativa (art. 37, § 5º, da CF)” (REsp 1.268.594/PR, 2ª Turma, rel. min. Eliana Calmon, DJe 13/11/2013).

O próprio Supremo já vinha seguindo a mesma trilha, merecendo destaque a apreciação ocorrida no ano de 2008, em que o STF, ao apreciar o caso de bolsista do CNPq que descumpriu obrigação de retornar ao país após o término da concessão da bolsa de estudos no exterior, reconheceu a “inocorrência de prescrição”, haja vista a incidência do disposto no artigo 37, § 5º, da CF (MS 26.210/DF, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJe 10/10/2008).

No entanto, a partir de fevereiro de 2016 o STF passou a analisar a questão sob outros parâmetros, o que gerou a sua reanálise. Em um primeiro momento, a Corte entendeu que “não é adequado embutir na norma de imprescritibilidade um alcance ilimitado”, na medida em que prevalece como regra no ordenamento brasileiro a prescrição. Nesse sentido, foi consolidada a seguinte tese, tomada em repercussão geral: “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.” (RE 669.069, rel. min. Teori Zavascki, DJe 28/04/2016, tema 666).

Verifica-se uma ruptura parcial com o entendimento até então prevalecente, consolidando-se a prescritibilidade, no âmbito civil, da pretensão de reparação ao erário. Remanesceu, portanto, a apreciação pela Corte Suprema da prescrição na seara da improbidade administrativa, o que só veio ocorrer dois anos e meio após, em agosto de 2018 (RE 852.475). Como já analisado, nessa ocasião o STF fixou a tese da imprescritibilidade do ato doloso de improbidade, bem como a prescritibilidade do respectivo ato culposo.

Pois é justamente essa distinção o ponto principal da crítica que se tece, ante a falta de parametrização normativa que a justifique. Afinal, qual a norma jurídica que embasa a salomônica distinção realizada pelo STF?

Tome-se a Constituição Federal. Do artigo 37, § 5º, extrai-se ou a incidência da prescrição, ou o seu afastamento. Não se vislumbra que o texto fundamental, mesmo à luz das cediças técnicas de hermenêutica constitucional, admita uma solução intermediária. É certo que, à luz das normas infraconstitucionais, prevalece o entendimento que reconhece os atos ímprobos dolosos e os culposos (estes últimos restritos à modalidade de lesão ao erário estampada no artigo 10 da Lei 8.429/92). De tal diferença, porém, incabível extrair-se uma consequência relacionada ao regime prescricional da improbidade, ante a total ausência de suporte normativo nesse sentido.

A elasticidade do labor hermenêutico não pode acarretar decisões alheias à juridicidade, mesmo que assentadas em uma abstrata justeza. A solução dada pelo STF até poderia estar incorporada ao texto legal, o que representaria, reconheça-se, um regramento justo e compatível com o regime geral da improbidade administrativa. O problema é que não está, para além de não encontrar qualquer justificativa deôntica próxima. É nesse sentido que alguns juristas criticam o ativismo que vem sendo exercido pela Corte Suprema em diversos julgados, diagnosticados como verdadeira “disfunção”¹.

Em suma, a solução salomônica adotada pelo Supremo Tribunal Federal acabou por partir a criação (e a lei) ao meio.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

1. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*, p. 283.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Ação de improbidade administrativa, de Carlos Roberto Barbosa Moreira – *RePro* 218/313-324 (DTR\2013\2500);
- As sanções da lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa, de Fábio Medina Osório – *RT* 766/88-99 e *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 7/869-884 (DTR\1999\394);
- Improbidade administrativa - dano ao erário, de Nelson Nery Junior – *Soluções Práticas - Nery* 1/647-657 (DTR\2012\606);
- 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 (DTR\2018\8998); e
- Prescrição da pretensão de ressarcimento de dano causado ao erário, de Marcelo Santiago de Padua Andrade – *RePro* 197/145-162 (DTR\2011\1797).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2013\16479 e JRP\2015\24723.

