

‘The walking dead’ na Administração Pública — Temporada 2

Previously in "The walking dead"...

Na [última incursão que fiz nesta prestigiada coluna da ConJur](#), apresentei, em dois "episódios", a primeira temporada de "The walking dead na Administração Pública", uma paródia ao seriado norte-de seres humanos contra zumbis supérstites do apocalipse terrestre.



A primeira temporada tratou do dogma da imprescritibilidade do

ressarcimento do dano erário no âmbito da jurisprudência dos Tribunais de Contas, que, mesmo depois dos Temas 897, 899 e 666 da repercussão geral, continua refratária à tese da prescrição, prenunciando novas disputas judiciais no STF.

Mas *walking deads* aparecem também em outros sítios... Eles ressuscitam...

Em recente decisão da Corte Especial do STJ, nos autos do REsp 1.159.598, relatora ministra Maria Thereza, a maioria dos julgadores (vencidos os ministros Napoleão Nunes Maia e Raul Araújo) deixou de declarar a prescrição da ação popular movida, após o quinquênio previsto no artigo 21 da Lei 4.717/65, contra ex-prefeito de Sorocaba (SP), confirmando decisões de primeiro e segundo grau que condenaram o réu ao ressarcimento da quantia de R\$ 278,6 mil em razão de gastos com publicidade no ano de 1992.

A fundamentação do acórdão é inusitada. O voto condutor sustenta que o STF, ao apreciar o Tema 897, "não restringiu o meio processual adotado para definir a imprescritibilidade do ressarcimento", sendo, portanto, indiferente tratar-se de ação de ressarcimento, de ação civil pública, de ação popular ou mesmo de ação de improbidade administrativa. Isso porque o artigo 37, §5º, da Constituição tem o escopo de "evar a um patamar constitucional a proteção da coisa pública, tornando imprescritível o direito da sociedade em reaver o prejuízo que lhe foi causado em razão da prática de ato de improbidade administrativa".

Em outras palavras, mercê de um sobrelevado sentido de proteção da "coisa pública" (= supremacia do interesse público?) [1] a decisão do STJ inoxidada da prescrição qualquer ação judicial que cogite do ressarcimento ao erário, independentemente do seu objeto e da sua finalidade, mesmo quando a ação utilizada não se presta a imputar atos de improbidade administrativa aos réus; ressuscita, por vias reflexas, o mantra da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, garantindo-se a persecução judicial de relevante fim por quaisquer meios.

A decisão do STJ, com as devidas vênias, desconsidera importantes aspectos de direito processual, tais como *adequação da via eleita, natureza sancionatória das ações de improbidade administrativa, a legitimidade ativa na ação popular (exclusiva do cidadão)*, viabilizando discussões infinitas em processos judiciais, que, *por escolha do legislador*, encontram-se vocacionados a outros fins [2].

"(A) ação de improbidade administrativa tem natureza, contornos e regramento próprios, não se confundindo com aqueles específicos das ações civis públicas em geral (e também das ações populares). O fato de a ação ser civil (em oposição a uma ação penal), ou ser pública, num linguajar leigo (no sentido de proteger o patrimônio público, ou da legitimidade do Ministério Público para propô-la), não faz da ação de improbidade administrativa uma ação civil pública no senso jurídico do termo" [3].

Note-se que a literalidade do Tema 897 do STF pressupõe, para efeito de sacramentar a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, a *tipificação* da conduta hostilizada como dolosa na Lei 8.429/92, o que somente se pode dar no âmbito de ações específicas de improbidade administrativa e não como causa de pedir remota em ações populares ou civis públicas ordinárias: *"São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa" [4].*

Realmente, o conceito jurídico de tipicidade [5] encontra-se indiscutivelmente aderente às ações judiciais que traduzem o *jus puniendi* estatal — a exemplo das ações penais e das ações de improbidade administrativa, mas não ampara ações de conteúdo predominantemente civil (v.g., ação popular), para as quais o STF editou o Tema 666 da repercussão geral, segundo o qual *"é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil"*.

Nesse sentido, também em recente decisão, o próprio STJ registrou importante precedente fracionário (REsp nº 1.811.825/MG, relator ministro Napoleão Nunes Maia), em que os componentes da 1ª Turma, à unanimidade, afastaram óbices legais, regimentais e sumulares à apreciação do recurso, e declararam a prescrição/decadência [6] de uma ação popular idêntica à de Sorocaba [7], aplicando, contudo, em obséquio da segurança jurídica, a orientação constante dos Temas 897 e 666 da repercussão geral do STF, a ver:

"... A excelsa Suprema Corte, no julgamento do RE 669.069/MG, Rel. Min. Teori Zavascky, DJe 27.4.2016, fixou a tese de que é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. Referida diretriz se vincula a condutas não enquadradas como ímprobadas, uma vez que, em relação a estas práticas, a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de dano ao Erário foi proclamada em outro caso com Repercussão Geral reconhecida (RE 852.475/SP, Relator p/Acórdão Min. EDSON FACHIN, julgado em 8.8.2018, publicação pendente)" (REsp 1811825/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 28/06/2019) [8].

Acrescente-se que a jurisprudência do STJ é unânime em reconhecer a inviabilidade de aplicação retroativa da Lei 8.429/92, imunizando os atos praticados anteriormente à sua vigência da qualificação respectiva (cf., por todos, REsp 1.197.120/MG, 2ª T, relator ministro Herman Benjamin, 14.05.2013, DJe. 22.05.2013). Ora, se a qualificação dos atos como de improbidade administrativa somente se tornou possível com a vigência da Lei 8.429/92 — de modo a afastar a prescrição do ressarcimento apenas dos atos tipificados materialmente como lesivos ao erário e dolosos de improbidade administrativa (é o entendimento uniformizado do STF) —, não se compreende de que forma a disciplina do §5º do artigo 37 da Constituição possa registrar uma significação ontológica de imprescritibilidade, assentada numa superioridade axiológica de "coisa pública", que se apresenta em desconexão evidente com o objeto, a natureza e a finalidade discutidos em cada tipo de ação.

"...Não é adequado embutir na norma de imprescritibilidade um alcance ilimitado, ou limitado 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. O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o §5º do artigo 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais" (Voto do ministro Teori Zavascki no RE 669.069/MG, que deu origem ao Tema 666 da repercussão geral do STF).

A prevalecer o entendimento externado pela maioria dos integrantes da Corte Especial do STJ, com o devido respeito, bastará que qualquer cidadão maneje uma ação popular, alegando a existência de ato doloso de improbidade administrativa que cause lesão ao erário, para que se afaste peremptoriamente os efeitos do verbete da repercussão geral do STF (Tema 897); e aí a imprescritibilidade passará a ser a regra e a prescritibilidade, a exceção.

Sigamos o seriado...

[1] A noção de “coisa pública”, tal como retratada no acórdão do STJ, apresenta-se bastante similar à costumeira – e nem sempre refletida – invocação do princípio da supremacia do interesse público como razão de decidir questões jurídicas em benefício da Fazenda Pública em juízo ou fora dele. Referido princípio, a despeito das críticas que tem recebido de estudos doutrinários mais recentes (cf., por todos, BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 81 et seq.), tem origem, entre nós, na doutrina do

Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que, por sua vez, compreende ser essencial divisar-se o genuíno interesse público (primário) do interesse público secundário (= interesse fazendário). Porém, o mais interessante é registrar que o ilustrado professor, a partir da 26ª edição do seu livro *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2009, passou a admitir a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, com fundamento na perspectiva de violação do direito de defesa (artigo 5º, LV da Constituição), relevando-se convencido pelos argumentos lançados pelo professor Emerson Gabardo (UFPR/PUC-PR). Evidentemente, não considera o professor que o reconhecimento da prescrição do ressarcimento ao erário seja algo que abalroe aquilo que ele efetivamente compreende como sendo revelador do interesse público primário.

[2] Na seara eleitoral, há precedente do TSE que aponta essa diversidade de fins entre a ação popular a ação de improbidade administrativa. Destaca-se o seguinte trecho da ementa: “2. *O objeto da ação popular é a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, bem como a condenação do responsável pelo ato ao pagamento de perdas e danos (arts. 1º e 11 da Lei nº 4.717/65). Dessa maneira, não se inclui, entre as finalidades da ação popular, a cominação de sanção de suspensão de direitos políticos, por ato de improbidade administrativa. Por conseguinte, condenação a ressarcimento do erário em ação popular não conduz, por si só, à inelegibilidade. 3. A ação popular e a ação por improbidade administrativa são institutos diversos*”. [...] (Recurso Especial Eleitoral nº 23347, Acórdão de Relator(a) Min. Caputo Bastos, Publicação: PSESS – Publicado em Sessão, Data 22/09/2004).

[3] WALD, Arnold. FONSECA, Rogério Garcia da. A ação de improbidade administrativa. http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_arnold_rodrigo.pdf.

[4] A questão discussão processual acerca do cometimento de atos de improbidade administrativa exclusivamente nas ações próprias, encontra-se esclarecida no julgamento dos embargos de declaração oposto e decididos nos autos do Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, do qual se originou o Tema 897 do STF, especialmente pelo voto do Ministro Alexandre Moraes.

[5] Nos termos de valiosa doutrina: “Qualquer parcela de jus puniendi estatal pressupõe, na lei, a descrição formal da conduta proibida e a fixação explícita da medida sancionatória, cuja imputação jurídica se perfaz uma vez subsumidos os fatos à hipótese legal. Isso significa que o Estado de Direito abomina a ideia de ausência de previsibilidade no exercício de potestades sancionatórias, porque este vício é sinal seguro de arbitrariedade. Impõe-se, pois, não apenas a legalidade como sinônimo de autorização legal, mas tipicidade legal, no sentido exato de que a competência pública encontre na lei a categorização dos fatos e das sanções passíveis de serem infligidas aos infratores da norma jurídica” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa: e sua autonomia constitucional*, Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 204).

[6] De acordo com esse julgado do STJ, para além da orientação do STF, existe um aspecto processual importante nas ações populares relativamente à natureza jurídica do prazo previsto no artigo 21 da Lei 4.717/65 – que seria decadencial quanto à declaração de nulidade do ato administrativo e prescricional quanto ao ressarcimento ao erário. Destaca o conteúdo do julgado ser “*verdade que a ação popular encarta pretensão dual (desconstituição do ato e condenação reparatória), porém, trata-se de dualidade dependente do anterior desfazimento de ato tido por ilegal e lesivo*”. Bem por isso, “*não há lugar para a existência de pretensão de ressarcimento aos cofres públicos, uma vez que essa postulação condenatória depende, como pressuposto fático e lógico, da declaração constitutiva negativa do ato*”.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 28/06/2019). No mesmo sentido, ver REsp. 258.122/PR, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 5.6.2007.

[7] Tratava-se de ação popular ajuizada por cidadãos em desfavor de ex-Prefeita do Município de São Sebastião do Paraíso/MG, Vice-Prefeito, Deputado Federal, Vereador e Empresa, por alegada prática de ato ilegal e lesivo aos cofres públicos, uma vez que teriam sido contratados e executados serviços publicitários que guardariam intuito de promoção pessoal do Chefe do Poder Executivo Municipal. No primeiro grau, houve sentença extintiva da lide por pronúncia de decadência, porém a decisão foi reformada pelo TJMG, sob a compreensão de que o ressarcimento aos cofres públicos não ficou adstrito a qualquer prazo prescricional, independentemente de se tratar de ação baseada na lei de improbidade ou não (artigo 37, §5º da Constituição).

[8] E assim se passa não só porque o artigo 5º, LXXIII da Constituição delimita, sem se referir à improbidade administrativa, o objeto da ação popular ao prescrever que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, como também porque o artigo 11 da Lei 4.717/65 dispõe que a sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado (efeito desconstitutivo ou constitutivo negativo principal), condenará ao pagamento de perdas e danos (efeito condenatório acessório) os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa. Nesse sentido, “a ação popular busca diretamente provimento jurisdicional de cunho constitutivo negativo. A Lei 4.717/1965, no artigo 1º, faz referência à anulação ou declaração de nulidade. Os efeitos do provimento deverão ser fixados em vista do princípio da proporcionalidade. Mas a sentença de procedência do pedido pode apresentar efeito condenatório acessório, impondo à parte passiva o dever de indenizar perdas e danos ou de repor a situação no estado anterior.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 13. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 1195). Além do mais, não é automática a condenação ao ressarcimento dos responsáveis pela prática do ato, pois “é perfeitamente possível que se verifique a ausência de prejuízo a ser indenizado, sendo bastante o desfazimento do ato.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 13. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 1203). Por fim, cabe registrar que “a só invalidação do ato impugnado não acarreta a condenação de todos os que o subscreveram, ou dele participaram com manifestações técnicas ou administrativas, em razão do cargo ou da função que exerciam. Necessário é que tenham agido com dolo ou culpa (*rectius* = culpa grave depois da edição do artigo 28 da LINDB), pois os que cumpriram ordens superiores, ou atuaram no desempenho regular de suas atribuições funcionais, não ficam sujeitos a indenizações ou reparações pela ato invalidado”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 23. ed., atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo, 2001. p. 144).

Date Created

04/02/2021