

A INCONSTITUCIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA UNIDADE CONSTITUCIONAL E DA VONTADE DO LEGISLADOR CONSTITUINTE

Ítalo Alexandre do Nascimento

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)
Graduando em Gestão Pública pelo Centro Universitário FBV (UniFBV)
Associado à Associação Brasileira de Direito Tributário (ABRADT)

RESUMO: O presente artigo tem por escopo revisitar o debate acerca da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por improbidade administrativa (artigo 37, § 5º, da Constituição Federal), tema objeto do Recurso Extraordinário nº 852.475, confrontando o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) com o princípio da unidade constitucional, à luz das notas taquigráficas da Assembleia Nacional Constituinte. Longe de pretender encerrar a discussão, busca-se comparar a redação final da norma constitucional com a expressão da vontade do legislador Constituinte, a fim de expor sua rejeição à ideia de imprescritibilidade da pretensão ressarcitória.

PALAVRAS-CHAVE: Imprescritibilidade. Improbidade Administrativa. Ressarcimento. Erário. Assembleia Nacional Constituinte. Unidade Constitucional.

INTRODUÇÃO

O trânsito em julgado do Recurso Extraordinário nº 852.475, tombado sob o Tema de Repercussão Geral nº 897 do Supremo Tribunal Federal (STF), não dissolveu – embora sedimentado o entendimento jurisprudencial – os debates acerca da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa, inspirados no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal¹,

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 de abril de 2020.

o qual prevê:

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:

(...)

§ 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.

A ressalva flagrada na parte final do dispositivo é justamente o cerne das divergências interpretativas. Até mesmo por isso, enquanto o exame jurisdicional da querela encontrou termo, ao menos por ora, no julgamento daquele recurso, a doutrina segue seu estudo acerca do tema, revelando certa insatisfação com o exaurimento – para alguns – perfunctório da depuração constitucional da norma em revista promovido pelo STF.

Ademais, a investigação à luz da Lei Maior e de seu processo construtivo permite, cada vez mais, abrir espaço à vontade genuína do Constituinte. Dos anais da Assembleia Nacional unicameral inaugurada em fevereiro de 1987, oportunamente expostos neste trabalho, extrai-se manifesta rejeição do legislador originário à ideia de se excepcionar a regra de prescrição.

Diante disso, urge – como se fará a seguir – revisitá-la a controvérsia concernente à interpretação da referida norma fundamental sob a ótica do princípio da unidade constitucional, cuja natureza consente, inclusive, a noção de normas constitucionais inconstitucionais. Premente, por oportuno, espelhar o que leciona o Professor Doutor e Ministro Luís Roberto Barroso²:

O papel do princípio da unidade é o de reconhecer as contradições e tensões – reais ou imaginárias – que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, o papel de harmonização ou “otimização” das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas.

No presente artigo, portanto, respeitando a apertada maioria formada na Corte Suprema, procuraremos demonstrar o equívoco do entendimento pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, seja ante o exame acurado dos trabalhos da Constituinte e da conseqüente evolução redacional do artigo 37,

2 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 196/200.

§ 5º, da Norma Ápice, seja pela compreensão una e harmônica do texto constitucional pelas lentes dos seus próprios princípios (explícitos e implícitos).

Certo de que o aludido provimento jurisdicional não extingue a divergência interpretativa, este escrito pretende lançar luz sobre elementos, por vezes tangenciados, do arcabouço constitucional disponível ao enriquecimento do presente debate.

1. APRECIÇÃO DA MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 852.475/SP

Prima facie, há de se ressaltar que o tema da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário não é estranho à apreciação do Supremo Tribunal Federal, o qual já se debruçou sobre a matéria em outras oportunidades. No exame do Mandado de Segurança nº 26.210/DF (Brasil, 2008), por exemplo, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, ancorado nos estudos do festejado Professor José Afonso da Silva³, proferiu voto em Plenário pela imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Tribunal de Contas da União em face de particular que, obtendo bolsa de estudos para cursar Doutorado no exterior, não retornou ao Brasil após o término da qualificação, como prometera em compromisso firmado, ensejando a devolução dos valores percebidos.

Pertinente frisar, na mesma demanda, o voto divergente do Ministro Marco Aurélio⁴, o qual entendeu a ressalva redacional da norma como a disposição de que as ações prescrevem, a partir do nascimento da pretensão, em cinco anos, homenageando a almejada segurança jurídica: a cicatrização de situações pela passagem do tempo.

As celeumas que posteriormente aportaram ao Colendo Supremo Tribunal igualmente foram decididas no sentido da imprescritibilidade, muito guiadas, é bem verdade, pela reflexão cultivada no supracitado *mandamus*, o que – no nosso sentir – desprezou diversos subsídios patrocinadores da controvérsia.

Merece destaque, mesmo que alheio à improbidade administrativa, que o Tema nº 666, do STF, cujo enunciado foi alcançado no Recurso Extraordinário

³ De acordo com José Afonso da Silva (2006, p. 673, *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.210/DF**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 04/09/2008), “Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição o ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário.” Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553769>. Acesso em: 01/05/2020.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.210/DF**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 04/09/2008.

nº 669.069/MG⁵, rechaçou o pleito da Administração Pública e assentou que, nos casos de ilícitos civis, a ação de reparação aos cofres públicos deles decorrentes se sujeita ao instituto da prescrição, sob o prazo de cinco anos para o exercício da pretensão creditícia.

Antes ainda de adentrarmos especificamente na lide que intitula este capítulo, significativo é revelar que, evoluindo em sua jurisprudência, o STF – ao Tema nº 899 de Repercussão Geral (RE nº 636.886/AL) – firmou que a pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas “prescreve na forma da Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal)”⁶. Perceba-se, de pronto, louvável revisitação à compreensão promulgada em Plenário no bojo do mandado de segurança primeiramente citado, o que denota intento da Corte em distender e progredir em sua atividade jurisdicional.

Do exposto até aqui, nota-se que, ao longo dos anos, os desdobramentos da pretensa imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário foram, à medida da ascendência da matéria ao Supremo Tribunal, solucionados. Restou, pois, tão somente aquela ação reparatória oriunda dos atos abarcados pela Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), a qual conferiu eficácia à norma constitucional do artigo 37, § 4º, da Constituição⁷.

Finalmente, alçado ao STF pelo Ministério Público de São Paulo, através do Recurso Extraordinário nº 852.475, o argumento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa foi reconhecida, ainda sob a Relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, a existência de repercussão geral, de modo a atrair a atenção da comunidade jurídica ao seu julgamento.

Deve-se assinalar, neste ponto da análise jurisprudencial, que o reconhecimento da repercussão geral pode ter obedecido, em alguma medida, um anseio popular de solução à impunidade crescente nos casos de corrupção vivenciados no Brasil. Ilustra essa visão a reserva de entendimento novamente do Ministro Marco Aurélio⁸, para quem a repercussão geral pressupõe violência à Carta da

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 669.069/MG**. Relator: Min. Teori Zavascki, Julgamento: 03/02/2016.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 636.886/AL**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 20/04/2020. Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE.

7 Art. 37, § 4º. - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 de abril de 2020.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852.475/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki, Julgamento: 06/05/2016. Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO DE

República, não cabendo ao Supremo evocá-la quando, no Tribunal de origem, segundo o Ministro, o acórdão vergastado tenha se limitado apenas à matéria infraconstitucional.

Superada a admissibilidade e recepção do caso, já no julgamento do mérito da questão, o Ministro Alexandre de Moraes⁹, à época Relator da espécie sob exame, inaugura o seu voto asseverando:

A condenação por improbidade administrativa e consequente imposição das respectivas sanções somente poderão ocorrer se, nos prazos fixados em lei, houver o ajuizamento da ação específica, e, após o devido processo legal, garantida a ampla defesa e o contraditório, houver uma decisão judicial condenatória.

Em um Estado de Direito, assim como no campo penal, também na responsabilidade civil por ato de improbidade, o Poder Público tem um prazo legal para exercer sua pretensão punitiva, não podendo, em regra, manter indefinidamente essa possibilidade, sob pena de desrespeito ao devido processo legal.

As exceções à prescritibilidade estão única e exclusivamente previstas na Constituição Federal, no campo punitivo penal, nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º.

Ainda para o então Relator, em respeito ao devido processo legal, o legislador conferiu eficácia ao artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e editou a Lei nº 8.429/92, prevendo, expressamente, em seu artigo 23, os prazos de prescrição da responsabilidade penal. Sustenta o Eminentíssimo Ministro¹⁰:

Não bastasse isso, não seria razoável que, considerando-se as mesmas condutas geradoras tanto de responsabilidade civil como de responsabilidade penal, 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.

Em face da segurança jurídica, portanto, nosso ordenamento jurídico afasta a imprescritibilidade das ações civis patrimoniais. Como resultado, não deveria ter surgido qualquer dúvida quanto à prescritibilidade de todas as sanções civis por ato de improbidade adminis-

RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852.475/SP**. Relator: Min. Edson Fachin, Julgamento: 08/08/2018. Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852.475/SP**. Relator: Min. Edson Fachin,

trativa, inclusive a de ressarcimento ao erário, pois a legislação observou o mandamento do próprio § 4º do art. 37, que exige a edição de lei específica para tipificar os atos de improbidade e estabelecer a forma e gradação de todas as sanções.

Alicerça o voto inaugural que a simples leitura da expressão “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, em sua literalidade, não autoriza qualquer inferência pela imprescritibilidade, sobretudo quando a interpretação e a aplicação do texto constitucional são distanciadas do espírito do conjunto normativo. Concluindo pelo desprovimento do Extraordinário, fundamenta o Ministro Alexandre Moraes¹¹:

A ressalva prevista no § 5º do art. 37 da CF não pretendeu estabelecer uma exceção implícita de imprescritibilidade, mas obrigar constitucionalmente a recepção das normas legais definidoras dos instrumentos processuais e dos prazos prescricionais para as ações de ressarcimento do erário, inclusive referentes a condutas ímprobas, mesmo antes da tipificação legal de elementares do denominado “ato de improbidade” (Decreto 20.910/1932, Lei 3.164/1957, Lei 3.502/1958, Lei 717/1965, Lei 7.347/1985, Decreto-Lei 2.300/1986); mantendo, dessa maneira, até a edição da futura lei e para todos os atos pretéritos, a ampla possibilidade de ajuizamentos de ações de ressarcimento.

Ao abrir a divergência, o Ministro Edson Fachin, que, posteriormente acompanhado pela maioria de seus Pares, redigiu o acórdão, superou as premissas sem discordância e estabeleceu a controvérsia nos seguintes termos¹²:

O nosso dissenso nasce de uma vírgula e do que depois vem da vírgula - aliás, não raro na comunicação não só jurídica, mas humana, os problemas, às vezes, não são os pontos, e sim as vírgulas -, eis que este § 5º do art. 37, ao dizer, como acabo de reafirmar de outro modo, que “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário,” - disso, é texto constitucional imune à dúvida. O problema é que, após essa afirmação, há uma vírgula e aí advém a expressão e a sua compreensão sistemática que gera debates - “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852.475/SP**. Relator: Min. Edson Fachin,

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852.475/SP**. Relator: Min. Edson Fachin,

Para o Eminentíssimo Julgador, embora reconheça a fertilidade do solo argumentativo no qual o Ministro Alexandre de Moraes lançou seu voto, a compreensão sistemática do conjunto normativo do artigo 37 da Carta Magna consentiria aduzir que, se o § 5º refere-se à lei prevista no § 4º, então esse mandamento especial – a Lei de Improbidade Administrativa – trataria tão somente da graduação e da forma das sanções penais, abstendo-se de fixar prazo prescricional para as ações de ressarcimento.

Em seguida, fiel ao signo social que elevou a discussão em comento à condição de ferramenta indelével do combate à corrupção, o Ministro Edson Fachin assegurou que defender a imprescritibilidade seria prestigiar a coisa pública, evitando que a prescrição seja biombo da perpetuação do dano ao interesse público.

Em conclusão, afação que o Constituinte originário fez por bem ao compreender que a coisa pública, por vezes aviltada, encontraria proteção fundamental no artigo 37, § 5º, da Constituição, votando pela tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa.

Furtando-se este artigo ao exame acurado de todos os votos proferidos, premente é registrar que, ao final da primeira assentada de julgamento, acompanharam o Relator os Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, tendo a divergência sido instalada pelo Ministro Edson Fachin, à qual se filiou a Ministra Rosa Weber.

Retomada a formação Plenária, os Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux iniciaram os trabalhos do órgão Colegiado adiantando que, recapitulando seu voto, poderiam aderir à divergência, o que se concretizou após dilatado debate entre os Julgadores.

Aditando o seu voto à solução restritiva proposta pelo Ministro Barroso, a tese relatada pelo Ministro Edson Fachin assim restou lavrada: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

Encerrado o julgamento do Recurso Extraordinário, o placar de 6x5 a favor da tese da imprescritibilidade, embora tenha guiado o entendimento do Poder Judiciário acerca da matéria, manteve a discussão acesa entre os operadores do Direito, havendo adeptos de ambos os lados.

No que nos cabe opinar, perfilhamos a percepção – muito anterior ao julgamento, frise-se - do Professor Doutor Edilson Pereira Nobre Junior¹³, Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, para quem o assunto não pode ser tido como inteiramente solucionado, uma vez que os métodos e critérios de interpretação jurídica repelem – suficientemente – o entendimento

13 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. 2012. Prescrição e a pretensão de ressarcimento ao erário. *Revista Trimestral de Direito Público*, Ed. 59, 2013, p. 65.

prevalecente.

Dito isso, o que nos parece é que o exercício da atividade jurisdicional constitucional tangenciou, ou até mesmo ignorou, o complexo principiológico da Constituição de 1988, bem como o espírito normativo exprimido pelo legislador originário nos anais da Assembleia Nacional Constituinte.

O capítulo seguinte, pois, trará à baila ambos os elementos estruturantes da norma constitucional (espírito e princípios), cotejando-os com o posicionamento adotado pelo STF em seu julgamento.

2. A EVOLUÇÃO REDACIONAL DO § 5º, DO ARTIGO 37, DA CONSTITUIÇÃO, E O PRINCÍPIO DA UNIDADE CONSTITUCIONAL

Tomando emprestado trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes¹⁴, sintetiza-se a acareação aqui pretendida:

A interpretação do texto constitucional não pode ser legitimada sem que se aprecie o conjunto das normas vigóntes, em uma necessária homogeneidade equilibrada de todo o ordenamento jurídico, sob pena de grave lesão a dispositivo constitucional não só quando é violentada a sua literalidade, mas também quando sua aplicação é apartada de seu espírito e de seu conteúdo.

Primitivamente, a imprescritibilidade na seara da improbidade administrativa emerge a solução pelo legislador Constituinte nos trabalhos da Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições¹⁵, sob a seguinte redação:

§ 2º São imprescritíveis os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor público ou não, que causem prejuízo ao Erário público.

Lobriga-se que o anteprojeto inicialmente não sugeriu qualquer submissão das ações de ressarcimento ao erário ao manto da imprescritibilidade. Por sugestão do Relator da Comissão, o Constituinte Prisco Viana, propôs-se redação substitutiva ao então artigo 62, § 2º¹⁶:

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852.475/SP**. Relator: Min. Edson Fachin.

15 BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, 1987. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/4_Comissao_Da_Organizacao_Eleitoral_Partidaria_E.pdf. Acesso em: 29 de abril de 2020.

16 BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, 1987.

§ 2º São imprescritíveis os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor público ou não, que causem prejuízo ao erário, bem como as respectivas ações de ressarcimento.

Posteriormente, já definido que as sanções penais teriam seus prazos prescricionais balizados em lei especial, o legislador originário, no entanto, manteve a imprescritibilidade exclusivamente das ações de ressarcimento, em uma nova versão da redação ¹⁷:

§ 4º 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, que serão imprescritíveis.

Eis, a partir deste momento, o ponto nodal da análise dos anais da Assembleia Nacional Constituinte. Em 13/01/1988 foi proposta a Emenda Substitutiva e Supressiva nº 2P02039-9, acompanhada da seguinte nota explicativa:

Mesmo que o objetivo maior seja resguardar os bens públicos, é inadmissível que alguém venha a, 20 ou 30 anos após, ser chamado a justificar atos que, pelo próprio prazo decorrido, são de difícil reconstituição. Como para outros atos ou guarda de documentos a imprescritibilidade, o texto proposto poderá tornar-se instrumento de injustiças. O interesse da comunidade deve ser sempre resguardado, mas não será tornando imprescritíveis os ilícitos que se resolverão os problemas. Mais importante é a agilização dos mecanismos de fiscalização e os processos de apuração dos fatos e a devida responsabilização.

Assim, aprovada em 10/03/1988 a Emenda por 300 votos favoráveis (98 contra e 2 abstenções), retificou-se a redação do então artigo 43, § 3º¹⁸:

§ 3º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que cause prejuízos ao Erário, ressalvados as respectivas ações de ressarcimento.

17 BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Comissão de Sistematização, 1987. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N009.pdf>. Acesso em: 29 de abril de 2020.

18 BRASIL. 1988. **Assembleia Nacional Constituinte**. Comissão de Sistematização, 1988. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N014.pdf>. Acesso em: 29 de abril de 2020.

Temos, portanto, todo o caminho percorrido na Assembleia Nacional Constituinte até a consolidação do texto constitucional. Partiu-se de uma imprescritibilidade irrestrita para o completo afastamento dessa excepcionalidade, seja a consequência jurídica do ato de improbidade de natureza penal ou patrimonial.

A permanência da ressalva no artigo 37, § 5º, da Constituição, desse modo, ao contrário da interpretação extensiva adotada pelo STF, autorizou a recepção dos prazos prescricionais já existentes no nosso ordenamento jurídico para as ações de ressarcimento por enriquecimento ilícito, a fim de que não sobreviesse lacuna normativa.

Nesse diapasão, não há qualquer hipótese implícita na norma que permita inferir a imprescritibilidade. Muito pelo contrário, a vontade genuína do legislador Constituinte foi afastá-la, como de fato o fez, dada a natureza patrimonial das ações de ressarcimento e o respeito aos princípios da ampla defesa, contraditório e, sobretudo, da segurança jurídica.

Urge anotar, também, que a Constituição de 1988, quando buscou assentar exceções ao fenômeno prescricional, assim o fez de maneira expressa, como se vê do artigo 5º, incisos XLII e XLIV, nos casos de racismo e ação armada contra a ordem constitucional e o Estado Democrático¹⁹, respectivamente. Veja-se, em ambas as hipóteses, que os bens jurídicos tutelados, quais sejam a dignidade da pessoa humana, fundamento previsto no artigo 1º, da Constituição, e o estado democrático, são mais caros à sociedade que a pretensão patrimonial da Administração Pública, a qual não se nega – por óbvio – a importância e relevância da inarredável custódia legal e constitucional.

Doutra banda, condutas que igualmente afrontam os fundamentos constitucionais inculpidos no artigo 1º, a exemplo da tortura, do terrorismo e dos crimes hediondos, não receberam o mesmo pálio da imprescritibilidade, soando ainda mais gravoso, ao que nos parece, a dimensão interpretativa alcançada pelo STF no exame das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa.

Outrossim, mesmo sem acesso a qualquer bastidor da Assembleia Nacional Constituinte, a interpretação da redação do artigo 37, § 5º, da Lei Máxima, pode perfeitamente ser ordenada através dos princípios: são eles os indicadores da aplicação da norma no caso concreto.

Nesse sentido, importante a lição do doutrinador e ministro do Supre-

19 Art. 5º, incisos XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

mo Tribunal Federal, o Professor Doutor Gilmar Mendes²⁰:

Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituída na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade (...).

Significa dizer que, nada obstante não se coloquem acima do Direito Positivo, os princípios ganham importância normativa pela capacidade de harmonizar o sistema e solucionar antinomias acidentais, como parece ser o caso aqui tratado.

Invoca-se, à vista disso, o jusconstitucionalista alemão Otto Bachof, cujos estudos contribuem sobremaneira ao tema ora explorado. Em sua obra *‘Normas Constitucionais Inconstitucionais?’*, Bachof estabeleceu que o primeiro controle de constitucionalidade é interno, a partir da compatibilização entre Constituição “formal” e “material”. Assim, entende que normas constitucionais não devem entrar em conflito com outras da mesma natureza, pois todas fazem parte do mesmo documento, concebendo, então, a ‘Unidade da Constituição’²¹.

A constituição formal, segundo Bachof, refere-se à norma escrita e suas respectivas peculiaridades. Por seu turno, a constituição material seriam os elementos fundamentais estruturantes do Poder Constituinte, do Estado e da matéria constitucional²².

Como bem escreveu Canotilho²³, existe um direito constitucional não escrito que, embora tenha na constituição escrita os fundamentos e limites, completa-a e a vivifica. Essa compreensão complementa a ideia do jurista alemão: uma norma constitucional pode, perfeitamente, afrontar a constituição formal (texto escrito) e material (espírito e princípios), no que se denominaria de dupla inconstitucionalidade.

Por isso, revisitando o julgamento proferido pelo STF acerca da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa, forçoso aferir que – mesmo ignorando a vontade do legislador Constituinte – a tese firmada ataca não só princípios formalizados na Carta Magna, como os da ampla defesa e contraditório, mas também fundamentos principiológicos não

20 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Edição, Ed. Saraiva, 2009, pp. 135/136.

21 COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. *A inconstitucionalidade de normas constitucionais na jurisprudência do STF*. 2011.

22 BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Ed. Livraria Almedina: Portugal, 1994.

23 COLNAGO *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1.103.

escritos (materiais), são eles a unidade constitucional e, em última *ratio*, a segurança jurídica.

Socorremo-nos, para tanto, dos dizeres do Professor Doutor Ministro Luís Roberto Barroso, que define o princípio da unidade da Constituição como um dever ao intérprete de “harmonizar as tensões e contradições entre as normas”, devendo fazê-lo “guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior”²⁴.

Daí se induz, pela nossa leitura do acórdão produzido pelo STF, a inconstitucionalidade da interpretação empregada ao artigo 37, § 5º, da Constituição. É dizer, se a predita norma vigorará no nosso ordenamento jurídico sob a abstração da imprescritibilidade, mesmo diante dos princípios decorrentes da Carta Política, então nos parece claro que se está diante de um texto constitucional inconstitucional.

Isso porque o instituto da prescrição não tomou assento à toa no ordenamento pátrio, servindo, consoante ensina Pontes de Miranda²⁵, à segurança e à paz públicas. A regra das pretensões é, por conseguinte, a sujeição aos prazos prejudiciais ao seu exercício. Daí porque a imprescritibilidade é a exceção, cuja norma instituidora deve ser interpretada de modo absolutamente restritivo.

Novamente recorrendo à advertência do Professor Doutor Edilson Nobre²⁶, além das considerações acerca da segurança jurídica, a prescrição se justifica como: a) presunção do abandono da pretensão pela inércia do detentor do direito; b) proteção aos obrigados contra as dificuldades de prova a que estariam expostos no caso de o credor, depois de passo longo espaço de tempo, pretender cobrar a dívida, inclusive eventualmente já quitada; e c) estímulo educativo aos titulares de direitos.

Assim, abona o Professor Doutor Edilson Nobre que a Constituição enquanto sistema – coerente em si – reivindica que os seus preceitos normativos não sejam compreendidos de forma isolada, mas sim como parte integrante de um todo. Desse modo, prestigiar o sobreprincípio da segurança jurídica, tantas vezes já reverenciado pelo STF, é alinhar-se ao espírito do Constituinte e conferir estabilidade às relações sociais.

A título ilustrativo, propõe-se a reflexão aventada na Emenda revisora da norma na Assembleia Nacional Constituinte: como ficariam os indivíduos que, após décadas, passam a ser demandados por eventual prática de ato de improbidade administrativa supostamente causador de prejuízo ao erário? E se já falecido,

24 COLNAGO, 2011 *apud* BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 196.

25 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 98 e ss.

26 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. 2012. Prescrição e a pretensão de ressarcimento ao erário.

alcança-se a herança partilhada e os herdeiros recebedores de boa-fé? Demandar-se-ia contra o seu patrimônio, na proporção do quinhão? E o direito de defesa? Como produzir provas de fatos ocorridos há décadas, dos quais eventualmente o indivíduo sequer teria ciência?

Ora, enquanto o particular entra e sai da Administração Pública, esta permanece com seu acervo documental preservado por décadas, inclusive com servidores destinados tão somente para essa curadoria. Imaginemos um indivíduo eleito Prefeito na década de 1990 e que, encerrado o mandato eletivo, posteriormente foi nomeado Secretário de alguma pasta estadual e, mais adiante, superintendente de uma autarquia federal. Terá ele que arquivar em seu acervo pessoal todos os documentos da sua vida pública, sob o receio de, eventualmente, não se sabe quando, demandarem contra si por suposta prática de ato ímprobo? Apesar de extrajurídica, a reflexão aponta para a incorreção da interpretação conferida ao artigo 37, § 5º, da Constituição.

Aparta-se deste ensaio, para evitar o prolongamento do estudo ora desenvolvido, ampliar a polêmica para discutir o prazo prescricional: se decenal, pelo artigo 205, do Código Civil²⁷, ou quinquenal, aplicando-se análoga e isonomicamente o artigo 1º, do Decreto nº 20.910/32²⁸. Sabe-se, todavia, que o exaurimento da pesquisa sugere o enfrentamento desse meandro, à vista da variada adesão dos estudiosos a ambos os lustros temporais.

É importante reconhecer, todavia, o aparente desacerto em autorizar a imprescritibilidade em favor da Administração Pública sem garantir o direito reverso ao particular, ferindo o equilíbrio da relação Estado x Cidadão e dela excluindo a paridade de armas entre as partes.

Além disso, propor a imprescritibilidade atenta também contra a moralidade e, principalmente, a eficiência da Administração Pública, trazidas no próprio *caput* do artigo 37. A partir do julgado, deu-se azo à prorrogação indefinida da apuração da responsabilidade funcional daquele que, por sua prerrogativa, teria a competência para exercitar a pretensão creditícia em favor do erário.

Isto posto, fato é que as consequências da tese amparada pelo STF são incalculáveis do ponto de vista das ofensas não só à ampla defesa, ao contraditório, à segurança jurídica e à unidade da constituição, como também à moralidade e eficiência que edificam a Administração Pública.

27 Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. 2002. BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 mai. 2020.

28 Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem. BRASIL. **Decreto nº 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20910.htm. Acesso em: 05 mai 2020.

Cabe aqui registrar contundentemente nosso reconhecimento da necessidade de proteção da coisa pública, do combate implacável à corrupção e à malversação dos recursos. Se hoje a democracia brasileira ainda patina na sua consolidação, muito se deve ao saqueamento irrefreado e parasitário que se sucede na Administração Pública. Contudo, apreende-se, sujeitando nosso escrito ao debate e ao entendimento contrário, que o STF – especificamente sobre a matéria apurada – cometeu extrapolação interpretativa do texto constitucional, recaindo em desavisada inconstitucionalidade.

Nesta senda, filiamo-nos à fala do Professor Otto Bachof²⁹:

Não pode ser missão da jurisdição chamar a si o direito de legislação constitucional, isto é, o direito supremo conferido ao poder legislativo e ao povo no seu conjunto da república democrática; responsável pelo sistema de valores sobre o qual se ergue uma Constituição, e pelo qual têm de aferir-se a sua bondade e a sua valia, é o povo todo e não um tribunal de nove homens.

Os princípios encartados na Lei Fundamental e a expressão genuína da intenção do texto constitucional pelo legislador não deveriam, sob um pretexto – nobre, logicamente – de socorro à coisa pública, ser suprimidos da interpretação da norma, correndo-se o risco de invalidar o comando ali flagrado. No inafastável pressuposto da democracia representativa, em que todo poder emana do Povo, exige-se respeitar a vontade dos Constituintes por ele eleitos.

Indo além, a interpretação adotada subverte o direito fundamental de defesa, a segurança jurídica, o espírito da norma e se coloca radicalmente de encontro ao sistema constitucional – a chamada constituição “material” – que alicerça o texto final. Na esperança de que futuramente volte o STF a se debruçar sobre a matéria, clama-se pela valorização de sua gênese e decorrente preservação da lógica desenvolvida na Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

Neste trabalho buscamos contextualizar a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa, firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, expondo a evolução jurisprudencial da Corte e os votos lançados no julgamento da demanda.

A partir daí, pretendeu-se comparar o entendimento vencedor com os elementos estruturantes da norma constitucional, especificamente os anais da Assem-

29

BACHOF, Otto. 1994. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*

bleia Nacional Constituinte e os princípios formais e materiais evidenciados na Constituição de 1988.

Entendendo que o *Pretorio Excelso* conferiu pouca importância ao arcabouço acima elencado, explorou-se no presente artigo a evolução redacional da norma contida no artigo 37, § 5º, atingindo a conclusão de que o legislador Constituinte partiu de uma irrestrita imprescritibilidade ao completo afastamento desse conceito excepcional às ações de ressarcimento.

Malgrado clara a intenção do legislador originário, entendeu o STF que deveria prevalecer a defesa da coisa pública e o combate à corrupção, expandindo a interpretação da norma para tal fim, o que – no nosso humilde sentir – manifesta a assunção de função legislativa por parte do Tribunal.

À luz do princípio da unidade constitucional, examinou-se que a tese sancionada também afrontou a segurança jurídica e a ampla defesa, na medida em que afastou do caso a regra prescricional, cuja exceção deve ser vista sempre como alheia à normalidade, como bem fez a Constituição nos artigos 5º, incisos XLII e XLIV.

Para não alongar-se, o presente artigo não estendeu a investigação à seara do prazo prescricional eventualmente cabível, mas nos parece óbvio que essa apuração também deva ser feita, a fim de percorrer todas as nuances possíveis do tema.

Outra vez rogando escusas ao posicionamento do STF, colhe-se – por fim – que o debate em testilha não se encerrou no julgamento do tema em Repercussão Geral, mantendo-se vivo nos operadores do Direito por sua relevância e consequências, mormente quando explorada e compreendida a intimidade da norma constitucional periciada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Ed. Livraria Almedina: Portugal, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 196/200.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, 1987. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/4_Comissao_Da_Organizacao_Eleitoral,_Partidaria_E.pdf. Acesso em: 29 de abril de 2020.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Comissão de Sistematização, 1987. Disponível em: Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituin-te/N009.pdf>. Acesso em: 29 de abril de 2020.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Comissão de Sistematização, 1988. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituin-te/N014.pdf>. Acesso em: 29 de abril de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017. Acesso em: 30 de abril de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20910.htm. Acesso em: 05 mai 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.210/DF**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 04/09/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 669.069/MG**. Relator: Min. Teori Zavascki, Julgamento: 03/02/2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 636.886/AL**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 20/04/2020.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852.475/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki, Julgamento: 06/05/2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852.475/SP**. Relator: Min. Edson Fachin, Julgamento: 08/08/2018.

COLNAGO *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1.103.

COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. **A inconstitucionalidade de nor-**

mas constitucionais na jurisprudência do STF. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª Edição, Ed. Saraiva, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. 2012. Prescrição e a pretensão de ressarcimento ao erário. **Revista de Direito Público**, Ed. 59, 2012, p. 65.