

O RESSARCIMENTO NA IMPROBIDADE PRESCRITA: A QUESTÃO DO DOLO “GENERALIZANTE” SEM ENRIQUECIMENTO OU DESVIOS INTENCIONAIS

DAMAGES IN THE CASE OF CRIMINAL ADMINISTRATIVE MISCONDUCT AND THE LIMITATION PERIOD: THE ISSUE OF EXTENSIVELY INTERPRETING THE INTENTION OF THE AGENT IN THE CASE OF ABSENCE OF ENRICHMENT AND MALICE

Georgio Alessandro Tomelin¹

Roberta de Bragança Freitas Attié²

RESUMO:

O presente trabalho propõe a observação do instituto da prescrição como garantia processual enraizada na Constituição Brasileira. Abordando a sua incidência nas acusações de improbidade, demonstra-se a necessidade não de alegar com acrobacias hermenêuticas a imprescritibilidade de tais atos, erodindo os direitos defensivos, mas sim de pressionar as autoridades pelo aprimoramento da estrutura institucional para que o Judiciário e o Ministério Público não permitam a passagem do prazo quinquenal, nem aguardem a deterioração das provas para agir.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa. Direito de Defesa. Prescrição.

ABSTRACT:

The paper proposes to understand the legal category of limitation period as a procedural guarantee rooted in the Brazilian Constitution. Addressing its impact on accusations of misconduct, the study emphasizes on the necessity of improving the knowledge and the use of the category as well as the judicial awareness to recognize it.

KEY WORDS: Administrative Misconduct. Defense Law. Limitation Period.

¹ Doutor em Direito do Estado pela USP. Professor de Pós-Graduação stricto sensu. Advogado, consultor e parecerista em direito público. Avocat-conseil auprès du Consulat Général de France à São Paulo.

² Advogada Especialista em Direito Privado, foi Diretora da Revista Forense, é Coordenadora do Centro Internacional da Paz, Justiça, Solidariedade e Transformação de Conflitos de São Paulo, vinculado à Cadeira San Tiago Dantas, da Academia Paulista de Direito – PAZ/APD.

O ideia de prescrição³ está tradicionalmente vinculada, do ponto de vista filosófico, a uma das motivações radicais, que levam o homem a estabelecer regras de direito: “*la urgencia de crear un orden cierto (em las relaciones sociales más importantes) y de seguro cumplimiento.*”⁴ Muito embora a segurança, como princípio ou valor estruturante do direito, esteja subordinada a outros valores mais importantes, como a justiça, por exemplo, é inegável que, como diz Recaséns Siches, ela se mostra imprescindível para a realização de tais valores, que lhe são, aparentemente, hierarquicamente superiores: “*para que haya Derecho, és preciso que se dé un orden cierto y de seguro cumplimiento.*”⁵

A segurança jurídica é uma determinação, circunscrita por circunstâncias fáticas, valores, ações, mas sobretudo por um quadro normativo, no qual ela aparece como uma norma-princípio, voltada a proteger o cidadão e a instrumentalizar a ordem jurídica mesma.⁶

Em matéria de direito patrimonial, um dos modos mediante os quais a segurança se expressa é pela garantia da prescrição. Direitos patrimoniais prescrevem. Não fosse assim, o cidadão não saberia nem mesmo por quanto tempo terá que guardar memória sobre a comprovação de seus atos e palavras. Não existe sistema de composição jurídica de conflitos, públicos ou privados, que sobreviva sem uma regra de encerramento das relações jurídicas por decurso de prazo.

Estamos, todavia, em um tempo histórico no qual a inversão da presunção de inocência criou a regra do “defenda-se quem puder e se conseguir”. A Constituição é clara no sentido de que apenas após o trânsito em julgado inicia-se o cumprimento da pena condenatória. Claro que cautelarmente situações de risco sempre puderam ser dirimidas pela força das decisões judiciais. Mas a regra de que as penas não-cautelares somente começam a impactar na vida do indivíduo após o trânsito em julgado parece não estar com muito prestígio depois de 30 anos de Constituição “Cidadã”.

Em matéria de ressarcimento na improbidade prescrita, foi dada repercussão geral pelo STF no RE 852.475, que ficou assim afetado ao Plenário da Corte Suprema como processo objetivo de discussão da interpretação constitucional sobre as regras legais envolvidas. A tese de fundo que o STF julgou é a da existência ou não de um prazo de prescrição das ações de ressarcimento ao erário público, fundadas em ações de improbidade

³ Limitation period, em inglês.

⁴ Siches, L. Recasens. Tratado General de Filosofia del Derecho. Mexico: Editorial Porrúa, 9ª ed., 1986, p. 618.

⁵ *op. cit. loc. it.*

⁶ Veja-se, a propósito o estudo exauriente de Ávila, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. São Paulo: Malheiros Editores, 5ª ed., 2019, p. 119 e seguintes.

designadamente prescritas, posto ajuizadas após o prazo de cinco anos.

A Constituição de 88 é clara ao dizer que as ações de improbidade sim prescrevem, pois sempre que se desejou imprescritibilidade esta veio explicitamente lançada no texto constitucional. Isto é assim, ainda que os parágrafos 4º e 5º do art. 37 não refiram em qual prazo, deixando o tema para a lei ordinária (e a doutrina mais autorizada tem aplicado o prazo quinquenal, até que outro seja fixado pelo legislador). Não há dúvidas nisso, e a maior parte dos doutrinadores de peso estão de acordo, sejam eles diretamente da área de direito administrativo, ou de direito processual adjetivo ou de direito criminal substantivo, estas duas últimas atingidas reflexamente pelo tema (assim pensam Celso Antônio Bandeira de Mello, Cassio Scarpinella Bueno, Romeu Felipe Bacellar Filho, Fernando Dias Menezes de Almeida, André Ramos Tavares, Pedro Estevam Serrano, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Emerson Gabardo, Nelson Nery Junior, Alamiro Velludo Salvador Netto, Miguel Reale Junior, entre outros).

Pois bem. O que o STF julgou então em agosto de 2018 foi a possibilidade de (a) ajuizar-se uma ação de improbidade fundada em direito prescrito após o quinquênio legal; (b) tramitar tal ação por 20 ou 30 anos na justiça brasileira; para ao final (c) decidir que a ação que já se sabia prescrita, no concernente ao direito material alegado (o que é unânime entre os Ministros), serviria agora como título judicial para fins de executar-se o ressarcimento da obrigação prescrita, isto é claro, acaso o processo comprove algum dano causado dolosamente por alguém que se tenha enriquecido pessoalmente (e aqui a votação foi por ténue maioria entre os Ministros no RE 852.475 em 08.08.2018).

Imagine-se um exemplo. Um dado caso concreto não era grave, as alegações iniciais eram frágeis e o diligente promotor cuidou de outros temas mais importantes. Na vida real é assim que ocorre na maioria das vezes, pois o promotor ficaria assoberbado se todas as representações tivessem necessariamente que gerar ações de improbidade. Anos depois, algum outro promotor ajuíza ação de improbidade já prescrita em relação ao caso não-grave que ficou parado, ao fundamento de que poderiam subsistir prejuízos ao erário, os quais, se provados, ainda poderão vir a ser ressarcidos mesmo após o prazo prescricional.

É nesse tipo de ação, fundada em direito prescrito (por ação culposa ou dolosa), que agora a Suprema Corte decide que poderá haver cobrança, desde que comprovada a intenção dolosa do agente (com enriquecimento ilícito de seu patrimônio pessoal).

Diga-se, de início, que tal prejuízo por improbidade prescrita dolosa sequer

ocorreu no caso do RE 852.475: seja porque não houve prejuízo (o TCE/SP julgou o caso e ali demonstrou-se a inexistência de qualquer prejuízo ao erário), seja porque não houve sequer alegação de dolo (nem o MP em primeiro grau, nem a sentença, nem o acórdão do TJSP tratam de dolo). E sequer foi ali adotado o rito da ação de improbidade (mas sim o rito da LACP, fundado o direito material no art. 10 da LIA e o ressarcimento no art. 159 do antigo CCB/16). Desse referido Recurso Extraordinário julgado em agosto de 2018, conhecido como Kombigate, não se poderá tirar qualquer indenização. A tese foi fixada no sentido da possibilidade de ressarcimento por improbidade dolosa prescrita. Ocorre que tal possibilidade não existe no caso, pois nenhuma conduta dolosa é imputada aos réus, que não se enriqueceram ilicitamente (até porque o TCE/SP disse que não houve prejuízos para os cofres públicos). E este caso paradigma é relevante pois é a realidade material da maioria das ações de improbidade.

Ademais disso tudo, a Lei de Improbidade foi alterada em 2009, em seu artigo 21, inc. I, para deixar claro que no concernente à pena de ressarcimento este só pode ser pleiteado nas ações não-prescritas, e se houver comprovação individualizada do dano efetivo. Assim, dolosa ou culposa a improbidade, somente haverá ressarcimento contra quem causou efetivamente prejuízo (e nunca por dano ou dolo presumido). Do ponto de vista civilista isto significa que a responsabilidade pelo pagamento é matéria de prova individualizada, e não mais tema que se trate no regime da responsabilidade solidária genérica.

O Ministério Público tem, portanto, a responsabilidade de comprovar os prejuízos efetivos, e não de ajuizar ações genéricas enquadrando as condutas em todos os incisos dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade. É importante ressaltar (e qualquer pessoa que trabalha com tais ações o sabe) que o Ministério Público tem ajuizado ações generalíssimas, empurrando nas costas do magistrado toda a atividade investigativa que deveria ter sido feita na fase de inquérito civil.

No caso julgado pelo STF, em agosto de 2018, com repercussão geral, se discute a redução do valor de dois carros de 1980 e 1984 vendidos em 1995, após mais de uma década de uso em estrada de barro. Com base em uma variação de 25 a 30% no valor dos carros, o autor da ação pede a devolução de todo o preço de venda dos veículos, pois o procedimento de alienação não seria aquele que o Ministério Público julga mais adequado (ainda que a Lei de Licitação não seja peremptória neste sentido).

O STF em verdade decidiu: “senhores prefeitos, quando houver algum bem em vias de se tornar inservível, joguem no lixo, esperem pela força do sol e da chuva, pois o

tempo resolve o assunto”. Seria esta, talvez, uma reinterpretação da famosa frase do Juiz Louis Brandeis: “o melhor desinfetante é a luz do sol”? Se fosse adotada a modalidade leilão ou concorrência para venda de bens tão módicos (como pretendeu o autor da ação de improbidade a partir de uma visão desconectada da realidade), o custo das publicações em jornais de grande circulação seria superior ao valor dos veículos alienados.

Não por outra razão, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi alterada em abril de 2018 para inserir em seu art. 22 o princípio do consequencialismo. Estamos em um tempo histórico no qual o óbvio precisa ser escrito com negritos no texto legal. Ninguém pode interpretar as normas de gestão pública sem levar em consideração os obstáculos e dificuldades reais do gestor público. Até porque, a ser assim, qualquer conclusão abstrata é possível, e ninguém mais administra nada em lugar nenhum. Desde a Roma antiga sabemos que “na impossibilidade ninguém está obrigado” (“ad impossibilia nemo tenetur”).

Em relação à interpretação da parte final do parágrafo 5º do art. 37 da CF, foi fixada pelo Supremo Tribunal Federal em agosto de 2018 a tese de que: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”. Perceba-se que o STF, em sua erudita composição de agosto de 2018, inexplicavelmente parou no plano normativo e se desconectou da realidade jurídica nacional. Se Miguel Reale (1910-2006) ainda estivesse entre nós, ele diria: a “Weltanschauung” (visão de mundo) aniquilou o “Lebenswelt” (mundo da vida). Como tantas vezes ouvimos dele nos saudosos Congressos do IBF (Instituto Brasileiro de Filosofia), quando sempre enfatizava que no tridimensionalismo concreto a famosa tríade deve ser lida sempre em sua imersão na conjuntura.

A tese de que são imprescritíveis os atos de ressarcimento decorrentes de alegada improbidade dolosa prescrita é um contrassenso. Vai contra a Lei, contra a Constituição, e cria um poder, para os mal-intencionados, de utilizarem o dolo como palavra mágica (“Abracadabra: alego que é doloso”). Ou seja, sem a comprovação do dolo específico poderemos ter ações de improbidade fundadas em direito material prescrito. E nestas ações seria de rigor o arquivamento de ofício conforme determina o CPC. Entretanto, tais ações poderão tramitar por 30 anos nas barras dos tribunais, para somente ao final decidir-se que não há o que ressarcir pois ou não há dolo, ou não há prejuízo, ou não há enriquecimento do agente (que pode até ter atuado com culpa). Depois que o Ministério Público ajuizar uma ação contra o um dado sujeito (com a ampla discricionariedade que possui para selecionar réus) onde está o magistrado que de plano determinará o arquivamento de uma ação “ictu oculi”

incabível?

Teremos ações que, frise-se novamente, pelas regras do CPC, estariam destinadas ao arquivamento “de ofício”, mas que irão tramitar por décadas consumindo a vida dos réus e o tempo do judiciário. Claro que o art. 18 da Lei de Improbidade obrigaria a que apenas os bens acrescidos ilicitamente sejam recuperados, quando for o caso. O tema é que o Ministério Público não tem ajuizado ações que respeitam este limite legal, sendo certo que a possibilidade de o Judiciário aplicar de plano a inépcia da inicial é praticamente zero. E mais: a baliza sobre o que causou ou não prejuízo, depende de perícia técnica, que muitas vezes se torna impossível em razão dos altíssimos valores de causa lançados a esmo a partir de números reais que refletem o valor total dos contratos e não o prejuízo efetivo ou potencial que seria de rigor.

Perceba-se o perigo de se aceitar que a improbidade está prescrita, mas que a mesma ação de ressarcimento pode, ainda assim, ser ajuizada quando haja mera alegação genérica de ato doloso de improbidade. O perigo está justamente em que os órgãos de controle não possuem estrutura para perscrutar, por antecipação, um mínimo de indícios que aponte para ato doloso de improbidade (pois se tivessem teriam ajuizado a ação a tempo e modo). Isso porque, nos casos em que haja ato doloso de improbidade com enriquecimento ilícito, parece inaceitável que o Ministério Público leve mais de 5 anos do início do prazo prescricional (que ainda conta com causas interruptivas do seu dia inicial) para aí sim começar a persecução judicial. E se havia ato doloso de improbidade, o responsável por deixar de instaurar a investigação a tempo e modo precisaria ser sindicado (como diria Juvenal: “quis custodiet ipsos custodes?”).

Que dolo então é este que o STF visualiza e aprova agora, por ténue maioria, 30 anos depois da promulgação da Constituição? Um dolo genérico-em-tese no plano estritamente normativo? Um dolo “abracadabra” desconectado da realidade? Uma palavra mágica que basta ser alegada e assim qualquer ação de improbidade pode ser ajuizada, mesmo que prescrita, ao argumento de que o patrimônio público teria sido lesado em termos de responsabilidade objetiva?

Como compatibilizar essa nova forma de responsabilidade objetiva decorrente de ato prescrito com o texto claro do art. 37, §6º, da CF que assegura “o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”?

Uma tal compreensão facilitaria o mau uso da ação de improbidade, com petições iniciais genéricas que mais se aproximam de uma irregular ação de responsabilidade

objetiva. Em verdadeiros casos de responsabilidade objetiva, basta a comprovação do nexo de causalidade entre o fato e o ato, requerida a prova da intenção do agente em lesar (ou minimamente sua imperícia, negligência ou imprudência no caso de atuação culposa) apenas para fins de imputar responsabilidade pessoal ao agente. Mas aqui, na nova categoria das ações de improbidade prescritas, ditas dolosas (pois o ato culposo foi excluído pelo STF), parece que o Supremo teria criado uma nova forma de responsabilidade objetiva genérica (não categorizável nas fileiras do direito material).

As categorias do dolo e da culpa, pela própria natureza das coisas, não podem residir exclusivamente no plano normativo abstrato, mas sim no plano da realidade. A cosmovisão é importante, mas não pode se desconectar do mundo da vida. Até podemos admitir, como diagnóstico contemporâneo, um Estado Jurislador operando e condicionando a vida em sociedade, o que não significa aceitar a criação de institutos cuja eficácia real seja a de destruir o Estatuto do Cidadão em sua relação com os poderes constituídos (neste sentido ver o “O Estado Jurislador”, Editora Forum, 2018).

Após ler e analisar centenas de ações de improbidade, estamos seguros em afirmar que ainda não encontramos uma única ação de improbidade, daquelas “bem estruturadas pelos bons promotores do MP” (e são muitos), que tenha levado mais de um ou dois anos até o ajuizamento (nestes tempos de informática fácil). Os temas sérios nunca passam do prazo quinquenal (e por isso ele foi escolhido por outras normas e recheado de causas interruptivas), até porque depois disso a prova se esfacela.

A porta da Justiça existe para todos. Só não vale matar o jurisdicionado, e depois oferecer à sua família um necrológio de absolvição tardia. Permitir eternamente o ajuizamento de ações de improbidade prescritas, pelo rito da ação de improbidade, destrói o direito de defesa, pois não será possível aos judicialmente sindicados instruírem o seu advogado para um patrocínio razoável da causa que leve a uma defesa eficaz (e pior ainda os herdeiros de o fazerem, se o inquinado já houver falecido após anos e anos passados).

Suporta a regra que tu mesmo fizeste STF. “Tu patere legem quam is fecisti” (aludindo aqui a ordem do general Manlius Torquato, que mandou executar o próprio filho por descumprimento de uma ordem sua). Atender ao reclamo da ineficiência não pode ser meta da justiça. O mesmo Tribunal, que é Corte de Garantias, não pode obliterar o acesso aos meios de prova e defesa, ao argumento de que resquícios de interesse público podem ser buscados por toda eternidade (contra o cidadão e não contra o promotor que deixou de ajuizar a ação a tempo e modo).

Os advogados querem trabalhar. Precisamos que o MP ajuíze as ações enquanto as provas ainda existem, sem o que não há direito de defesa nem segurança jurídica possíveis: “tempo que passa é verdade que foge”. Prestigiar a inércia e a preguiça leva apenas à atuação tardia dos órgãos de controle e à impossibilidade de se identificar quem seria o responsável pela atuação vagarosa das competências públicas.

Algumas regras de ouro estão plasmadas em nosso regime constitucional, e se espalham pela legislação de direito material e de direito procedimental brasileiros. São elas.

1. Se até os crimes contra a vida prescrevem, o patrimônio não poderia ter regime infinito sem que isso seja texto expresso da Constituição (“ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”).

2. A Constituição Federal, impondo a prescrição da ação de ressarcimento, obriga os órgãos de controle a agirem com eficiência, e no tempo em que o cidadão ainda tenha condições de amearhar as provas da sua inocência.

3. A isonomia constitucional determina que o prazo quinquenal tenha duas mãos de direção, até que o legislador ordinário validamente aumente o prazo de prescrição das ações de ressarcimento, hipótese de alargamento contemplada no art. 37, §5º, da CF.

4. Tempo que passa é verdade que foge, e não há nada que justifique deixar de levar imediatamente fatos já conhecidos à apreciação do foro competente (perdendo tantos anos para se iniciar uma investigação que tenderá a se esfacelar em ações mal propostas).

5. Fatos novos podem sempre ser trazidos ao conhecimento das autoridades a qualquer tempo, sem esquecer das eventuais causas interruptivas ou suspensivas do prazo prescricional, que aumentam ainda mais o prazo de investigação.

6. Seria um contrassenso entender-se prescrita a ação de improbidade para em seguida obrigar o investigado a litigar em uma conexa ação de ressarcimento despida de fundamento jurídico e causal.

7. Mesmo para os que leem na Constituição a imprescritibilidade do

ressarcimento por improbidade, e para qualquer hipótese de lesão patrimonial pública, a comprovação do prejuízo, da conduta dolosa e do enriquecimento ilícito, condicionam a atuação dos órgãos de controle, sem o que caberia ressarcir e devolver até mesmo o que não se perdeu (e aí perdidos ficam os valores Constitucionais aos quais todos nos filiamos).

A Constituição é mais de dar do que de tirar. Permitir que a interpretação degluta direitos constitucionais representa uma inaceitável autofagia jurídica. O caminhar para a frente do direito e da eficiência não se coaduna com uma visão retrospectiva para uma eternidade pregressa e insindicável.

BIBLIOGRAFIA

AVILA, H. B. Princípios e Regras e a Segurança Jurídica. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 21, p. 313-330, 2011.

ÁVILA, H.B. Teoria da Segurança Jurídica. São Paulo: Malheiros Editores. 5ª ed. 2019.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. Improbidade administrativa. Prescrição e outros prazos extintivos, Atlas/Gen, 2ª ed., 2016, p. 119.

LISBÔA NEIVA, José Antônio. Improbidade Administrativa. 3ª edição. Niterói: Impetus, 2012, p. 336.

RÉCASENS-SICHES. L. Tratado General de Filosofia del Derecho. México: Porrúa, 9ª ed, 1986.

TRINDADE, Reginaldo Pereira. Considerações sobre a prescrição da ação de improbidade administrativa. In: DOBROWLSKI, Samantha. Questões práticas sobre improbidade administrativa. Brasília: ESMPU, 2011, p. 265.