A PRESCRITIBILIDADE DOS DANOS À FAZENDA PÚBLICA EM CASOS DE ILÍCITOS CIVIS: UMA ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO DO STF EM TEMPOS DE SUPREMACIA JUDICIAL

Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Pós-doutor pela Universidade de Granada, em Granada, Espanha. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), em Florianópolis. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), em Florianópolis. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, em Santa Maria. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), em Florianópolis. Atuou como Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça de Santa Catarina de 2005 a 2006. Foi Avaliador *Ad Hoc* de Cursos de Direito pelo MEC/INEP entre 1998 e 2013. Atualmente atua como Secretário de Aperfeiçoamento Institucional da SEAI (Secretaria de Aperfeiçoamento Institucional) junto ao Gabinete da Reitoria da Universidade Federal de Santa Catarina e como Editor da *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos* do PPGD pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), em Florianópolis. Consultor na área de Direito Administrativo. Coordenador dos Projetos de Pesquisa: Direito Administrativo e Constitucionalismo e Modelagem e Compreensão dos Sistemas Sociais: Direito, Estado, Sociedade e Política. *E-mail*: <luiz.cademartori@gmail.com>.

Fernanda Santos Schramm

Mestranda em Direito, Estado e Sociedade junto ao Programa de Pós Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), em Florianópolis. Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis (CESUSC), em Florianópolis. Graduada em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), em Florianópolis. *E-mail*: <fernandasantosschramm@gmail.com>.

Resumo: O artigo aborda o fenômeno do Ativismo Judicial como decorrência da Judicialização da Política, partindo da análise do Recurso Extraordinário nº 669.069, que trata da prescritibilidade dos danos à Fazenda Pública por ilícitos civis. Considerados os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o caso, constata-se uma atuação quase legislativa por parte da Suprema Corte – a partir de uma interpretação do preceito constitucional sobre o tema –, divergente e inovadora sobre o que até então se entendia. O fenômeno e suas decorrências, por sua vez, são abordados e questionados, na presente pesquisa, a partir da teoria dos Diálogos Institucionais.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Judicialização da política. Diálogos institucionais.

Sumário: **1** Introdução – **2** Nova interpretação do §5º do artigo 37 da Constituição Federal decorrente do julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069 pelo Supremo Tribunal Federal – **3** A judicialização da política – **4** A modificação do sentido do §5º do artigo 37 da Constituição Federal a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069 – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

O contexto jurídico vivenciado atualmente no Brasil vem sendo marcado pela emergência de um Poder Judiciário, de forma geral, hiperativo e partidarizado, ao ponto de ter abandonado quase que explicitamente todo o ideário de construção institucional baseado na neutralidade ideológica e autocontenção do juiz, formalizados no Estado de Direito. Entretanto, deve-se observar que esse fenômeno não está restrito apenas ao âmbito nacional. Com efeito, o chamado Ativismo Judiciário, ilustrativo dessa mudança de posicionamento dos magistrados, divide, nos mais diversos ordenamentos, a opinião de especialistas, em contundentes críticas, que ora enaltecem seus benefícios, ora denunciam os riscos que envolvem a proximidade entre os Poderes, sobretudo devido ao alegado agigantamento ou hipertrofia do Poder Judiciário.[1]

Destacado esse problema, não se pretende com o presente ensaio tecer uma apresentação e análise acurada dos discursos teóricos que possam justificar, peremptoriamente, a filiação ou questionamento a um dos lados da discussão, embora seja adotada aqui uma visão crítica de todo esse fenômeno. Para tanto e em caráter ilustrativo, realiza-se uma sucinta análise da atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069, como intérprete criativo da Constituição em um quase exercício legislativo, função esta tradicionalmente delegada e desempenhada, em um sistema representativo, pelo Parlamento.

O citado recurso, que tratou, precisamente, da prescritibilidade das ações da Fazenda Pública para ressarcir-se de danos a ela causados por ilícitos civis, é analisado considerando-se os votos dos ministros julgadores que foram proferidos a seu respeito. Esta análise, por seu turno, é elaborada a partir de um questionamento sobre os supostos limites a serem observados pelo Judiciário em relação à interpretação dos preceitos constitucionais, tendo como substrato teórico para seu questionamento os Diálogos Institucionais.

[1] A propósito disso, observe-se o atual debate entre as correntes ditas neoconstitucionalistas, de marcado apelo a princípios abrangentes que conferem ao julgador a prerrogativa de intérprete moral da Constituição, e de outra parte, as críticas incisivas a essa tendência, oriundas do Garantismo Jurídico, de base positivista, opostas ao suprimento judicial das garantias constitucionais ainda não legisladas pelo Parlamento, embora pleiteadas em juízo.

2 Nova interpretação do §5º do artigo 37 da Constituição Federal decorrente do julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069 pelo Supremo Tribunal Federal

Considerando-se o ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que o §5º do artigo 37 da Constituição Federal prescreve: "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 inserta no dispositivo constitucional amparou, desde a promulgação da Carta Magna, o entendimento majoritário de que o conteúdo do aludido parágrafo traduz a imprescritibilidade de toda e qualquer pretensão de ressarcimento de dano ao erário. Assim, nas hipóteses de ilícito praticado por agente público, a pretensão punitiva poderia estar sujeita ao prazo prescricional previsto em lei, a indenização ao erário, por outro lado, seria imprescritível.

Recentemente, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069, submetido à sistemática da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal modificou o entendimento até então unânime em favor da imprescritibilidade, consignando, de forma expressa e inquestionável, a prescrição das ações de ressarcimento ao erário. O acórdão, de lavra do Ministro Teori Zavaski, restou assim ementado:

> CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, §5º, DA CONSTITUIÇÃO.
>
> *1.* É *prescritível a ação de reparação de danos* à *Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.*
>
> 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento.[2]

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram que os danos decorrentes de ilícitos civis estão sujeitos a prescrição, sem adentrar no mérito das ações de ressarcimento decursivas de ilícitos penais ou atos de improbidade administrativa – ainda que o dispositivo em análise não faça qualquer distinção entre os tipos ensejadores do dano. A limitação da prescritibilidade aos ilícitos civis – sem qualquer respaldo constitucional – evidencia a atividade quase legislativa do Supremo Tribunal Federal, que acumula, para além da função de intérprete da Constituição, a já consagrada prerrogativa de legislador negativo, via julgamento de ações de inconstitucionalidade que invalidam leis. Também agora, a Suprema

[2] STF, Recurso Extraordinário nº 669.069. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Teori Zavaski. Julgado em 03/02/2016.

Corte assume o encargo de preencher lacunas normativas,[3] o que, em última instância, lhe confere o papel de legislador positivo, mesmo que através de uma hermenêutica que se desloca excessivamente do sentido de orientação traçado pelos enunciados normativos, conferindo-lhes entendimento bastante diverso ou excedente do previsto no texto original.

Não se descura das divergências ideológicas[4] e da enfatizada necessidade de um estudo mais aprofundado para a delimitação do prazo prescricional das ações de ressarcimento, a depender da legislação específica. O entendimento, no entanto, parece ser unânime ao menos em relação a alguns aspectos: a imprescritibilidade é excepcionalíssima e deve ser expressa, ainda que no altiplano constitucional, sob pena de conferir ao Estado um "direito de ação eterno", capaz de ultrapassar, inclusive, a pessoa do condenado, em ofensa à garantia insculpida no inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal.[5]

É o que se extrai dos votos de lavra dos Ministros Marco Aurélio, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia e Ricardo Lewandowski, todos proferidos no mesmo julgamento paradigmático, respectivamente:

> Ministro Marco Aurélio
>
> O constituinte foi explícito quanto às situações jurídicas que afastam a prescrição, instituto voltado a preservar bem maior, a segurança jurídica. Ele o fez – e isso já foi ressaltado nesta assentada, principalmente no voto-vista do ministro Dias Toffoli – nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º. E ouso dizer que o fez deforma limitada, apenas no campo penal, não no campo cível, não no campo patrimonial. E tem-se alusão à imprescritibilidade do crime de racismo, também do crime praticado por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

[3] Ciente da inevitabilidade de lacunas normativas, a própria Constituição Federal previu, no inciso LXXI do artigo 5º, a figura do Mandado de Injunção, prevendo que será concedido "mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". Recentemente, o Mandado de Injunção passou a ser disciplinado pela Lei n.º 13.300/2016. O Mandado de Injunção traduz o reconhecimento do Poder Constituinte de que o Poder Legislativo é incapaz de regulamentar toda e qualquer situação e, como solução, a atribuição ao Poder Judiciário de competência para, na ausência de norma regulamentadora, assegurar a realização de direitos constitucionais. Registre-se, no entanto, que nem toda lacuna autoriza o ajuizamento de Mandado de Injunção. É imprescindível, para tanto, que a falta normativa comprometa a realização de algum direito constitucional. Nos casos em que a Constituição fornece estrutura normativa necessária ao exercício do direito, não se configura a hipótese de cabimento do Mandado de Injunção.

[4] Os Ministros Teori Zavaski, Rosa Weber, Luiz Fux e Eduardo Fachin mostram-se inclinados a defender a imprescritibilidade dos danos decorrentes de ações de improbidade administrativa.

[5] "XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;"

[...] Teria o Estado o direito eterno, inclusive contra os herdeiros, de a qualquer tempo, mesmo estruturado em termos de representação processual e ciente do prejuízo, ingressar em Juízo para obter a reparação do dano? Não, porque isso implicaria, como dito por Marçal Justen Filho, um direito de ação eterno e, pior, no campo patrimonial. (fls. 79).

Ministro Luís Roberto Barroso

Eu devo dizer que, em linha de princípio, não tenho simpatia pela tese da imprescritibilidade, tal como aqui enunciou o Ministro Marco Aurélio. E acho, o Ministro Teori observou isso, que a regra geral no Direito brasileiro é a prescritibilidade, salvo exceções inequívocas, que estão na Constituição, que são: o crime de racismo e as ações de grupos armados contra o Estado democrático e contra a Constituição. [...] Eu pedi uma breve pesquisa histórica para ver se os trabalhos constituintes esclareciam exatamente, o que se quis dizer com esta cláusula. E verifiquei, Presidente, que, numa redação anterior, penúltima redação antes da aprovação do texto final, essa cláusula dizia: "Ressalvadas as respectivas ações, que serão imprescritíveis". E, aí, esta locução final caiu, na última versão do texto constitucional, o que aumentou um pouco a perplexidade a ponto de sugerir que talvez a interpretação histórica seja no sentido de que o constituinte não quis tornar essas ações imprescritíveis. (fls. 17-18).

Ministro Gilmar Mendes

De qualquer sorte, se tivesse que me pronunciar sobre a temática, encaminharia o voto, de forma global, no sentido de uma releitura do texto, tal como fez o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, não vislumbrando, na ressalva, uma referência à imprescritibilidade. (fls. 77).

Ministra Carmen Lúcia

Ademais, a Constituição é expressa nos casos de imprescritibilidade, por exemplo, no campo penal, mais gravosa, para se eternizarem. Porém, neste caso, não passa de uma pessoa, e, no ilícito civil, poderia inclusive passar por um período, realmente, que, aí, é a eternidade, porque poderia se transferir. [...] A Constituição se interpreta sistematicamente, garantindo os princípios fundamentais, um dos quais é exatamente este. (fls. 64-75).

Ministro Ricardo Lewandowski

[...] a prescrição repousa justamente na necessidade de certeza e segurança nas relações sociais. Sobretudo no campo patrimonial, isso

> me parece absolutamente inafastável, a necessidade de garantir-se a certeza e a segurança das relações, pelo menos, nesse aspecto das relações sociais.
>
> O interesse subjetivo do titular de um direito não pode ser eterno, há um momento em que ele deve ser exercido. A partir desse lapso temporal, esse direito, necessariamente, há de perecer.
>
> O Ministro Toffoli traz, a meu ver, também com muita proficiência em seu voto, alguns pontos, alguns tópicos, alguns momentos da Constituição – e o Ministro Marco Aurélio também fez referência a isso – em que a próprio Carta Magna, o próprio constituinte estabelece claramente quais são as hipóteses de imprescritibilidade, que é, justamente, como já foi dito, um caso de ações de grupos armados, civis ou militares, contra ordem constitucional; também no caso do usucapião de imóveis públicos, urbanos ou rurais; a prática do racismo. (fls. 86).
>
> A interpretação defendida pela Suprema Corte, é fato, coaduna-se com o posicionamento atual da doutrina publicista brasileira, do que é exemplo a mudança de posicionamento de administrativistas como Celso Antônio Bandeira de Mello.[6]

A despeito das incertezas que derivam do novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, não há como refutar a ocorrência de um ponto de inflexão no Direito brasileiro. Por quase duas décadas, entendeu-se pela imprescritibilidade dos danos causados à Fazenda Pública, por expressa determinação constitucional. Entretanto, recentemente, o mesmo texto foi reinterpretado pelo Poder Judiciário, passando a vigorar o entendimento – em razão da força vinculante dos julgados submetidos à sistemática da repercussão geral – de que o dano ao erário é, sim, prescritível, apenas nas hipóteses de ilícito civil e dentro do prazo estabelecido em lei.

3 A judicialização da política

O protagonismo do Poder Judiciário – sobretudo em questões políticas – vem sendo amplamente debatido no meio acadêmico, pela doutrina nacional e internacional. O processo de judicialização do direito[7] depende, entre outras, das

[6] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1092-1093.

[7] Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso: "Judicilização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente

condições políticas e institucionais, amparadas em constituições pródigas, em mecanismos processuais e substanciais de interferência política e econômica, tal como se verifica no ordenamento jurídico brasileiro.[8] Essas peculiaridades, entre outros fatores, favorecem uma mudança de conduta de atuação dos juízes, agora pautados por um ativismo judicial, consubstanciado na "disposição do Judiciário de rever a valoração do Legislativo ou do Executivo, ou de impor-lhes normas e condutas com base em princípios abstratos".[9]

Em outras palavras, o Poder Judiciário – e mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, no caso em análise – reputa-se competente para apreciar a ampla gama de questões que lhe são submetidas, inclusive para modificar soluções preestabelecidas pelo legislador, mesmo quando não se evidencia uma lesão à Constituição, como no caso em análise.

É cediço que o "ativismo judicial" encontra, simultaneamente, defensores ferrenhos e, de outra parte, duras críticas. Em sua faceta mais contida – mas não menos polêmica – o ativismo judicial pode representar apenas uma (re)interpretação do conteúdo normativo já expresso, mas, em hipóteses mais extremas, traduz-se em verdadeiro exercício da função legislativa. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso:

> O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, **inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos** (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por

da República, seus ministérios e a administração pública em geral". BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional,* Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009.

8 No ordenamento brasileiro, tanto os magistrados singulares, como o Supremo Tribunal Federal, por meio do controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, respectivamente, estão autorizados, por expressa disposição constitucional, a intervir no controle das leis e no processo de elaboração e implementação de políticas públicas. Novamente fazendo referência aos ensinamentos do Ministro Luís Roberto Barroso, "a Carta Brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito". (*Idem*, p. 20). O Poder Judiciário passa, assim, a atuar de forma ativa na esfera política, mediante a utilização dos mecanismos de controle de constitucionalidade.

9 BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais:* a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 142.

> nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.[10]

O ativismo judicial pode ser enquadrado como efeito da manifestação de um fenômeno mais abrangente, a chamada "judicialização da política",[11] que significa, em linhas gerais, a transferência do centro decisório sobre questões políticas do Poder Legislativo, e suas instâncias políticas tradicionais, para o Poder Judiciário.

Por isso, atualmente, demonstra-se "altamente falacioso acreditar que o Judiciário é meramente um Poder técnico e, desse modo, alheio à política, aos jogos de poder, como se o âmbito do Direito discutido pelos tribunais fosse o local da sabedoria, da dignidade interpretativa, da racionalidade, enquanto o da política seria um mundo sombrio, imprevisível, caótico e irracional".[12]

Essa necessidade de "desmitificar" o Poder Judiciário como o verdadeiro "guardião" da Constituição e, por consequência, o responsável por dar a palavra final em questões constitucionais é amplamente alardeada por Jeremy Waldron,[13] que questiona, sobretudo, os limites do *judicial review*. O autor destaca o caráter antidemocrático da supremacia judicial e ataca a suposição de que juízes teriam melhores condições para decidir sobre as questões morais que constituem o pano de fundo de debates sobre direitos constitucionais.

No cenário brasileiro, o fenômeno é descrito por Oscar Vilhena Vieira, nos seguintes termos:

> [...] a cada *habeas corpus* polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela "TV Justiça" ou pela *internet*, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito.[14]

---

[10] BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 16, p. 3-42, 2009, p. 11.

[11] FEREJOHN, John. Judicializando a política e politizando o direito. In: ASENSI, Felipe. PAULA, Daniel Giotti de (Org.). *Tratado de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. v. 1, p. 709-736.

[12] BENVINDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história. O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014.

[13] WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Clarendon Press: Oxford, 1999; WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

[14] VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, p. 441-464, p. 443, jul./dez. 2008.

Em síntese, o argumento central da crítica de Waldron é de que o empoderamento do Poder Judiciário – amplamente verificado no cenário brasileiro – comprometeria a democracia representativa, porque privaria o Poder Legislativo – na figura dos representantes legitimamente eleitos – de exercer as funções que lhes foram confiadas pelo povo.

Assim, as disposições normativas editadas e amplamente debatidas pelo Congresso Nacional ficariam sujeitas à interpretação conferida pelo Poder Judiciário – mesmo nas hipóteses em que há pouca ou nenhuma margem para interpretação –, que afirma ser capaz de decifrar a "vontade do legislador", mesmo quando esta suposta vontade contradiz a literalidade do texto normativo.[15]

4 A modificação do sentido do §5º do artigo 37 da Constituição Federal a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069, os Ministros do Supremo Tribunal Federal deixaram claro que o texto constitucional pode ser interpretado e reinterpretado, podendo comportar revisões antagônicas, como é o caso da prescritibilidade dos danos ao erário. Uma das passagens da fala do Ministro Gilmar Mendes é emblemática: "se tivesse que me pronunciar sobre a temática, encaminharia o voto, de forma global, no sentido de uma releitura do texto".

Em outra oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes já havia defendido a possibilidade – ou melhor, *necessidade,* para ser fiel às suas palavras – de o Supremo Tribunal Federal proferir decisões "modificativas dos sentidos originais do texto".[16] E, mais adiante, é ainda mais enfático ao defender a atuação "criativa" dos Tribunais:

[15] Como solução, o ordenamento brasileiro prevê a figura da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Esta técnica de controle de constitucionalidade "dá-se em casos de inconstitucionalidade parcial qualitativa, porque não vai ser retirado nada do texto pela declaração de inconstitucionalidade". ANJOS, Luíz Henrique Martins. A declaraçãoo de inconstitucionalidade sem redução de texto. *Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União,* Brasília, v. 4, n. 4, p. 82-98, out. 2005. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63402/declaracao_inconstitucionalidade_reducao_anjos.pdf>.

[16] Colhe-se, do Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 1.351/DF: "A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto". Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>. Acesso em: 10 out. 2016.

> Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.[17]

Independentemente de considerações sobre o acerto ou desacerto da posição do Supremo Tribunal Federal, parece não haver dúvidas de que "o Tribunal passou a se enxergar como dotado de poder constituinte reformador, ainda que a promoção das mudanças constitucionais não se dê com a alteração explícita do texto da Constituição".[18]

Sob o pretexto de uma interpretação sistemática, sopesam valores e princípios não apenas para deliberar sobre as decisões parlamentares que se entremostrem evidentemente inconstitucionais, mas, inclusive, para conferir nova interpretação à "vontade" do constituinte originário expressa na letra da Constituição. E nessa linha, o próprio Poder Judiciário acaba por fixar os parâmetros que limitarão "o espectro de decisões constitucionalmente legítimas que serão, no futuro, tomadas no Congresso Nacional".[19]

A situação agrava-se em ordenamentos – como o brasileiro – em que a existência de conceitos indeterminados, expressos sobretudo sob a configuração de princípios – dentre os quais destaca-se o da proporcionalidade –, característicos das abordagens neoconstitucionalistas, amplia sobremaneira o âmbito de interpretação e atuação do Poder Judiciário, inclusive no exercício do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, calha transcrever as reflexões de Rodrigo Brandão:

> Em síntese, em um cenário em que grande parte das questões políticas relevantes é judicializada, e em que as decisões do STF sobre tais matérias apresentam uma aderência aos textos normativos cada vez menor, se valem de fundamentações maximalistas e vinculantes, e só podem ser revertidas por emenda constitucional – mesmo assim, quando não violarem cláusula pétrea, a partir da perspectiva

[17] Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 1.351/DF, p. 160. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>. Acesso em: 10 out 2016.

[18] VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, p. 441-464, p. 456, jul./dez. 2008.

[19] BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais:* a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 167.

> do STF –, pode-se dizer que há no Brasil uma *potencial* supremacia do Judiciário – e, em particular, do STF – em relação aos demais Poderes.[20]

Essa crença quase cega na necessidade de intervenção judicial, que muitas vezes justifica posicionamentos incoerentes e um desempenho que ultrapassa os limites de atuação do Poder Judiciário, decorre, em grande parte, de uma interpretação da Constituição como um texto desconexo, contraditório, que acaba prevendo situações antagônicas – normalmente definidas como conflitos entre princípios.

Sob esse ponto de vista, surgem questionamentos que acabam por justificar a necessidade de ampla e irrestrita intervenção judicial, com o intuito de "sanar" as inconsistências presentes no texto constitucional. Foi justamente esse o tom que ditou o voto de grande parte dos Ministros no julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069, fundamentados na opinião de alguns autores – determinante para a já mencionada mudança de posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello[21] – como Emerson Gabardo que apregoa que "embora seja um interesse público relevante o ressarcimento, há um valor maior que deve ser considerado: o direito real (efetivo) de o indivíduo se defender de qualquer imputação de responsabilidade que lhe atinja, realizado o devido processo legal".[22]

Na oportunidade, muitos Ministros sustentaram que se o constituinte originário consagrou o princípio da individualidade das penas, do devido processo legal, da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana, não poderia determinar que a pretensão de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário fosse imprescritível, pelo que o §5º do artigo 37 deveria ser interpretado de forma distinta.

---

[20] BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais:* a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 179-180.

[21] "Já não mais aderimos a tal desabrida intelecção. Convecemo-nos, de sua erronia ao ouvir a exposição feita no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, pelo jovem e brilhante professor Emerson Gabardo, o qual aportou um argumento, o nosso ver irrespondível, em desfavor da imprescritibilidade, a saber: o de que com ela restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo. De fato, o Poder Público pode manter em seus arquivos, por período de tempo longuíssimo, elementos prestantes para brandir suas increpações contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições desfavoráveis que se lhes fizessem". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1092-1093.

[22] GABARDO, Emerson. *A mudança de entendimento do STF sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/a-mudanca-de-entendimento-do-stf-sobre-a-imprescritibilidade-das-acoes-de-ressarcimento-ao-erario>. Acesso em: 10 out. 2016.

Embora não se defenda a imprescritibilidade do dano ao erário – muito ao contrário –, é irrefutável a sua previsão constitucional. Não há incompatibilidade entre os princípios mencionados e a regra da imprescritibilidade. Tampouco há que se falar em inconstitucionalidade por violação aos princípios, na medida em que a previsão contida no §5º do artigo 37 consubstancia exceção expressa a eventual direito consagrado no curso do texto constitucional.

A título exemplificativo, com o perdão da simplicidade, a Constituição consagra o direito à liberdade, o que não torna a pena privativa de liberdade inconstitucional. O constituinte originário garante uma série de direitos e elenca as hipóteses excepcionais ao longo do texto. Haveria inconstitucionalidade, por argumentação, caso a exceção fosse prevista pelo legislador ordinário, o que não compõe a discussão travada no Recurso Extraordinário nº 669.069.

Nesse aspecto, cabe um breve parêntese para trazer a lume a observação de Luigi Ferrajoli de que grande parte dos aparentes conflitos de normas, se analisados em abstrato, não exigem ponderação. Isso porque os direitos fundamentais guardam entre si uma relação de prevalência, amplamente reconhecida e consolidada no âmbito doutrinário, ainda que não positivadas. "Trata-se mais dos limites impostos por cada um daqueles [direitos] ao exercício de outros, implícitos na estrutura lógica dos mesmos princípios ou direitos."[23]

As hipóteses de conflitos em abstrato, portanto, não demandariam ponderação, mas, ao contrário, observariam os limites impostos pela sua própria ordenação interna. No caso do Recurso Extraordinário nº 669.069, a imprescritibilidade do dano ao erário – repita-se, não é o que se defende ideologicamente, mas é o que está posto, assim instituído na Constituição Federal – traduziria um limite aos princípios invocados no julgamento do Supremo Tribunal Federal.[24]

A obscuridade quanto aos limites impostos à atuação interpretativa do Poder Judiciário torna-se ainda mais temerária diante dos infindos princípios implícitos – sobretudo aqueles supostamente deduzíveis dos direitos fundamentais – que marcam alguns dos tratamentos neoconstitucionalistas a casos concretos. Especialmente da maneira como essas fórmulas foram recepcionadas na práxis judicial brasileira legitimada por um suposto consenso social, que deposita quase que exclusivamente na decisão judicial a expectativa de cumprimento dos direitos

[23] FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto politico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 128-131.

[24] O próprio Alexy admite a possibilidade de colisão entre princípios constitucionais e regras infraconstitucionais, hipótese essa em que o próprio princípio constitucional teria admitido expressamente a sua restrição pelo legislador infraconstitucional. Ou seja, quando o legislador já realizou uma espécie de ponderação prévia, prevendo uma hipótese excepcional, não cabe ao julgador realizar uma nova ponderação. ALÉXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002.

insculpidos na Constituição Federal. Abre-se espaço para a expansão da discricionariedade judicial e, de uma forma geral, para a "proliferação de princípios"[25] com mero intuito retórico. Nas palavras de Daniel Sarmento, "esta obsessão com a interpretação judicial da Constituição tende a obscurecer o papel central de outras instâncias na definição do sentido da Constituição, como o Legislativo, o Executivo e a própria esfera pública informal".[26]

A teoria dos "diálogos constitucionais"[27] sugere a revisão legislativa das decisões do Poder Judiciário como forma de garantir o "controle de constitucionalidade não como uma barreira intransponível as instituições democráticas, mas como instrumento catalisador de um diálogo entre as instituições políticas sobre a melhor forma de harmonizar as liberdades individuais e os interesses da coletividade".[28]

No âmbito brasileiro, a possibilidade de revisão das decisões judiciais – por meio de um procedimento mais rígido que o processo legislativo ordinário –, sobretudo diante do fenômeno de judicialização da Política, favoreceria a democracia, pois devolveria aos representantes do povo a responsabilidade pela resolução de questões politicamente relevantes. Isso não significa, entretanto, que o Poder Legislativo teria a última palavra, o que acabaria por caracterizar um sistema de supremacia parlamentar. A sugestão vai além e prevê a sujeição de uma eventual revisão da decisão judicial – pelo Legislativo – a novo controle de constitucionalidade.

É pouco provável que esse "diálogo" resulte em revanchismo e disputa de poder, sobretudo ao se levar em consideração o lapso temporal entre as etapas do processo, que acompanham as mudanças no cenário político e na própria composição das instâncias decisórias. Assim, "poderá se estabelecer um diálogo institucional sobre a melhor forma de resolver-se uma questão constitucional controvertida, em que cada 'poder' contribuirá com a sua específica capacidade

[25] O fenômeno é denominado por Lênio Streck de Panprincipiologismo, definido nos seguintes termos: "na 'ausência' de leis apropriadas (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete deve lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um 'princípio' aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo". STRECK, Lênio. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 493.

[26] SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil:* riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 136.

[27] HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. Como bem elucidado por Rodrigo Brandão "Os diálogos constitucionais se tornaram uma 'metáfora ubíqua' para designar a recente tendência de priorizar o debate institucional sobre 'quem' deve ter a última palavra na interpretação constitucional, em face do tradicional debate metodológico sobre 'como' interpretar a Constituição". BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais:* a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 273.

[28] BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais:* a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 273.

institucional".[29] Por evidente, a última palavra sobre a *constitucionalidade* em si, ficaria ao cargo do Poder Judiciário, sob pena de admitir-se uma desordem interpretativa ou discussões intermináveis. O importante, ao fim e ao cabo, é desmitificar a ideia de que a interpretação judicial – sobretudo quando calcada em princípios constitucionais – é sempre imutável.

5 Conclusão

Não há como negar a relevância do Supremo Tribunal Federal para a garantia dos direitos constitucionais, sobretudo quando se demanda uma atuação mais célere para a defesa de direitos. Isso não significa, ou não deveria significar, atribuir, de forma automática, o papel de detentor da última palavra – seja para legitimar ou substituir as decisões dos órgãos representativos – ao Poder Judiciário.

No ordenamento brasileiro, entretanto, a realidade é outra. Como se viu a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069, que apenas evidencia uma original tendência, agora consolidada, o Supremo Tribunal Federal considera-se dotado de um verdadeiro "poder constituinte reformador", capaz de promover mudanças significativas nos dispositivos constitucionais, ainda que não o faça de forma expressa, alterando a redação da Constituição Federal. A grande crítica a esse protagonismo do Poder Judiciário sustenta o prejuízo à democracia e à representatividade, mormente quando se verifica – como é o caso – um crescente processo de judicialização da política.

O mecanismo proposto pela teoria dos "diálogos constitucionais" coaduna-se com a possibilidade – presente no ordenamento brasileiro – de edição de emenda constitucional contrária ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade. Este seria, em síntese, o mecanismo típico de superação da jurisprudência pelo Poder Legislativo. De toda sorte, a possibilidade de controle de constitucionalidade sobre o texto das próprias emendas constitucionais – inclusive com base em princípios e conceitos indeterminados – garantiria ao Poder Judiciário uma nova revisão da posição adotada pelo Congresso Nacional, travando, assim, um verdadeiro "diálogo institucional".

Não se pode desconsiderar a hipótese de que o Supremo Tribunal Federal adote postura desarrazoada, extrapolando os limites institucionais. Isso não significa, entretanto, que haja uma supremacia do Poder Judiciário, tal como se pretende afirmar – regra geral – no ordenamento brasileiro. Como já dito, o efeito

[29] BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais:* a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 286.

vinculante das decisões de (in)constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal não atingem o Poder Legislativo, que pode editar nova emenda constitucional com o mesmo teor da declarada inconstitucional.

The Prescription Period of Liability for Damages Against the State Resulting from Torts: an Analysis of the Brazilian Supreme Court's Interpretation in Times of Judicial Supremacy

Abstract: This article aims to present the phenomenon of judicial activism as a consequence of the judicialization of politics. The study is based on the analysis of Extraordinary Appeal nº 669.069 that deals with the prescription of damages to the Public Treasury by civil illicit. The votes of the ministers of the Federal Supreme Court on the case and the interpretation of the constitutional norm on the subject has shown a divergente and innovative quasi-legislative action by the Supreme Court. Judicial Activism and its consequences are approached in this research concerning the theory of Institutional Dialogues.

Keywords: Judicial activism. Judicialization of Politics. Institutional Dialogues.

Summary: **1** Introduction – **2** The new interpretation of article 37, section 5, of the Federal Constitution after the Judgment of the Extraordinary Appeal nº 669.069 by the Supreme Federal Court – **3** The judicialization of the policy – **4** The modification of the sense of §5º, article 37 of the Federal Constitution from the judgment of the Extraordinary Appeal nº 669.069 – **5** Conclusion – References

Referências

ALÉXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANJOS, Luíz Henrique Martins. *A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União*, Brasília, v. 4, n. 4, p. 82-98, out. 2005. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63402/declaracao_inconstitucionalidade_reducao_anjos.pdf>. Acesso em: 19 out. 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, v. 16, p. 3/42, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 13, p. 17-32, Madrid, 2009a.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história. O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 201, jan./mar. 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais:* a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto politico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FEREJOHN, John. Judicializando a política e politizando o direito. *In*: ASENSI, Felipe. PAULA, Daniel Giotti de (Org). *Tratado de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. v. 1, p. 709-736.

GABARDO, Emerson. A mudança de entendimento do STF sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/a-mudanca-de-entendimento-do-stf-sobre-a-imprescritibilidade-das-acoes-de-ressarcimento-ao-erario>. Acesso em: 10 out. 2016.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Danil. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STF, Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 1.351/DF, p. 160. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>. Acesso em: 10 out. 2016.

STRECK, Lênio. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, p. 441-464, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Clarendon Press: Oxford, 1999.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; SCHRAMM, Fernanda Santos. A prescritibilidade dos danos à Fazenda pública em casos de ilícitos civis: uma análise da interpretação do STF em tempos de supremacia judicial. *Direitos Fundamentais & Justiça,* Belo Horizonte, ano 11, n. 36, p. 115-130, jan./jun. 2017.

Recebido em: 21.12.2016
Pareceres: 17.05.2017 e 21.05.2017
Aprovado em: 23.05.2017